

# CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES



**GOBIERNO  
FEDERAL**

**SEGOB**



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



**Vivir Mejor**



# CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES



---

México 2010





# CULTURA CONSTITUCIONAL

## COORDINADOR DE LA OBRA

RAFAEL ESTRADA MICHEL

## COMPILACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

JORGE MARTÍNEZ IGLESIAS

CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA

CARLOS VILLEGAS MÁRQUEZ

MIREYA MORENO RODAS

SERGIO PALMA SOLCHAGA

## DISEÑO Y FORMACIÓN EDITORIAL

DIANA RODRÍGUEZ GARCÍA

CORPORATIVO PROGRÁFICO S.A. DE C.V.

---

## CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES

PRIMERA EDICIÓN, JULIO DE 2010

© 2010

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

COORDINADOR DE LA OBRA: DR. RAFAEL ESTRADA MICHEL.

DOMICILIO DE LA PUBLICACIÓN: HAMBURGO 135, 3ER PISO, COLONIA JUÁREZ, DELEGACIÓN CUAUHTÉMOC, DISTRITO FEDERAL, C. P. 06600.

CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES SE RESERVA TODOS LOS DERECHOS LEGALES (COPYRIGHT) DE REPRODUCCIÓN DE LOS MATERIALES QUE PUBLICA.

EL MATERIAL PUBLICADO EN ESTA REVISTA PODRÁ REPRODUCIRSE TOTAL O PARCIALMENTE SIEMPRE Y CUANDO SE CUENTE CON LA AUTORIZACIÓN EXPRESA, EXTENDIDA POR ESCRITO, DEL AUTOR PRINCIPAL DEL MISMO Y DEL COORDINADOR DE LA OBRA. LOS ARTÍCULOS FIRMADOS SON RESPONSABILIDAD DE LOS AUTORES Y NO NECESARIAMENTE REFLEJAN LA OPINIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL O DE LA INSTITUCIÓN A LA QUE ESTÁ AFILIADO EL AUTOR.

ISBN: 978-607-9065-00-3

---

IMPRESO EN MÉXICO • *PRINTED IN MEXICO*

BUCARELI NO. 99 COL. JUÁREZ  
DEL. CUAUHTÉMOC, C.P. 06600, MÉXICO, D.F.



# CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

---

## SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN

LIC. JOSÉ FRANCISCO BLAKE MORA  
PRESIDENTE DEL CONSEJO

## SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA

ING. GENARO GARCÍA LUNA  
SECRETARIO

## CONSEJERÍA JURÍDICA DEL EJECUTIVO FEDERAL

LIC. MIGUEL ALESSIO ROBLES,  
CONSEJERO

## SENADO DE LA REPÚBLICA

SENADOR RICARDO FIDEL PACHECO RODRÍGUEZ

## CÁMARA DE DIPUTADOS

DIPUTADO CARLOS ALBERTO PÉREZ CUEVAS

## SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO

## CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

MAGISTRADO OSCAR VÁZQUEZ MARÍN

## PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

LIC. ARTURO CHÁVEZ CHÁVEZ  
PROCURADOR

## CONFERENCIA NACIONAL DE SECRETARIOS DE SEGURIDAD PÚBLICA

LIC. MARCO TULLIO LÓPEZ ESCAMILLA

## CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA

LIC. ALFREDO HIGUERA BERNAL

## COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

MAGISTRADO RODOLFO CAMPOS MONTEJO  
PRESIDENTE

## REPRESENTANTE DE ORGANIZACIONES ACADÉMICAS

MTR. MIGUEL SARRE IGUÍNIZ

## REPRESENTANTE DE ORGANIZACIONES CIVILES

LIC. ALEJANDRO MARTÍ GARCÍA

## SECRETARÍA TÉCNICA

LIC. FELIPE BORREGO ESTRADA  
SECRETARIO TÉCNICO









## PRESENTACIÓN

---



---

La reforma a la Constitución general de la República en materia procesal penal de junio de 2008 viene a abrir insospechadas oportunidades en lo que respecta a la generación e interiorización de una auténtica cultura constitucional que, de conformidad con la caracterización que ha realizado el profesor Peter Häberle, es cultura de libertades y cultura de igualdades.

Cultura de libertades e igualdades que se expresa en la riquísima fórmula jurisprudencial del debido proceso, extendida mucho más allá de la mera concreción de formalidades para adentrarse en la consideración del ciudadano como un igual en dignidad, en libertad y en capacidad cuando se enfrenta a otro, con un árbitro imparcial de por medio que los juzgue a ambos.

Cultura de libertades e igualdades que se traduce en una fundamental defensa adecuada, encargada a profesionales del Derecho de quienes no se tolere negligencia alguna y a quienes se exija pasión y rigor técnico al momento de procurar los derechos de sus defendidos, independientemente de los medios económicos con que estos cuenten. Para ello habrá que comenzar por desmitificar y denominar con realismo y rigor abogado al abogado, Universidad a la Universidad, colegio profesional al colegio profesional.

Cultura de libertades e igualdades que haga realidad la búsqueda de la verdad legal y material en un clima de conciliación y paz que permita generar, a su vez, una fructífera convicción entre los mexicanos: que no hay paz sin justicia, sin que sea tampoco posible la justicia sin la paz.

Cultura de libertades e igualdades que implique una adecuada atención a las víctimas y ofendidos por el delito, que permita a estos continuar con sus vidas sin que nadie sea capaz de frustrar su proyecto para las mismas, evitando que los habitantes del país sufran una doble o triple victimización.

Cultura de libertades e igualdades que extienda los beneficios del debido proceso a quienes se encuentran purgando una condena, pagando la ofensa que hayan realizado sin tener que tolerar, por ello, vejaciones contrarias a su eminente dignidad como seres humanos.

Cultura de libertades e igualdades que haga presumir, en todos los casos, la inocencia de quien se ve sujeto a un procedimiento administrativo o jurisdiccional, sin que en ello pueda tolerarse discriminación o perjuicio alguno.

Cultura de libertades e igualdades que racionalice, en consecuencia, una prisión que, por preventiva, no puede ni debe victimizar a nadie.

Cultura de libertades e igualdades que convierta las herramientas de oralidad, publicidad, transparencia e intermediación en un acceso universal e igualitario a la Justicia, con igualdad de armas procedimentales pero con convencimiento en lo relacionado con el rigor, la preparación, la eficacia y la experiencia de los órganos encargados de perseguir y castigar los injustos sociales.

Cultura de libertades e igualdades que nos constituya, pues, en nación de ciudadanos igualmente libres y dignos, acreedores de una buena administración pública en todos los ramos de la misma incluyendo, por supuesto, a la procuración y administración de Justicia, que tanta y tan sólida prudencia requiere.

Por todo ello no está de más que el Estado mexicano, en todos sus niveles, vuelva a escuchar las voces de quienes exigen de él Justicia, pero también preparación, sensibilidad y profesionalismo. Al fin y al cabo la tradición castiza llamó *oidores* a los jueces y *Audiencias* a los tribunales. Quizá este sea el sentido que deba otorgarse a la socialización que en torno a los “juicios orales” ha experimentado la comunidad de nuestro país en los pasados años. Ojalá que, por la viabilidad de todos nuestros proyectos nacionales, se consolide y robustezca como es debido.

RAFAEL ESTRADA MICHEL



**LAS MEDIDAS CAUTELARES  
EN EL NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO**

---

**DAVID CIENFUEGOS SALGADO**  
SISTEMA NACIONAL DE INVESTIGADORES



## SUMARIO

**I.** Introducción. **II.** Las medidas cautelares: concepto, definición y tipos. A. Concepto. B. Definición C. Tipos. 1. Medidas cautelares personales. 2. Medidas cautelares reales. **III.** Principios aplicables. A. Judicialidad o jurisdiccionalidad. B. Igualdad. C. Buena fe y lealtad de las partes. D. Economía procesal. E. Contradicción. F. Depuración procesal. G. Congruencia. H. Confidencialidad/ publicidad. I. Inmediación. J. Disposición procesal. **IV.** El dictado de las medidas cautelares. A. Características. B. Solicitud. C. Trámite. D. Resolución. E. Revisión. **V.** Libertad y detención. A. Flagrancia. B. Urgencia. C. Orden de aprehensión. **VI.** La prisión preventiva. A. Excepcionalidad de la medida. B. Criterios para ordenar la prisión preventiva. C. Oficiosidad. D. Cesación. E. Prórroga y suspensión de plazos. 1. Prórroga del plazo de prisión preventiva. 2. Suspensión del plazo de prisión preventiva. **VII.** Otras medidas cautelares. A. Internamiento en un centro de salud mental. B. Arraigo. C. Embargo precautorio. D. Separación del domicilio. E. Pensión alimenticia. F. Garantía económica. **VIII.** El tema de la proporcionalidad. **IX.** Palabras finales. **X.** Fuentes de consulta.



---

## I. INTRODUCCIÓN

Con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de junio de 2008, el proceso penal mexicano experimentó un notable cambio de rumbo al adoptarse un modelo acusatorio y oral, señalándose un momento transitorio de al menos ocho años para hacer las adecuaciones pertinentes en las legislaciones federal y locales, con las correspondientes consecuencias en términos de capacitación e infraestructura en los órganos encargados de su aplicación. Meses después, el 16 de octubre de 2008, se aprobó por la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (en lo sucesivo CONATRIJ) el *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, que será referente indispensable en las Reformas Constitucionales y legales en el ámbito local, si bien no puede obviarse que su contenido también puede ser retomado por el legislativo federal. Aunque también conviene señalar que ya con anterioridad distintos ordenamientos adjetivos penales de los estados habían definido muchas de las reglas, y la propia estructura, que sigue este *Código Modelo*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Es el caso, por ejemplo, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León (CPPENL), reformado en 2004; del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (CPPECh), publicado en el Periódico Oficial del Estado, no. 63, de 9 de agosto del 2006; del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California (CPPEBC), publicado en el Periódico Oficial no. 43, de 19 de octubre de 2007; del Código Procesal Penal del Estado de Zacatecas (CPPEZ), de agosto de 2007; o el correspondiente Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca (CPPEO), publicado en el Periódico Oficial del Estado de Oaxaca, el 9 de septiembre de 2006.

La literatura sobre el tema ha sido abundante desde hace algunos años en lo relativo al sistema penal acusatorio y la oralidad, sin embargo, poco se ha enfatizado en los tópicos específicos que entraña el nuevo cauce procesal.

Con la reforma al proceso penal mexicano, uno de los temas que a nuestro juicio adquiere relevancia es el de las medidas cautelares, que se corresponde con la aparición de una nueva figura jurisdiccional: el juez de control, en términos del párrafo décimo cuarto del artículo 16 constitucional:

Los Poderes Judiciales contarán con **jueces de control** que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de **medidas cautelares**, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

Sobre las medidas cautelares la doctrina nacional ha sido consistente en señalar que las mismas carecen de un estudio a profundidad, especialmente en el ámbito penal. Si bien la figura del juez de control ha generado diversas controversias, sobre todo por el alcance que puede tener su potestad judicial,<sup>2</sup> no menos cierto resulta que a nivel federal, en este momento transitivo se han sentado algunas bases previas para el posterior acomodo legal que realice el legislativo, tanto a nivel federal como en los ámbitos locales. De hecho, la aparición hace apenas dos años del *juez federal penal especializado en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones*<sup>3</sup> es uno de los aspectos relevantes de

---

2 Ovalle Favela cuestionó la pertinencia del modelo aprobado, al señalar que “si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los indiciados y de las víctimas y ofendidos. Pero es todavía más grave que el juez pueda resolver por cualquier medio [...] Lamentablemente el texto aprobado parece permitir que no sólo las solicitudes del Ministerio Público sobre medidas cautelares, tales como la orden de aprehensión y la orden de cateo, sean orales, sino que también tengan ese carácter las demás resoluciones que dicte el juez de control. De aceptarse esta interpretación, nuestro país estaría retrocediendo varios siglos y se perdería por completo la seguridad jurídica que ofrece el hecho de que este tipo de actos deba constar en un mandamiento escrito, en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento, como lo dispuso desde 1857 el artículo 16”. José Ovalle Favela, *Proceso y justicia*, México, UNAM, Porrúa, 2009, pp. 191-192.

3 Tal es el nombre que se consigna en el Capítulo II del *Acuerdo General 75/2008 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, por el que se crean Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones*, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 4 de diciembre de 2008. Al respecto puede consultarse: Rodolfo Sánchez Zepeda, *El juez federal penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.

este momento transitorio. Aquí debe llamarse la atención al hecho de que el legislador podrá variar la denominación del mencionado juzgador, siempre y cuando sus atribuciones estén dentro de las que establece el mandato constitucional. Así, las denominaciones juez de legalidad o de garantías resultan admisibles en la redacción que han hecho ya los legisladores locales.

El presente trabajo pretende dar cuenta de las particularidades que adopta la propuesta de regulación de las medidas cautelares en el *Código Modelo* aprobado por la CONATrib, lo cual se complementa con alusiones doctrinales y jurisprudenciales que también permiten advertir la relevancia que en el nuevo modelo de justicia penal adquiere la figura de las medidas cautelares.

De manera previa presentamos una aproximación doctrinal, que nos sirve para entender el concepto de medidas cautelares en el derecho mexicano y la definición de las mismas, señalando una clasificación a los efectos de este ensayo.

## II. LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, DEFINICIÓN Y TIPOS

### A. Concepto

El concepto jurídico “medidas cautelares” no es universalmente admitido. Tal afirmación se desprende de algunos instrumentos internacionales, como la *Convención Interamericana sobre Ejecución de Medidas Preventivas*,<sup>4</sup> así como de la doctrina procesal que considera que la expresión es genérica.<sup>5</sup> Y es genérica porque la lista de medidas cautelares que pueden ser competencia de los juzgados de control,

---

4 El primer artículo de la Convención señala: “Para los efectos de esta Convención las expresiones “medidas cautelares” o “medidas de seguridad” o “medidas de garantía” se consideran equivalentes cuando se utilizan para indicar todo procedimiento o medio que tienda a garantizar los resultados o efectos de un proceso actual o futuro en cuanto a la seguridad de las personas, de los bienes o de las obligaciones de dar, hacer o no hacer una cosa específica, en procesos de naturaleza civil, comercial, laboral y en procesos penales en cuanto a la reparación civil”. Debe lamentarse que el Estado mexicano no haya suscrito aún esta Convención, según se desprende de la información que proporciona el Departamento de Derecho Internacional de la Organización de Estados Americanos. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-42.html> Consulta del 04 de febrero de 2010.

5 Aquí habrá que citar a Kielmanovich, quien señala que “en la doctrina nacional como extranjera no existe uniformidad en cuanto a la naturaleza y denominación que cuadra asignarle al proceso cautelar o ya a las acciones o medidas cautelares, refiriéndose así por algunos como ‘providencias cautelares’, ‘medidas precautorias’, ‘medidas de seguridad’, ‘medidas urgentes’, ‘medidas provisionales’, ‘medidas de cautela’, ‘providencias conservatorias o interinas’, etcétera”. Jorge L. Kielmanovich, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000, p. 19.

creados con la Reforma Constitucional de 2008, puede incrementarse más allá de las que por ahora aparecen contempladas en el *Código Modelo*.

En el propio sistema interamericano, cada vez de mayor interés y estudio para los juristas mexicanos, hay una distinción entre el concepto medidas cautelares y el de medidas provisionales. El primero es utilizado para designar las medidas adoptadas para tratar de salvaguardar provisionalmente los derechos humanos de las personas, mientras que el segundo concepto alude a las medidas adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en forma provisional.<sup>6</sup>

Si bien en un concepto diverso, Vélez Mariconde señala que “la coerción personal del imputado es la restricción o limitación que se impone a su libertad para asegurar la consecución de los fines del proceso: la averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal”.<sup>7</sup> Aquí es donde se puede apreciar el fundamento del interés público reflejado en la regulación de las medidas cautelares en el nuevo proceso penal mexicano.

Por otra parte, y a partir de lo que se menciona, el concepto de medidas cautelares, podrá o no ser adoptado por el legislador local. En efecto, ante la variedad de conceptos utilizados, al momento de redactar la normativa local se podrán utilizar otros conceptos que contengan lo mandado por el constituyente permanente, con relación al nuevo modelo de justicia penal.

Esta afirmación tiene como telón de fondo, una escasa doctrina nacional sobre el tema de las medidas cautelares. Para resaltar la importancia que tienen éstas en el proceso penal, quizá habría que volver la vista a las conocidas *Lecciones sobre el proceso penal* de Carnelutti,<sup>8</sup> para advertir la variedad y sobre todos los alcances que tienen las medidas que pueden adoptar las autoridades administrativas y judiciales en lo relativo al sistema de justicia penal.

---

6 Aquí se sigue a Ernesto Rey Cantor, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema americano de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005, p. 175.

7 Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, t. II, p. 476.

8 Francesco Carnelutti, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1950, 4 tomos. De igual manera se puede consultar la obra de Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, 1996, en lo relativo a la concepción, que retoma de Chiovenda, según la cual “la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución”.

Las características de las medidas cautelares como parte de un procedimiento autónomo se enmarcan en el reconocimiento de que están vinculadas no sólo al proceso penal desde su inicio, sino que incluso le anteceden; asimismo, no sólo abarcan a las partes procesales, sino que tienen efectos extensivos, que incluyen en determinados supuestos a terceros. Asimismo, es característico de ellas que se trata de medidas temporales y la gran mayoría cesan con la emisión de la sentencia, aunque se reconoce la posibilidad de que puedan modificarse ante un cambio de circunstancias, durante el proceso.

Así, resulta relevante conocer el tema de las medidas cautelares, cuando advertimos que su dictado lleva a la restricción de derechos fundamentales. Así, una medida cautelar es ante todo excepcional si se entiende que tiene prelación la presunción de inocencia; pero además la medida cautelar debe ceñirse a determinados principios como el de legalidad, provisionalidad y proporcionalidad, según veremos más adelante.

No omitimos mencionar que un sector de la doctrina distingue entre providencias precautorias y medidas cautelares, según se trate del momento procesal en que se dicten: la providencia precautoria procede antes de la formulación de la imputación; mientras que la medida cautelar se impondrá una vez que se ha comunicado al imputado la teoría del caso, es decir cuándo se ha establecido la vinculación a proceso.

## B. Definición

La definición básica de medidas cautelares señala que son “los instrumentos que puede decretar el juzgador, a solicitud de las partes o de oficio, para conservar la materia del litigio, así como para evitar un grave e irreparable daño a las mismas partes o a la sociedad, con motivo de la tramitación de un proceso”.<sup>9</sup>

Por supuesto, las medidas cautelares difieren según se trate de un proceso civil, penal, fiscal o administrativo, sin embargo, teleológicamente se puede encontrar similitud en todos ellos. Los autores de la definición citada, Fix Zamudio y Ovalle Favela, enfatizan que la razón de ser de estos instrumentos procesales se encuentra en el retraso del dictado de la sentencia, lo cual “hace indispensable la utilización de estas medidas

---

<sup>9</sup> Voz “Medidas cautelares”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. V, p. 51.

precautorias para evitar que se haga inútil la sentencia de fondo, y, por el contrario, lograr que la misma tenga eficacia práctica”.<sup>10</sup> Veremos más adelante que el *Código Modelo* explicita las finalidades que tienen tales figuras procesales.

### C. Tipos

Para determinar una clasificación de las medidas cautelares podemos recurrir a diversos parámetros: por ejemplo sobre quien recaen, quién puede solicitarlas, en qué casos proceden, etcétera, lo cual nos proporcionaría diversas tipologías. Sin embargo, aquí nos limitaremos a señalar que en el ámbito penal, las medidas cautelares pueden ser de naturaleza personal o real. En el primer caso constituyen mecanismos de coerción personal, mientras que en el segundo afectan el ámbito patrimonial.<sup>11</sup>

Señala García Ramírez que es característico del proceso penal que “dominan o poseen valor relativo las medidas cautelares de carácter personal, esto es, aquellas que se vuelcan sobre las personas, al paso que en el ámbito procesal civil, por contraste, la mayor importancia corresponde a las providencias asegurativas que se adoptan con respecto a los bienes”.<sup>12</sup> Por supuesto, se enfatiza que ambos tipos se dan tanto en materia penal como en la civil.

Es conocido que a partir de la década final del siglo XX, el empleo de medidas cautelares tanto personales como reales, en el ámbito penal mexicano, adoptó una mixtura que llevaba como finalidad la de garantizar una tutela adecuada de los intereses de la víctima del delito. Además, era una respuesta a la aparición de fenómenos delictivos, como el narcotráfico o la delincuencia organizada, que empleaban y generaban numerosos recursos económicos.

Sin embargo, al analizar ambos tipos de medidas cautelares se advierte que persiguen distintos objetivos, como se verá a continuación.

---

<sup>10</sup> Voz “Medidas cautelares”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. V, p. 51.

<sup>11</sup> “La coerción procesal penal (que algunos denominan ‘ejecución cautelar’) se subdivide en coerción personal y coerción real (in re), o sea en orden a las personas o a las cosas”. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, t. III, p.553.

<sup>12</sup> Sergio García Ramírez, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989, p. 573.

## 1. Medidas cautelares personales

Es posible coincidir que las medidas cautelares de carácter personal tienen como principal finalidad: a) asegurar la presencia del imputado en juicio y en los demás actos que se requiera su presencia; b) garantizar la seguridad de la víctima, ofendido, testigos de los hechos y de la comunidad en general; y, c) evitar la obstaculización del procedimiento o el desarrollo de la investigación.<sup>13</sup> En esto coinciden lo mismo el *Código Modelo* que algunos de los ordenamientos procesales penales actualmente en vigor (Arts. 154 CPPEBC; 163 CPPEO; 195 CPPEZ).

Las medidas cautelares personales que contempla el *Código Modelo* son las siguientes: a) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; b) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informa regularmente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; d) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado; e) El arraigo, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el juez disponga; f) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; g) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa; h) Si se trata de agresiones a mujeres, niños o delitos sexuales, cuando la víctima conviva con el imputado, la separación inmediata del domicilio; e, i) La prisión preventiva.

Otra medida cautelar personal es el internamiento en centro de salud u hospital psiquiátrico, en los casos en que el estado de salud del imputado así lo amerite. Sin embargo, debe señalarse que no todos los códigos procesales la han incluido como medida cautelar. Tal sería el caso del CPPEZ (Art. 208).

---

<sup>13</sup> "La coerción personal procesal consiste en una limitación más o menos intensa de la libertad física de una persona, por una finalidad procesal penal". Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal*, obra citada, t. III, p. 554. Asimismo, "los actos de coerción personal procuran impedir que el imputado, por estar en libertad, observe una conducta que haga imposible o ponga obstáculos a la actuación efectiva de la ley penal, ya sea por impedir o estorbar la investigación, ya sea por eludir la acción de la justicia [...] En todo caso, pues, el sacrificio impuesto a la libertad personal obedece a la necesidad de asegurar el imperio efectivo del derecho penal, procesal o sustantivo". Alfredo Vélez Mariconde, *Derecho procesal penal*, obra citada, p. 477.

Puede incluirse, de manera excepcional, como medida cautelar personal, la consistente en que se suspenda al imputado, en el ejercicio del cargo que se encuentre desempeñando, cuando se le atribuya un delito funcional, es decir, relacionado con determinadas funciones públicas, tales como los delitos cometidos por servidores públicos en detrimento de la administración de justicia.

De igual manera, se reconoce la posibilidad de que se prohíba la realización de determinada conducta o actividad, cuando entre las penas se incluya la de inhabilitación.

## 2. Medidas cautelares reales

Las medidas cautelares de naturaleza real contempladas en el *Código Modelo* son: a) La presentación de una garantía económica suficiente; b) La pensión alimenticia (en los supuestos en que se disponga el abandono del domicilio como medida cautelar); y, c) el embargo precautorio de bienes.<sup>14</sup>

La finalidad perseguida con el otorgamiento de una medida cautelar real es la de garantizar la reparación de los posibles daños y perjuicios provocados por el hecho punible, así como, para garantizar el pago de los gastos generados por el proceso a la víctima. Este último supuesto puede quedar enmarcado en la categoría de perjuicios provocados por el hecho punible. Esto, en congruencia con el artículo 1º del *Código Modelo*, que concibe como objeto del proceso, “determinar si se ha cometido un delito a través del esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, para garantizar la justicia en la aplicación del derecho y restaurar la armonía social entre sus protagonistas y con la comunidad”.

De igual manera, se concibe la presentación de una caución para gozar del beneficio de la libertad durante el proceso como una medida cautelar de naturaleza personal y no real, sin embargo, aquí hemos preferido considerarla como una medida cautelar real, toda vez que no sólo se trata de una caución en dinero, sino que puede consistir en el depósito de valores, prendas o hipotecas sobre bienes

---

<sup>14</sup> Manzini señala que esta “coerción respecto de las cosas [...] es exclusivamente la dirigida a fines procesales penales y no la que puede realizar el juez penal por medida administrativa de seguridad, como, por ejemplo, la confiscación, ni la que se puede disponer en garantía de intereses civiles. Los principales actos de coerción procesal real son: las perquisiciones, el secuestro a los fines penales; la disponibilidad de los teléfonos públicos”. *Ibidem*, pp. 697-698.



libres de gravámenes, pólizas con cargo a una empresa de seguros, entrega de bienes, fideicomisos, fianza solidaria de una o más personas solventes o cualquier otro medio idóneo (Art. 216, CPPEZ; 180, CPPEO; 174, CPPEBC; y 198 del *Código Modelo*). Lo anterior constituye, a nuestro parecer, una medida asegurativa que recae sobre los bienes, aun y cuando derive de un beneficio constitucionalmente establecido. Máxime que, como veremos más adelante, el alcance de tales medidas constituye una verdadera restricción al patrimonio del imputado y, en ocasiones, de extraños.

No omitimos mencionar que en el *Código Modelo*, es posible advertir, dentro del título dedicado a las medidas cautelares, un capítulo dedicado a multas e indemnizaciones, el cual no se desarrolla en el presente trabajo.

### III. PRINCIPIOS APLICABLES

En la doctrina nacional y extranjera se advierte una serie de principios procesales que resultan aplicables en la tramitación de las medidas cautelares. Conviene señalarlos, toda vez que configuran el basamento normativo, tanto en el caso del *Código Modelo* como en cualquier otro ordenamiento procesal penal. Los principios que se reconocen son los siguientes:

#### A. Judicialidad o jurisdiccionalidad

Desde el mandato constitucional ya citado antes, se advierte que las solicitudes de mandato constitucional deberán ser resueltas por un juez de control. Esta exigencia pretende garantizar los derechos de naturaleza procesal,<sup>15</sup> pero especialmente controlar las posibles restricciones a la libertad personal, por ello algunos ordenamientos lo denominan Juez

<sup>15</sup> “Los derechos fundamentales de naturaleza procesal significan tanto una manifestación general del Estado de derecho –la de acceso a la jurisdicción– como garantías procesales que hasta épocas recientes se habían formulado sólo como principios de derecho objetivo (*in dubio pro reo*, *nemine damnetur nisi audiatur*, *audiatur et altera pars*, entre otros) y que, en la actualidad, para destacar su importancia y reforzar su tutela, aparecen revestidas de la forma de derechos fundamentales [...] Los derechos y garantías se concretan y definen con mayor precisión cuando se trata de procesos penales: en estos casos, se proclaman expresamente derechos, como la prohibición de la tortura, la presunción de inocencia y la doble instancia”. Carlos Faustino Natarén Nandayapa, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006, pp. 10 y 19.

de Garantías (CPPEZ) o, en otro extremo, Juez de Control de Legalidad (CPPEO). El propio *Código Modelo* señala (Art. 179) que las medidas cautelares sólo pueden ser impuestas mediante resolución judicial fundada y motivada.

Este principio impone ya un requisito de validez. Lo mismo debe predicarse de las resoluciones que revisen, sustituyan, modifiquen o cancelen una medida cautelar de carácter personal (Art. 203.1). A lo anterior se suman los requisitos establecidos en el Art. 197 del *Código Modelo*.

Por otra parte, este principio está en línea con el régimen general del proceso penal, cuya consagración está en el artículo 6.2 del *Código Modelo*, al señalarse que la potestad de aplicar la ley penal corresponderá sólo a los tribunales ordinarios instituidos antes del hecho que motivó el proceso conforme a la Constitución del Estado y a la ley orgánica del Poder Judicial.

En este mismo rubro debe mencionarse que la actuación del juez, en forma obligatoria, implica el reconocimiento de cierto arbitrio judicial, respecto de las condiciones y circunstancias que sustentan la solicitud de una medida cautelar.<sup>16</sup> A través del arbitrio judicial debe apreciarse el peligro en la demora, la verosimilitud del derecho y la idoneidad de la medida para lograr la finalidad que se busca, según se trate de uno u otro tipo de medida cautelar.

De hecho, es en la detención donde este principio se advierte con mayor claridad. El *Código Modelo* señala que ninguna persona podrá ser detenida sino por orden emitida por un juez competente (Art. 182.1), a menos que fuere sorprendida en delito flagrante o se tratara de caso urgente.

## B. Igualdad

Conforme con este principio, el ordenamiento adjetivo penal garantiza que las partes procesales tengan la misma posibilidad de solicitar o recurrir la procedencia de una medida cautelar. Así, el *Código Modelo* prevé (Art. 181) que todas las decisiones judiciales relativas a las medidas cautelares son apelables. Disposición congruente con el Art.

---

<sup>16</sup> SJFG9, t. XXVI, agosto de 2007, p. 1723. Registro: 171714. Tesis: I.3o.C.631 C. Rubro "MEDIDAS CAUTELARES DE ASEGURAMIENTO. PARA QUE PUEDAN OTORGARSE, EL SOLICITANTE DEBE DESCRIBIR LA SITUACIÓN DE HECHO EXISTENTE Y EXPRESAR LOS MOTIVOS PARA MANTENERLA (CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES)".

179.2 que señala que la resolución judicial que imponga una medida cautelar o la rechace es modificable en cualquier estado del proceso.

En el ámbito de las medidas cautelares hemos hecho notar que en ocasiones anteceden el inicio del proceso y que incluso se hacen extensivas a terceros, distintos de aquel a quien se imputa la comisión de un delito. Estas características parecieran hacer nugatorio el principio de igualdad, sin embargo, es precisamente la idea de igualdad procesal la que permite que las medidas puedan ser revisadas una vez que han sido adoptadas, de otra manera se impide que las partes en el proceso tengan iguales oportunidades una vez que han dado inicio las distintas etapas procesales.

### **C. Buena fe y lealtad de las partes**

Según este principio, es premisa para el juez que las partes procesales se conducen con probidad, salvo prueba en contrario. Un buen ejemplo de esta buena fe, se contiene en el *Código Modelo* cuando permite (Art. 190) que mediante promesa del imputado de someterse al proceso, pueda el juez prescindir de toda medida cautelar.

Igual sentido debe darse a la prevención de que cuando exista presentación espontánea del imputado contra el que se hubiere emitido un orden de aprehensión, el juez podrá ordenar que se mantenga en libertad al imputado y eximirlo de la aplicación de medidas cautelares personales.

Este proceder se reafirma en atención al principio de presunción de inocencia, que forma parte expresa del contenido constitucional del nuevo modelo procesal penal.

### **D. Economía procesal**

Tratándose de las medidas cautelares, el principio de economía procesal contiene al menos tres elementos: la celeridad, la unidad y la uniinstancialidad. La celeridad contribuye a la economía de gastos; la unidad lleva a la economía de costos, y la uniinstancialidad a la economía de actuaciones. El *Código Modelo* da cuenta de tales elementos, por ejemplo en lo relativo a los casos urgentes (Art. 185) o al actuar oficioso del juez (Art. 179.3; 195; 203.1).

Esta figura, que ha sido considerada como un principio rector del proceso, merece mayor atención en el nuevo modelo procesal, pues la mayoría de sus figuras atienden implícitamente la necesidad de economizar en todas las etapas que habrán de desarrollarse.

## E. Contradicción

Este principio, recogido por algunos bajo el apotegma de que a toda acción le corresponde una reacción, impone la obligación al juez de dar oportunidad a las partes de ser oídas en el respectivo trámite. Más aún, el *Código Modelo* prescribe que ningún juez podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción (Art. 4.2).

En materia de medidas cautelares, se ha señalado en la jurisprudencia que al no constituir actos privativos, para su imposición no rige la garantía de previa audiencia.<sup>17</sup> Eso se advierte claramente al revisarse el trámite que siguen las solicitudes de medidas cautelares, que vendría a ser la excepción contemplada por el propio *Código Modelo*, al principio contenido en el Art. 4.2, que obliga al juez a que los asuntos sujetos a proceso se traten siempre en presencia de las dos partes.

## F. Depuración procesal

La depuración procesal implica que se prescinda de todos aquellos trámites o requisitos que constituyan meros formalismos que no contribuyen a la eficiencia del proceso. Con este principio procesal se persigue el objetivo de que se responda de manera inmediata a las solicitudes hechas por el Ministerio Público, o la víctima.

La pretensión de que se cumpla con este principio está en línea con el reconocimiento en el artículo 17 constitucional de un derecho de tutela judicial efectiva o de adecuada impartición de justicia.

---

<sup>17</sup> SJFG9, t. VII, marzo de 1998, p. 18. Registro: 196727. Tesis: P/J. 21/98. Rubro: "MEDIDAS CAUTELARES. NO CONSTITUYEN ACTOS PRIVATIVOS, POR LO QUE PARA SU IMPOSICIÓN NO RIGE LA GARANTÍA DE PREVIA AUDIENCIA".

## G. Congruencia

Toda medida cautelar debe coincidir con las pretensiones de quien la solicita (MP, víctima u ofendido), a la vez que con el derecho invocado y el grado de afectación o puesta en riesgo del bien jurídico protegido y cuya vulneración se somete a conocimiento de los tribunales. Asimismo, la medida cautelar debe expresarse de manera uniforme en la propia resolución que decida sobre su adopción o procedencia.

## H. Confidencialidad/publicidad

Las medidas cautelares se deben otorgar de manera confidencial, escuchando al demandante de la medida. Como puede entenderse, este principio no se refiere a la posibilidad de que la otra parte no se encuentre presente, principio protegido en el Art. 4.2 del *Código Modelo*, sino al hecho de que lo actuado no forme parte de la discusión principal.

## I. Inmediación

Este principio exige la participación activa y constante del juez en la toma de la decisión. Como lo ha mencionado Chiovenda, este principio es esencial en el procedimiento oral. Trata de la pertinencia de que sólo decidan aquellos jueces que hayan asistido a la discusión o vista de la causa.<sup>18</sup> En el caso particular y dadas las peculiaridades del modelo establecido, el principio de inmediación tiene su cabal reflejo en la exigencia de que sea el juez de control competente, el único que puede oír lo argumentado por los solicitantes de la medida cautelar, y con base en tales datos, emitir su resolución.

---

<sup>18</sup> "El principio de la inmediación exige que el juez que debe pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de las pruebas de que saca su convencimiento, y haya entrado, por lo tanto, en relación directa con las partes, con los testigos, con los peritos y con los objetos del juicio, de forma que pueda apreciar las declaraciones de tales personas y las condiciones de los sitios y cosas litigiosas, etc., fundándose en la impresión inmediata recibida de ellos y no en referencias ajenas. El principio de la inmediación no está sólo estrechamente unido al de la oralidad, en cuanto que sólo en el proceso oral puede ser plena y eficazmente aplicado, sino que verdaderamente constituye la esencia del proceso oral". Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, v. III, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, p. 177.

## J. Disposición procesal

Según este principio, las partes con un interés jurídico pueden acudir ante los jueces a solicitar medidas cautelares, a efecto de conseguir alguno de los fines que hemos identificado. Sin embargo, ello implica que sea la propia normatividad procesal penal la que permita tal actuar a las partes. En el caso, el artículo 189.1 del *Código Modelo* señala que las medidas cautelares pueden imponerse por el juez “a solicitud del Ministerio Público o del Acusador Particular, y en la forma, bajo las condiciones y por el tiempo que determina” dicho Código.

Como puede fácilmente advertirse, el dictado de las medidas cautelares en el nuevo proceso penal acusatorio, quedan limitadas y marcadas por el cumplimiento de estos principios, siguiendo por supuesto los mandatos fijados por el legislador y la jurisprudencia que sobre el particular vayan emitiendo los tribunales federales o locales, en sus respectivos ámbitos de competencia.

Aunados a los anteriores deben tomarse en cuenta los principios de proporcionalidad, temporalidad y excepcionalidad que caracterizan a las medidas cautelares y que si bien no son propiamente principios aplicables, resulta evidente que la regulación procesal no puede prescindir de tales características a la hora de establecer los mecanismos legales de aplicación y puesta en práctica.

## IV. EL DICTADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la imposición de las medidas cautelares, el ordenamiento procesal penal señala un *iter* judicial que no puede obviarse, sin contrariar la exigencia del debido proceso. Aquí exponemos *grosso modo* algunos de tales momentos, expresando en términos generales apreciaciones derivadas, sobre todo del *Código Modelo*.

### A. Características

La primera característica que puede advertirse es que si bien, los sujetos legitimados pueden solicitar cualquier tipo de medida cautelar, el

juez sólo puede imponer “las autorizadas” por el propio ordenamiento. Hay una prohibición expresa de que el juez pueda imponer una medida cautelar más grave que la solicitud o cuyo cumplimiento resulte imposible (Art. 191.3 *Código Modelo*).

Hoy día, los jueces federales especializados de que hablamos, antes sólo se ocupaban de tres específicas figuras: cateo, arraigo e intervención de comunicación, sin embargo, el *Código Modelo*, como los otros códigos ya emitidos (CPPEO, CPPENL, CPPEZ, etcétera) señalan muchas otras medidas cautelares que son competencia del juez de control en la nueva legislación.

Más aún, algunas legislaciones podrán ampliar tal catálogo, ajustándose por supuesto a los compromisos internacionales y al marco constitucional federal. Así, las medidas cautelares podrán ser: la detención, la prisión provisional, la comparecencia periódica, la fianza, la prohibición temporal de desarrollar determinadas actividades, la prohibición de residir, permanecer o acudir a determinados lugares, la obligación de informar al juez de los desplazamientos que se efectúen fuera de determinado ámbito territorial, la prohibición de abandonarlo, la prohibición de salir de territorio nacional, la retención de pasaporte, la prohibición de librar cheques, el control telemático de personas imputadas, y la prohibición de comunicarse o trabar contacto con determinadas personas, entre otras.<sup>19</sup>

## B. Solicitud

De acuerdo con el *Código Modelo*, serán el Ministerio Público o el Acusador Particular, quienes puedan solicitar la imposición de una medida cautelar. Sin embargo, desde el texto constitucional, también se prevé la posibilidad de que el juez, de manera oficiosa, imponga la medida cautelar de la prisión preventiva en determinados supuestos, como veremos más adelante.

---

<sup>19</sup> González Chévez propone un “catálogo de auténticas medidas cautelares penales”, entre las que incluye 30 figuras distintas. “Lo anterior sin dejar de considerar la posibilidad de que en la legislación procesal se prevea una cláusula abierta que faculte a la autoridad a adoptar cualquier tipo de medida cautelar penal distinta a las previstas en el ordenamiento, según las circunstancias del caso lo requieran”. Héctor González Chévez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, pp.121-123.

## C. Trámite

Para resolver sobre la imposición de una medida cautelar, se establece en el *Código Modelo* la exigencia de que el juez convoque a una audiencia para oír a las partes o para recibir la prueba (Art. 196.3 *Código Modelo*).

La excepción la constituye el caso en que el juez actúe oficiosamente, como hemos señalado, al imponer la prisión preventiva.

En el *Código Modelo*, se da la posibilidad, y según el caso exigencia, de aportar pruebas por parte del Ministerio Público o del Acusador Particular. De ahí que, en la audiencia en la cual se reciba la prueba, se establece la obligación del juez de valorar tales elementos de prueba conforme a las reglas generales establecidas por el propio *Código Modelo*, “exclusivamente para fundar la decisión sobre la medida cautelar” (Art. 196.4).

La oficiosidad judicial deja abierta la puerta a que las medidas cautelares puedan dictarse cuando se han aportado pruebas que a juicio del juez puedan constituir elementos adecuados para justificar la imposición de alguna de las medidas establecidas en el respectivo código procesal.

## D. Resolución

Atendiendo la naturaleza de las medidas cautelares, se establece como un principio rector de la resolución en la materia el de proporcionalidad. Acorde con este principio, no se puede ordenar una medida cautelar personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la posible sanción.

Otra limitante que se observa en la imposición de una medida cautelar, es que ésta no podrá, en ningún caso, sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años. Sin embargo, el propio *Código Modelo* prevé la posibilidad de que, de manera excepcional, el Ministerio Público o el acusador puedan solicitar una prórroga, considerando en todos los casos, cuáles son los fines que tienen las medidas cautelares en el nuevo proceso penal, a partir de sus caracteres de temporalidad y excepcionalidad.

Asimismo, se prevé que la resolución que dicte el juez de control puede imponer una medida cautelar o una combinación de ellas, “según



resulte adecuado al caso”. El juez queda constreñido a expedir las comunicaciones necesarias para garantizar el cumplimiento de tales medidas cautelares (Art. 191.1).

El *Código Modelo* señala que son requisitos que debe contener la resolución que imponga una medida cautelar, los siguientes: a) Los datos personales del imputado o los que sirvan para identificarlo; b) La enunciación del hecho o hechos que se le atribuyen y su preliminar calificación jurídica; c) La indicación de la medida y las razones por las cuales el juez estima que los supuestos que la motivan concurren en el caso; y d) La fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida (Art. 197).

El *Código Modelo* señala que todas las decisiones que versen sobre medidas cautelares son apelables, sin que ello implique la suspensión de la ejecución de lo ordenado (Art. 181). Aunado a lo anterior, el Art. 179.3 del *Código Modelo* supone el reconocimiento del principio pro libertatis, al señalar que en todo caso, el juez o el tribunal que dicte la medida cautelar puede proceder oficiosamente cuando ello favorezca la libertad del imputado.

## **E. Revisión**

En el *Código Modelo* se reconoce el derecho de las partes, y especialmente del que se encuentre sujeto a una medida cautelar, de que éstas puedan ser revisadas, modificadas, sustituidas o canceladas.

El Art. 203.1 del *Código Modelo* señala que esto puede tener lugar, de oficio o a petición de parte, “cuando así se requiera por haber variado las condiciones que justificaron su imposición”.

En tales supuestos opera el mismo mecanismo que para la imposición: el juez de control citará a una audiencia, misma que se llevará a cabo “dentro de las cuarenta y ocho horas contadas a partir de la presentación de la solicitud de revisión o de la citación cuando el órgano jurisdiccional actúe de oficio”.

No resulta una obviedad reiterar que se requiere de una resolución fundada y motivada en todos los casos. De igual manera, cualquiera de estas opciones (sustitución, cancelación o modificación) exige la misma valoración probatoria, si es el caso, que la que mencionamos en el punto anterior.

Por otra parte, más adelante veremos, al analizar las medidas cautelares en particular, las diversas consecuencias previstas para los casos de sustitución o cancelación de la medida impuesta.

Cabe destacar que el *Código Modelo* se refiere también a la “interrupción” de una medida cautelar específica, al abordar el tema de la separación del domicilio.<sup>20</sup> En estos casos, dado que no se trata propiamente de una modificación, consideramos que queda comprendida en el supuesto de cancelación de la medida, dado que expresamente se habla de que el juez se encarga de “levantar” la medida.

## V. LIBERTAD Y DETENCIÓN

El concepto “detención” encuentra un uso lingüístico simple: “permanencia provisional en prisión de un supuesto delincuente”.<sup>21</sup> Sin embargo, a los efectos del análisis de las medidas cautelares debemos partir de una definición más amplia y precisa: “restricción de la libertad personal por breve tiempo de un individuo, en contra de quien aparezcan motivos bastantes de ser responsable de la comisión de un delito y de aquel en contra de quien exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia, por la investigación de un hecho punible”.<sup>22</sup>

La regla general que priva en el proceso penal acusatorio es que ninguna persona puede ser detenida si no es por orden de un juez competente. Esta regla admite al menos dos excepciones: cuando la detención se de en caso de flagrancia o cuando se actualice un caso urgente.

Sin embargo, desde el mandato constitucional advertimos que la mencionada regla presenta aristas muy interesantes, vinculadas con la protección del derecho de libertad. En este apartado, analizaremos, en primer lugar, los últimos dos supuestos, antes de pasar al análisis de la orden de aprehensión.

---

<sup>20</sup> Cabe destacar que el Art. 201 se utiliza indistintamente el concepto “separación del domicilio” y el de “abandono del domicilio”. En estricto sentido ambas figuras son diferentes, al involucrar la segunda un elemento volitivo. Sin embargo, hacemos la anotación que el *Código Modelo* utiliza la segunda en el texto normativo (Art. 201.1). Circunstancia gramatical que el legislador estatal podrá superar con un mejor manejo de los conceptos.

<sup>21</sup> María Moliner, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998, t. A-H, p. 977. La expresión “detenido” se aplica, en lo que nos interesa, a la persona privada provisionalmente de libertad por una autoridad competente (p. 978).

<sup>22</sup> Héctor González Chávez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 163.

El fundamento se encuentra en el artículo 16 CPEUM, cuyos párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo, disponen:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención. Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

De la redacción constitucional se advierte la trascendencia que tienen los supuestos en estudio. Máxime que estos temas son de estudio previo al de la prisión preventiva.

Igual sentido garantista debe encontrarse en el artículo 19 CPEUM, el cual prevé que ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso. El plazo para dictar este auto podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado.

En este caso, siguiendo el régimen establecido por el artículo 19 CPEUM, la prolongación de la detención en perjuicio del imputado será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo de 72 horas no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso o del que decreta la prisión preventiva o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Debe mencionarse que la propia CPEUM establece supuestos diversos, de relevancia en la definición del derecho de libertad y su alcance frente a la función indagatoria y punitiva del estado, tratándose de la delincuencia organizada. Baste recordar que el artículo 16, en su párrafo décimo, señala que “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada”.<sup>23</sup>

Para no exceder los límites impuestos a este breve trabajo, dejaremos para otra ocasión el análisis pormenorizado de los alcances de esta referencia constitucional, señalando solamente que la justificación utilizada para sostener la Reforma Constitucional ha sido ampliamente cuestionada, especialmente a partir de la noción que se hace del derecho penal del enemigo.

## A. Flagrancia

La CPEUM reconoce la figura de la flagrancia<sup>24</sup> al establecer el supuesto de que “cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

<sup>23</sup> El párrafo noveno del propio artículo 16 CPEUM, señala: “Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia”. Aquí debe recordarse que a la fecha se encuentran vigentes diversas leyes relacionadas con el tema. A nivel federal se expidió la *Ley federal contra la delincuencia organizada*, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de noviembre de 1996.

<sup>24</sup> Resulta interesante el sentido de la expresión flagrancia, como “cualidad de flagrante”, que deriva de *flagar*, “arder, o resplandecer como el fuego”. Flagrante se aplica a lo que flagra, a lo que se está ejecutando en el momento de que se habla”. María Moliner, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998, t. A-H, p. 1312.

Existirá un registro inmediato de la detención”. En dicho supuesto, también se indica que el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Se advierte, insistimos la vocación *pro libertatis*, que tiene traslación en los ordenamientos procesales penales. De ahí, que el propio *Código Modelo* en su artículo 10, reconozca los alcances del derecho de libertad.

El artículo 184 del *Código Modelo* se ocupa de regular el supuesto de la flagrancia. Al efecto señala que habrá “flagrancia únicamente cuando el presunto autor del hecho punible sea sorprendido en el momento de cometerlo o inmediatamente después”.<sup>25</sup> La interpretación de la expresión inmediatamente es crucial en esta redacción.<sup>26</sup>

El mismo artículo 184, en su segundo párrafo, señala que en el caso de flagrancia, cualquier persona podrá practicar la detención e impedir que el hecho produzca consecuencias.

En los casos de flagrancia la persona aprehendida será entregada inmediatamente a la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud la entregará al Ministerio Público, quien luego de examinar las condiciones en que se realizó la detención dispondrá la libertad en caso de que no fuere conforme a la Constitución y a la ley, en caso contrario, se impone al representante social la obligación de que dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas,<sup>27</sup> conduzca al detenido ante el juez de control, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez.

25 Álvaro Bunster señala que “se da propiamente la flagrancia cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. No es, pues, una condición intrínseca del delito, sino una característica externa resultante de una relación circunstancial del delincuente con su hecho. Su presencia en el lugar del hecho y en el instante de su comisión es lo que hace la flagrancia ‘y no el cadáver todavía sangrante ni la casa que se incendia’ (Manzini)”. Voz “Flagrancia”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004, t. IV, p. 87.

26 Al respecto, conviene citar el criterio sostenido en la tesis de rubro “FLAGRANCIA EN EL DELITO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE GUERRERO)”, que establece: “...pues por la locución ‘inmediatamente’ que utiliza dicho precepto al señalar que hay delito flagrante si la persona es detenida cuando ‘inmediatamente’ después de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable y se encuentran huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad, debe entenderse, referida a aquello que está cercano en el tiempo o en el espacio, máxime que este tipo de ilícitos (violación), en su generalidad, son de realización oculta y, por consiguiente, en ausencia de personas que auxilien con prontitud a la víctima y procedan a la detención del sujeto activo”. *SJFG9*, t. VI, agosto de 1997, p. 726. Tesis: XXI.2o.8 P.

27 Al respecto se debe tener presente el criterio contenido en la tesis de rubro “RETENCIÓN POR CUARENTA Y OCHO HORAS QUE LLEVA A CABO EL MINISTERIO PÚBLICO. NO COMPRENDE EL TIEMPO DE LA DETENCIÓN POR LA AUTORIDAD INMEDIATA, EN CASO DE FLAGRANCIA”. *SJFG9*, t. VII, junio de 1998, p. 703. Tesis: XI.2o.23 P. Registro: 196011. En igual sentido la tesis de jurisprudencia, derivada de la contradicción de tesis 33/2003-PS, con rubro “MINISTERIO PÚBLICO. EL TÉRMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PARA QUE RESUELVAN LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL INICIADO APREHENDIDO EN FLAGRANCIA, INICIA A PARTIR DE QUE ÉSTE ES PUESTO A SU DISPOSICIÓN”. *SJFG9*, t. XIX, enero de 2004, p. 90. Tesis: 1a./J. 46/2003. Registro: 182373.

Aquí puede observarse que el legislador ordinario, siguiendo el anhelo del constituyente, deja ciertas decisiones sobre la libertad del imputado, al arbitrio del órgano administrativo. Ello no implica, en ningún momento, la posibilidad que haya un margen de ilegalidad o que este actuar no se encuentre sometido a un régimen de responsabilidades, sino que puede verse como un mecanismo protector del derecho de libertad. En un extremo puede incluso verse como una suerte de control de constitucionalidad y legalidad, toda vez que al examinar las condiciones en que se realizó la detención lo hace verificando el cumplimiento de los mandatos constitucionales y legales.

No entramos al detalle, pero dejamos dicho esta característica en el nuevo proceso penal acusatorio. El propio artículo 16 CPEUM señala que “existirá un registro inmediato de la detención”. Al respecto el propio *Código Modelo* impone la obligación en el caso de flagrancia, que las autoridades de policía deberán elaborar un registro de la misma, estableciendo la fecha y hora en que el imputado fue puesto a su disposición.<sup>28</sup>

Al analizar el presente tema, también debe tomarse en cuenta la conocida distinción doctrinal entre la flagrancia propiamente dicha, la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia o flagrancia equiparada. Esta última aun vigente en algunos ordenamientos locales, y que podría ser incluida por algún legislador en los ordenamientos adjetivos por venir.

## B. Urgencia

En el mismo tenor de la flagrancia, el artículo 16 constitucional prevé como excepción a la exigencia del mandato judicial la detención ordenada por autoridad administrativa, concurriendo una serie de circunstancias que sirven de justificación. En efecto, se establece que sólo en casos urgentes, cuando se trate de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

---

<sup>28</sup> Debe mencionarse que el *Código Modelo* reitera el contenido de esta disposición, primero, tratándose del supuesto de flagrancia, en el artículo 184.3 y después, en lo relacionado a la orden de aprehensión, y con la misma redacción, en el artículo 188.

Este proceder de la autoridad administración lleva aparejada la obligación de poner al detenido a disposición del juez competente, sin dilación alguna. En tales supuestos, el juez de control “deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

Como puede advertirse los elementos gramaticales que deben definirse son la propia noción del caso urgente, así como la calificación de graves que se hace respecto de los delitos. El *Código Modelo*, en su artículo 185, regula lo relativo al caso urgente mencionado por la CPEUM, delimitando los alcances de ambos conceptos.

De acuerdo con dicho numeral, existe caso urgente cuando: a) Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en este artículo; b) exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia; y c) por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Por su parte, la noción de delitos graves se establece a partir de la referencia al párrafo segundo del artículo 19 CPEUM. En dicho precepto se contemplan los siguientes delitos: delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. Con lo cual sigue existiendo una remisión al orden legal que permite al legislador ordinario ampliar los supuestos de delitos considerados graves.

En el caso urgente, el Ministerio Público ordenará por escrito la detención del imputado, debiendo expresar en dicha orden los antecedentes de la investigación y los indicios que motivan su proceder. Asimismo, se impone a los agentes de policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, la obligación de presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden.

En este mismo supuesto, el Ministerio Público deberá dejar sin efecto la detención cuando no pretenda solicitar prisión preventiva, sin perjuicio de que pueda fijarle una caución a fin de garantizar su comparecencia ante el juez. En caso contrario, ordenará que el detenido sea conducido ante el juez. Similar actuación puede darse en los casos de flagrancia.

### C. Orden de aprehensión

La orden de aprehensión encuentra un amplio desarrollo tanto en el ámbito constitucional como legal. El *Código Modelo* señala, en su artículo 186, los supuestos en los cuales el juez puede ordenar la aprehensión de una persona, a solicitud del Ministerio Público.

En el primer supuesto, de acuerdo con dicho precepto del *Código Modelo*, se requiere que se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que el código penal estatal señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad, y que obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

A los efectos de este supuesto, se entenderá que existe un hecho delictivo, cuando los datos de prueba revelen razonablemente los elementos objetivos o externos descritos en el tipo penal que constituyen el elemento material del hecho que la ley califique como delito, así como a los elementos normativos y subjetivos cuando la figura típica de que se trate los requiera.

En otro supuesto, la procedencia de la solicitud de aprehensión queda condicionada a que existan elementos suficientes para sostener, razonablemente, que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada.

Un tercer supuesto para la solicitud de aprehensión, por parte del Ministerio Público, se da cuando después de ser citado a comparecer, el imputado no lo hace sin justa causa. Aunque condicionado a que resulte necesaria su presencia y se reúnan los requisitos citados para el primer supuesto.

En relación con el actuar del Ministerio Público, se prevé que éste deberá formalizar su investigación y solicitar por escrito el libramiento de orden de aprehensión del imputado. Al efecto, hará una relación de los hechos que se atribuyan al imputado, sustentada en forma precisa en los registros correspondientes que exhibirá ante la autoridad judicial, y expondrá las razones por las que considera que se actualizaron las exigencias establecidas en el código procesal correspondiente.

Una vez presentada la solicitud por el Ministerio Público, el juez contará con un plazo de veinticuatro horas para resolver, en audiencia privada con el representante del Ministerio Público sobre la misma. En



el *Código Modelo* se impone la obligación de cumplir con el principio de exhaustividad, toda vez que debe “pronunciarse sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud, pudiendo el juez dar una clasificación jurídica distinta a los hechos que en ella se plantean, o a la participación que tuvo el imputado en los mismos”.

Si por alguna razón la solicitud no cumple alguno de los requisitos legales, el juez oficiosamente prevendrá en la audiencia respectiva al Ministerio Público para que los precise o los aclare. De manera excepcional se prevé que no procederá esta prevención cuando el juez considere que los hechos que cita el Ministerio Público en su solicitud resultan atípicos, es decir no configuran un delito, según el código penal de que se trate.

De manera similar a lo establecido en los casos de flagrancia y urgencia, cuando se ejecute una orden judicial de aprehensión, se exige que los agentes policiales conduzcan inmediatamente al detenido ante la presencia del juez que hubiere expedido la orden.

En lo relativo a la orden de aprehensión judicial se prevé que quienes la ejecuten deberán entregar al imputado copia de la misma.

Asimismo, una vez que el aprehendido por orden judicial sea puesto a disposición del juez de control, éste convocará de inmediato a una audiencia para que le sea formulada la imputación. Este proceder resulta indispensable en los tres supuestos que hemos analizado.

## **VI. LA PRISIÓN PREVENTIVA**

Una vez a disposición del juez de control, el imputado puede ser sometido a prisión preventiva. Los artículos 18 y 19 CPEUM establecen algunos de los lineamientos que debe desarrollar el legislador ordinario para la imposición de esta medida cautelar personal:

- Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva.
- El sitio destinado para la prisión preventiva, debe ser distinto al que se destinare para la extinción de las penas y, además, estarán completamente separados.

- Sólo se podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.
- La prisión preventiva procede oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

A partir de estos lineamientos, aunque no sólo éstos, los legisladores locales y federales podrán desarrollar la figura de la prisión preventiva en el ordenamiento adjetivo penal.

En el último de los puntos señalados, debe dejarse mencionado que las legislaciones locales deben sujetarse estrictamente al mandato constitucional, sin embargo, su margen de aplicación se ampliará en la medida en que el catálogo de delitos graves sea o no ampliado en los respectivos códigos procesales.

En el *Código Modelo*, el artículo 193 reproduce en su literalidad, algunos de los lineamientos constitucionales. Así, por ejemplo:

- La prisión preventiva sólo podrá ser ordenada mediante resolución judicial fundada.
- Se ejecutará del modo que perjudique lo menos posible a los afectados.
- Deberá ser proporcional a la pena que pueda imponerse en el caso, sin que pueda ser superior a dos años, para lo cual se deberá considerar el plazo máximo de duración del proceso y su posible prolongación debida al ejercicio del derecho de defensa.
- No puede ordenarse la prisión preventiva de una persona mayor de setenta años, si se estima que, en caso de condena, no le resultaría aplicable una pena mayor a cinco años de prisión.

- No procede ordenarla en contra de mujeres embarazadas, de madres durante la lactancia o de personas afectadas por una enfermedad grave y terminal.

En los dos últimos casos, se señala que si es imprescindible la restricción de la libertad, se deberá decretar el arraigo en un domicilio o en un centro médico o geriátrico.

### **A. Excepcionalidad de la medida**

La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional. Como hemos afirmado, el sistema penal acusatorio delineado en la CPEUM busca privilegiar el principio de libertad, a partir de el otro principio expresamente reconocido: la presunción de inocencia, junto con el reconocimiento del debido proceso, consagrado en otros preceptos de la CPEUM numerosas disposiciones del *Código Modelo* están orientadas por tales prescripciones.

La excepcionalidad de la prisión preventiva se observa en el hecho de que, además de estar listada al final del catálogo de medidas cautelares personales, se señala expresamente que la procedencia de la solicitud del Ministerio Público está sujeta a que las otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como en los casos en que el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso (Art. 189.4 del *Código Modelo*). Es, por decirlo de alguna manera, el último de los recursos a que debe acudir el juzgador para garantizar la existencia y desarrollo adecuados del proceso.

Asimismo, está la prohibición de que cuando se ordene la prisión preventiva, se pueda combinar con otras medidas cautelares. A nuestro parecer, si bien esta disposición alude a privilegiar la libertad, debe entenderse limitada sólo a las medidas cautelares de carácter personal, pero no a las reales.

## **B. Criterios para ordenar la prisión preventiva**

De acuerdo con el *Código Modelo*, el juez de control al momento de decidir si está garantizada la comparecencia del imputado en el proceso y la protección de víctimas, testigos y la comunidad, tomará en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) la existencia de antecedentes penales por hechos de la misma naturaleza o de mayor gravedad o de otros procesos pendientes; b) el arraigo que tenga en el lugar donde deba ser juzgado, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, y las facilidades para abandonar el país o permanecer oculto; c) la magnitud de las penas que podrían llegarse a imponer en el caso; d) la magnitud del daño que debe ser resarcido; e) el comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de someterse o no a la persecución penal; f) la inobservancia de medidas cautelares previamente impuestas; g) el desacato de citaciones para actos en que sea significativa su asistencia y que, conforme a derecho, le hubieran dirigido las autoridades investigadoras o jurisdiccionales; h) destruirá, modificará, ocultará o falsificará elementos de prueba; i) resulte un peligro para la salud, la tranquilidad o la seguridad de la víctima, por las circunstancias del hecho, la gravedad de los mismos, o sus resultados; j) influirá para que coimputados, testigos o peritos informen falsamente o se comporten de manera reticente, o inducirá a otros a realizar tales comportamientos; k) esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Este conjunto de criterios, con ratios diferentes, son orientadores de la labor que deberán desarrollar los órganos legislativos a la hora de diseñar su propio ordenamiento procesal penal.

## **C. Oficiosidad**

Debe llamarse la atención al hecho de que el *Código Modelo* ha desarrollado algunos de los aspectos que sólo se mencionan en forma genérica en la CPEUM. Tal es el caso de la procedencia de oficio de la prisión preventiva.

La CPEUM reconoce la facultad del juez de actuar oficiosamente para imponer la prisión preventiva, cumplidos los requisitos exigidos por la ley, en los casos en que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad.

En el *Código Modelo* se propone definir los delitos que son cometidos por medios violentos y aquellos que se considera atentan contra el libre desarrollo de la personalidad. De los primeros, el *Código Modelo* señala que “sólo podrán considerarse delitos cometidos por medios violentos los siguientes: homicidio doloso, secuestro, desaparición forzada de personas, tortura, robo cometido con armas de fuego”. En el segundo rubro, el mismo documento señala que “se considerarán delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: trata de personas, pornografía, lenocinio de menores de edad”.

Esta figura plantea serios retos a la tradicional concepción del juez en nuestro país, toda vez que la oficiosidad no deja de verse como un activismo no deseado en la figura del juzgador, mismo que se supone debe ajustar su actuar al principio de imparcialidad y por tanto debe abstenerse de tal proceder. La Reforma Constitucional tuvo como uno de sus puntos de debate la discusión sobre la inclusión de tales facultades al juzgador, mismas que aparecen justificadas ante los nuevos fenómenos de criminalidad.

#### **D. Cesación**

De acuerdo con el artículo *Código Modelo* la prisión preventiva finalizará: a) Cuando nuevos elementos de juicio demuestren que no concurren los motivos que la fundaron o tornen conveniente su sustitución por otra medida; b) cuando su duración supere o equivalga al monto de la posible pena por imponer, se considerará incluso la aplicación de reglas penales relativas a la suspensión o remisión de la pena, o a la libertad anticipada; y, c) cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva se traduzca en tratos crueles, inhumanos o degradantes.

## E. Prórroga y suspensión de plazos

Finalmente, conviene mencionar lo relativo a las disposiciones que permiten la ampliación o suspensión de la prisión preventiva. En tales casos, las resoluciones que se dicten deben ajustarse a los requisitos ya mencionados en el apartado sobre el dictado de las medidas cautelares.

### 1. Prórroga del plazo de prisión preventiva

Tratándose de la prórroga del plazo de la prisión preventiva se prevé que a solicitud del Ministerio Público, el plazo fijado para la prisión preventiva podrá ser prorrogado hasta por un año más, siempre que fije el tiempo concreto de la prórroga y el mismo se justifique.

Este supuesto lleva aparejadas ciertas exigencias, además de la conocida resolución fundada y motivada. A saber, se impone al juez o tribunal la obligación de indicar las medidas necesarias para acelerar el trámite del proceso.

Cuando se haya dictado sentencia condenatoria, y ésta no ha quedado firme, por estar pendiente algún recurso intentado, se prevé que la prisión preventiva sólo se podrá prorrogar por seis meses más.

Tras el cumplimiento de los plazos de prórroga de un año y de seis meses, respectivamente, el *Código Modelo* señala que no se podrán acordar nuevas ampliaciones. La única excepción a esta disposición es que la correspondiente Sala Penal del tribunal local que conozca de los recursos planteados, podrá, de manera excepcional y de oficio, autorizar una prórroga de la prisión preventiva más allá de los plazos anteriores y hasta por seis meses más, cuando dispongan el reenvío a un nuevo juicio.

### 2. Suspensión del plazo de prisión preventiva

El *Código Modelo* señala que la suspensión de los plazos previstos para la prisión preventiva se suspenderán en los siguientes casos: a) durante el tiempo en que el proceso esté suspendido a causa de la interposición de un recurso o acción; b) durante el tiempo en que el debate se encuentre suspendido o se aplaze su iniciación por impedimento o inasistencia del imputado o su defensor, o a solicitud de estos, siempre que la suspensión o el aplazamiento no se haya dispuesto por necesidades relacionadas con la adquisición de la prueba o como consecuencia de términos para

la defensa; y, c) cuando el proceso deba prolongarse ante gestiones o incidencias evidentemente dilatorias formuladas por el imputado o sus defensores, según resolución del juez o tribunal.

El tema de la prisión preventiva, como *última* medida cautelar en el proceso penal, amerita un extenso tratamiento, lo que exige una amplitud que rebasa los límites de este trabajo, destinado apenas a dar un panorama general del tema.

## VII. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES

Tanto el *Código Modelo*, como los ordenamientos procesales penales que a la fecha se han dictado en algunas entidades federativas, han dedicado diversas disposiciones a otras medidas cautelares, tanto de carácter personal como real. Aquí hacemos eco de algunas de ellas.

### A. Internamiento en un centro de salud mental

Entre las medidas cautelares de carácter personal se encuentra el internamiento del imputado en un centro de salud mental. Para ello, debe existir solicitud del Ministerio Público. El juez queda obligado a que se compruebe, mediante dictamen pericial, que el imputado padece o experimenta una grave alteración o insuficiencia de sus facultades mentales, lo que le torna peligroso para sí o para terceros.

En este caso, el artículo 192 del *Código Modelo* impone la exigencia de que medien las mismas condiciones que autorizarían la aplicación de la prisión preventiva. Asimismo, en el artículo 159, el *Código Modelo* prevé el internamiento previo “para elaborar el informe pericial sobre su capacidad”, y que no podrá prolongarse por más de diez días “y sólo se ordenará si no es posible realizarla con el empleo de otra medida menos restrictiva de derechos”.

## B. Arraigo

De acuerdo con la CPEUM, la autoridad judicial, a solicitud del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días. Se condiciona esta medida cautelar a que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

La referencia a las modalidades de lugar y tiempo, se deben complementar con otras circunstancias. Así, tratándose del lugar el arraigo puede ser en el domicilio del imputado o en uno distinto; respecto del tiempo, se señala expresamente que no puede exceder de cuarenta días; mientras que es posible que a estas modalidades se agregue, como lo establece el artículo 189.1.f) del *Código Modelo*, la característica de que se realice o no con vigilancia, según lo disponga el juez de control. Al respecto, cuando se trata de un domicilio distinto al del imputado, el *Código Modelo* lo presenta como un arraigo “en custodia de otra persona”.

Señala González Chévez que el arraigo que se impone en el domicilio del imputado, tiene como finalidad asegurar la presentación de éste para los fines probatorios y en su caso para la ejecución de la pena, ante el peligro de que se sustraiga a la acción de la justicia, representando una medida menos gravosa que la prisión preventiva, pero que también puede ser igualmente efectiva para lograr los fines del proceso penal.<sup>29</sup> Al respecto, habría que cuestionar tales finalidades, especialmente la del peligro de que se sustraiga a la acción de la justicia, toda vez que una consideración similar sirve al juez de control para imponer la prisión preventiva.

En lo atinente a la ejecución de la pena, habría que preguntarnos sobre la duración de los procedimientos que conducen a la emisión de una sentencia (sin olvidar la posibilidad de los recursos). Si bien, la CPEUM prevé que el plazo de cuarenta días podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen al arraigo. Sin embargo, no existen ampliaciones ilimitadas: la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días, en ningún caso, según predica el texto constitucional.

<sup>29</sup> Héctor González Chévez, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009, p. 232.



### C. Embargo precautorio

El *Código Modelo* prevé la figura del embargo precautorio, cuya finalidad es la de garantizar la reparación de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible. Se prevé que el régimen aplicable a la figura es el contenido en el ordenamiento procesal civil.

Respecto de la competencia, cabe señalar que será el juez de control competente para conocer del proceso penal quien será también competente para decretar el embargo precautorio. Sin embargo, se considera que en casos de urgencia, calificado por el propio juez al que se ocurra, también podrá decretarlo el juez de control del lugar donde se encuentran los bienes cuyo embargo se solicita. Cuando se da este último supuesto, el *Código Modelo* constriñe al juez que adopte la medida cautelar en referencia, a remitir las actuaciones al juez competente, una vez que sea ejecutado el embargo.

La solicitud de esta medida cautelar puede ser solicitada por las partes al juez de control, quien resolverá en audiencia privada. A dicha audiencia concurrirá el MP si éste hubiere solicitado tal medida. Si hubiere sido solicitada por la víctima u ofendido, a la audiencia comparecerán tanto el MP como la víctima u ofendido.

La consideración principal para que se decrete el embargo precautorio es que de los antecedentes que se expongan en la audiencia privada, se desprenda el posible daño o perjuicio, así como la probabilidad de que la persona en contra de la cual se solicitó el embargo precautorio sea responsable de reparar dicho daño.

Cuando se de el supuesto de que el embargo sea decretado antes de la formulación de imputación en contra del responsable de reparar el daño, se constriñe al Ministerio Público a formular imputación, solicitar la orden de aprehensión correspondiente o, si fuere el caso, a solicitar audiencia para formular imputación. Lo anterior en un plazo que no exceda los dos meses, de lo contrario, la omisión trae aparejada el levantamiento del embargo.

En los supuestos en que la víctima u ofendido impugne las determinaciones de archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad o el no ejercicio de la acción penal, se suspenderá el plazo de los dos meses, hasta en tanto se resuelve de manera definitiva la impugnación.

Como se ha mencionado la medida cautelar no requiere de la intervención de quien se ve afectado por la misma, sea en el plano personal o real. Para garantizar la contradicción en el procedimiento, se reconoce que una vez decretada la medida cautelar, a petición del imputado o de terceros interesados, podrá ser revisada. Para ello, el juez de control citará a audiencia, a la cual comparecerán el imputado, el MP y la víctima u ofendido. El resultado de la revisión puede ser la confirmación, modificación, sustitución o cancelación del embargo precautorio.

El levantamiento del embargo procede en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la persona en contra de la cual se decretó el embargo garantiza o realiza el pago de la reparación del daño o perjuicio. Aquí se entiende que también debe levantarse el embargo, cuando la garantía o el pago corre a cuenta de un tercero, pues el interés público de la figura es que su finalidad es la de garantizar el pago de los daños y perjuicios provocados por el hecho punible.
- b) En los supuestos en que se dicte el embargo precautorio antes de que se formule la imputación, cuando el MP no formule la imputación, solicite la orden de aprehensión o solicite fecha de audiencia para formular la imputación, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que se haya decretado el embargo. En tales casos, debe considerarse la posible suspensión de dicho plazo, tal y como se mencionó líneas atrás.
- c) Cuando sometida a revisión la medida cautelar, se encuentre fundada la solicitud de cancelación. Esta solicitud puede ser realizada por el propio imputado o por un tercero.
- d) Cuando sea dictada una sentencia absolutoria, se decrete el sobreseimiento o se absuelva de la reparación del daño al imputado.

La consecuencia de que en el proceso tengan lugar estos tres últimos casos, tratándose de la garantía del pago de la reparación, es la de dejar las cosas en el estado que guardaban antes de que el juez de control resolviera sobre la petición del embargo. Así, la garantía será devuelta a quien la haya presentado.

En el caso contrario, cuando la sentencia condene al pago de la reparación del daño, el embargo precautorio se convertirá en embargo definitivo. Aquí debe considerarse que para que ello acontezca, se prevé que la sentencia debe causar ejecutoria.

Se prevé que en la ejecución del embargo precautorio no se admitirán recursos ni excepciones.

Una excepción a lo anterior, es la previsión de que no se llevará a cabo el embargo precautorio, si en el acto de la diligencia la persona en contra de la cual se decretó consigna el monto de la reparación del daño reclamado o da garantía por el monto total del mismo. Supuesto que, como es fácil de comprender resulta prácticamente imposible de darse en la práctica, atento a las circunstancias particulares del proceso penal. Máxime en los casos en que el embargo se decreta de manera previa a la imputación.

#### **D. Separación del domicilio**

Una de las medidas cautelares de carácter personal es la separación del domicilio. El artículo 189.1.i) del *Código Modelo* señala que esta separación será inmediata en los supuestos de agresiones a mujeres, niños o delitos sexuales. Aunque el texto del proyecto no lo menciona, queda la cuestión si debe entenderse en todos los casos o sólo en aquéllos en los cuales las víctimas u ofendidos fueran los integrantes del núcleo familiar. Esto en sintonía con la medida cautelar establecida en el artículo 189.1.h), relativa a la “prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas”.

El artículo 201 del propio *Código Modelo* establece que la separación del domicilio como medida cautelar deberá establecerse por un plazo mínimo de un mes, sin que pueda exceder de seis; pero podrá prorrogarse por períodos iguales, si así lo solicita la víctima u ofendido y no han cambiado las razones que la justificaron. Aquí cabe mencionar que la redacción del *Código Modelo* alude a abandono y no a separación.

Esta medida cautelar puede suspenderse en los casos en que exista reconciliación entre la víctima y el imputado, siempre que aquélla lo manifieste ante el juez de control que revisará y en su caso suspenderá la medida cautelar. Si la víctima u ofendido es un menor de edad (niño o adolescente), además del imputado y el juez, para la procedencia de la cancelación de la medida cautelar, se exige la asistencia de un representante de la procuraduría de la defensa del menor o de la infancia, según se trate en cada entidad federativa.

En ambos casos se impone al imputado la obligación de “rendir promesa de que no reincidirá en los hechos”. Se trata de un requisito que debe atenderse para que el juez de control levante la medida cautelar.

## **E. Pensión alimenticia**

Estrechamente relacionada con la figura de la separación del domicilio, la pensión alimenticia es una medida cautelar impuesta por el juez de control de manera prudencial, a petición de parte, que consiste en la fijación del depósito mensual de una cantidad de dinero, a cargo del imputado.

Esta obligación deberá ser cubierta “dentro de los ocho días siguientes al día que se le señale para tal efecto, a fin de sufragar los gastos de alimentación y habitación de los miembros integrantes del grupo familiar que dependan económicamente de él”.

De manera similar a lo que ocurre en el embargo precautorio, respecto de un régimen diferenciado, el artículo 202 del *Código Modelo* prevé que se acuda a las normas y autoridades propias de las pensiones alimenticias en todo lo relativo a este régimen, especialmente, en lo relativo a la ejecución de lo debido por el imputado, en caso de incumplimiento.

## **F. Garantía económica**

En el listado de medidas cautelares, y atendiendo a la vocación *pro libertatis* mencionada, se propone la presentación de una garantía económica suficiente, cuya finalidad principal es asegurar la comparecencia del imputado, el desarrollo del proceso y el pago de las posibles reparaciones. Todo ello, sin menoscabo del derecho de libertad.

En el *Código Modelo* se señala que cuando se ordene una garantía económica, ésta será presentada, sea por el imputado o por otra persona, “mediante el depósito de dinero, valores, con el otorgamiento de prendas o hipotecas sobre bienes libres de gravámenes, con una póliza con cargo a una empresa de seguros dedicada a este tipo de actividades comerciales, con la entrega de bienes, o la fianza solidaria de una o más personas solventes”.

Esta garantía se hará efectiva en el supuesto de que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia.

En tales casos, si se tratare de un tercero, el juez requerirá al garante para que lo presente en un plazo no mayor a treinta días y le advertirá que si no lo hace o no justifica la incomparecencia, se procederá a la ejecución de la garantía. Transcurrido el plazo otorgado, el juez dispondrá, según el caso, la ejecución en perjuicio del garante o la venta en pública subasta de los bienes dados en prenda o de los hipotecados, sin necesidad de embargo inmobiliario previo (Art. 199, *Código Modelo*).

Asimismo, existe la previsión de que esta medida cautelar se cancele, y por tanto sean devueltos los bienes afectados, más los intereses generados, cuando a) Se revoque la decisión que la acuerda; b) se dicte la suspensión, sobreseimiento o absolución; o, c) el imputado se someta a la ejecución de la pena o ella no deba ejecutarse.

Evidentemente, tratándose de la cancelación de la garantía económica, es requisito indispensable para su procedencia que no haya sido ejecutada con anterioridad.

No debe pasar desapercibido que el artículo 203.3 del *Código Modelo* prevé que si la caución rendida es de carácter real y es sustituida por otra, será cancelada y los bienes afectados serán devuelto”.

## VIII. EL TEMA DE LA PROPORCIONALIDAD

Una de cuestiones que llaman la atención respecto de las funciones que desarrolla el juez de control, es lo relativo a los criterios argumentativos que deberán enmarcar la posible restricción de derechos, o al menos de los vulnerados en algún ámbito de la esfera jurídica del imputado. Algo que mencionábamos líneas atrás.

En efecto, el juez de control, tomará y tendrá en sus manos asuntos y decisiones que podrían vulnerar derechos fundamentales de naturaleza procesal, de mayor relevancia por su vinculación a procesos penales y la posible afectación al derecho de libertad.

La puesta en marcha del nuevo modelo mexicano de justicia penal será uno de los puntos clave para constatar cuál es el papel de la jurisdicción en el estado de derecho, en la democracia, al enfrentar esas situaciones que ponen en riesgo, como ha quedado dicho, un abundante

conjunto de derechos fundamentales, entre los que se encuentran la libertad, el patrimonio o la convivencia familiar, por citar algunos.

Aquí se llama la atención a la exigencia del juez de ajustar su decisión a una ponderación en la cual se atiendan los principios de necesidad y proporcionalidad, mismos que forman parte de la triada que hoy día se ha concebido como teoría de los principios y que constituye moneda de curso corriente en las tendencias judiciales contemporáneas, a las que no escapa la judicatura mexicana.<sup>30</sup>

El tema de la proporcionalidad que aparece contemplado en el *Código Modelo* resulta relevante porque lleva a pensar el tema de las medidas cautelares desde una óptica distinta. Así, la previsión del artículo 10.3 debe llamar la atención: “Las medidas cautelares durante el proceso restrictivas de la libertad, serán sólo las establecidas por este Código, tienen carácter excepcional y su aplicación debe ser proporcional al peligro que tratan de resguardar”; especialmente porque su alcance no está claro y se reitera en el artículo 180.1, bajo el rubro inequívoco de “Principio de proporcionalidad”: “No se podrá ordenar una medida cautelar personal cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. En ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para cada delito, ni exceder el plazo de dos años”. Igual ocurre en la previsión

---

<sup>30</sup> Al respecto, y sólo como muestra, cito dos criterios que muestran este desarrollo en el ámbito judicial. El primero es una jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mientras que el segundo es una tesis aislada del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito:

**GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA.** De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados. [SJFG9, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8. Tesis: P./J. 130/2007. Registro 170740]

**TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS.** Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. [SJFG9, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1579. Tesis: 1.4o.A.60 K. Registro 177124]

del artículo 193: “La prisión preventiva deberá ser proporcionada a la pena que pueda imponerse en el caso, sin que pueda ser superior a dos años, para lo cual se deberá considerar el plazo máximo de duración del proceso y su posible prolongación debida al ejercicio del derecho de defensa”. Dejamos estas referencias para la reflexión del lector.

## IX. PALABRAS FINALES

En primer lugar, debe advertirse que la finalidad de las medidas cautelares, de ninguna manera lleva aparejada la negación de ningún derecho, de ahí que pueda afirmarse que la característica de contradicción es un mecanismo tutelador de los derechos. Igual ocurre con la exigencia de proporcionalidad y alternatividad que debe regir la adopción de una determinada medida cautelar.

Por supuesto, estamos de acuerdo que un uso excesivo o inadecuado de las medidas cautelares puede resultar en el menoscabo o violación de derechos fundamentales.

Al respecto debe destacarse la cualidad garantista del juez de control, cuyo perfil, delineado en el *Código Modelo*, lleva a que éste pueda proceder oficiosamente “cuando favorezca la libertad del imputado” (Art. 179.3), situación que queda matizada por la excepción oficiosa de la prisión preventiva (Art. 195).

La revisión del *Código Modelo* es un buen pretexto para imaginar los avances que pueden darse en materia de medidas cautelares: por ejemplo, pensar en la prohibición de llamar (sin intención de comunicarse) a determinadas personas, de tratar de comunicarse por correo electrónico o de subir información a las redes sociales; la posibilidad del control de las llamadas realizadas; la prohibición de realizar donaciones, legados o testamentos (sin el embargo preventivo); la intervención de las autoridades fiscales para el cobro de indemnizaciones o multas, en fin, toda una serie de posibilidades que resultan respuestas a los dilemas que presenta la delincuencia organizada y los medios tecnológicos de comunicación.

Este comentario no riñe con el contenido del artículo 10.3 del *Código Modelo*, que establece un *numerus clausus* de medidas cautelares: los congresos podrán en su momento seguir dicho proyecto, pero también

podrán ampliarlo e incluso restringirlo, como lo han hecho ya algunas entidades federativas en su ordenamiento procesal penal.

En todo caso, será la práctica constante, la revisión judicial y la jurisprudencia de los tribunales mexicanos la que habrá de darle el perfil final a las medidas cautelares. Ínterin, la academia debe seguir explorando el tema, aportando al debate, proporcionando insumos tanto al legislador como al juzgador. Esta constante relación permitirá detectar y corregir cualquier anomalía en la aplicación o interpretación de la figura: no vaya a ser que al final, aquello que se pensó erradicar termine siendo consecuencia del nuevo sistema procesal penal.

## **X. FUENTES DE CONSULTA**

Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, Buenos Aires, El Foro, 1996.

Carnelutti, Francesco, *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1950, 4 t.

Carrancá y Rivas, Raúl, *Reforma Constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública. Variaciones críticas*, México, Porrúa, 2010.

Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Cárdenas Editor y Distribuidos, 1989, 3 t.

*Código Modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación*, México, Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2008.

*Enciclopedia jurídica mexicana*, 2ª ed., México, Porrúa, UNAM, 2004.

García, Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, 5ª ed., México, Porrúa, 1989.

García, Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional 2007-2008 ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2008.



- González Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Ediciones Coyoacán, 2009.
- González Navarro, Antonio Luis, *Las medidas cautelares personales en el sistema penal acusatorio*, Bogotá, Colombia, Leyer, 2009.
- L. Kielmanovich, Jorge, *Medidas cautelares*, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 2000.
- Manzini, Vincenzo, *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, 3 t.
- Moliner, María, *Diccionario del uso del español*, 2ª ed., Madrid, Gredos, 1998.
- Natarén Nandayapa, Carlos Faustino, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal. En torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, México, UNAM, 2006.
- Ovalle Favela, José, *Proceso y justicia*, México, Porrúa, UNAM, 2009.
- Rey Cantor, Ernesto, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema americano de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.
- Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El juez federal penal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.
- Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., Córdoba, Argentina, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1986, 2 t.
- Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 11ª ed., México, Porrúa, 2001.



# ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL

---

DR. GERARDO GARCÍA SILVA<sup>1\*</sup>

<sup>1\*</sup> Profesor Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I.



## **SUMARIO**

Introducción. **I.** Orígenes. A. Egipto. B. Babilonia. C. Grecia. D. Roma. E. España. F. Edad Media. G. Sistema Inquisitivo. H. Sistema Mixto. 1. El sistema procesal en México. I. Sistema Acusatorio. **II.** Sistemas de enjuiciamiento penal moderno. A. El modelo de Inglaterra y Gales. B. El modelo norteamericano. C. Instrumentos internacionales. **III.** Experiencias internacionales y nacionales de implementación. A. Argentina. B. Chile. C. Colombia. D. Guatemala. E. Nuevo León. F. Estado de México. G. Chihuahua. H. Oaxaca. I. Morelos. **IV.** Retos y perspectivas. **V.** Bibliografía.



---

## INTRODUCCIÓN

A partir de la publicación en el Diario Oficial de la Federación de la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, se plantea un nuevo sistema de justicia, especialmente en el ámbito procesal penal. Derivado de esta situación se ha criticado la implementación del sistema acusatorio bajo diversas consideraciones las cuales reflejan un desconocimiento de los sistemas procesales en general y sobre todo en nuestro país -es más que nada una moda, una imposición de los EEUU, algo que rompe con nuestra tradición jurídica-. El artículo pretende dar cuenta del surgimiento y evolución de estos sistemas -acusatorio, inquisitivo y mixto- los principios que los informan y el proceso de adopción, tanto en el ámbito internacional como nacional y los retos y perspectivas que pueden derivar de la implementación del sistema acusatorio en México.

## I. ORÍGENES

Con la publicación en el Diario Oficial de la Federación del 18 de junio de 2008, de la Reforma Constitucional en materia de seguridad y justicia penal, presenciamos una de las transformaciones más importantes en la historia de nuestro país en materia de seguridad y justicia penal, equiparable a las llamadas reformas estructurales del Estado (energética, laboral y fiscal) que son necesarias para enfrentar los retos que nos deparan los próximos años.

Esta reforma plantea reestructurar el proceso penal mexicano bajo principios y figuras que doten a éste de agilidad, transparencia y eficiencia, sin dejar de lado los derechos fundamentales que la propia Constitución establece. Sin embargo, a más de año y medio de su publicación, la mayoría de la población no alcanza a percibir cuáles son sus beneficios, incluso, algunos críticos de la reforma señalan que ésta es más que nada una moda, una imposición de los EEUU, algo que rompe con nuestra tradición jurídica, así como otras críticas más.<sup>1</sup>

Lo cierto es que si bien se sabe poco sobre las implicaciones de este sistema, se sabe mucho menos del surgimiento y evolución del sistema acusatorio -como técnicamente se conoce al sistema procesal penal al que aspiramos arribar, derivado de la Reforma Constitucional aludida-. Por ello, es importante llevar a cabo un proceso de reconstrucción histórica que nos muestre ese desarrollo, las ventajas sobre los sistemas procesales inquisitivo y mixto, así como algunas consideraciones que nos permitan entender el planteamiento de este nuevo sistema y su trascendencia. Estas líneas no pretenden agotar un proceso que ha llevado siglos, sino solamente señalar a grandes rasgos la manera en que este sistema se ha ido perfilando y, así contribuir a esclarecer algunas de las dudas sobre este nuevo sistema de justicia penal.

Los sistemas procesales surgen en el seno de las sociedades, de la necesidad de solucionar conflictos. En última instancia, las sociedades generan mecanismos para resolver problemas que, paradójicamente derivan de la convivencia en sociedad. La evolución de los sistemas

---

<sup>1</sup> Véase "Mitos y realidades de los juicios orales", *JUDICATUS, Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 2ª época, Año 1, Número 2, enero/junio, 2009, pp. 70-91, dirección electrónica: <http://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/InstitutoJudicatura/Revista/2009/revistaNo20.pdf>

procesales representa el refinamiento de los mecanismos para resolver dichos conflictos, lo cual nos habla de los valores y la ideología de una sociedad en una época histórica.

A continuación vamos a efectuar unas breves referencias sobre el surgimiento de estos sistemas en diversos lugares y épocas.

## **A. Egipto**

En el antiguo Egipto se emitió como regla para los jueces: “Sólo aquél que es capaz de escuchar, es también capaz de juzgar”.<sup>2</sup> Por tanto, se exhortaba al juez para que al emitir su sentencia no se inclinara hacia alguna de las partes, sino hacia la justicia. Esto nos muestra que la base de la justicia es poder escuchar y captar con todos los sentidos lo que las partes tienen que decir y con base en ello emitir una decisión.

## **B. Babilonia**

En la antigua Babilonia -una potencia militar y comercial- se establecieron reglas para llevar a una persona a juicio. La Ley del Talión señalaba: “Si el acusador no probaba la acusación sufría la pena que hubiera correspondido al delito acusado”.<sup>3</sup> Lo que implicaba que no podía activarse la maquinaria estatal para caprichos o falsas acusaciones. Asimismo, se permitía la acción popular en delitos considerados como públicos (homicidio, fraudes en pesas y medidas, delitos militares). Al margen del juicio existía la posibilidad de la composición privada.

También, se emitieron una serie de recomendaciones a los jueces en lo que es considerado como el primer Código Penal de la historia, nos referimos al Código de Hamurabi. En este se encuentran escritas casi 282 leyes con objeto de regir las decisiones de los jueces.

---

<sup>2</sup> García Meléndez, Julio César, *Evolución de los sistemas de justicia penal. Hacia la oralidad en los juicios penales, en Justicia. Punto de equilibrio, Revista del Poder Judicial del estado de San Luis Potosí*, año 5, N° 21, marzo, 2008, p. 18.  
<sup>3</sup> *Idem*.

## C. Grecia

En la antigua Grecia encontramos el típico proceso de corte acusatorio, en el que el particular debía llevar al acusado ante los dikastae –especie de jueces jurado- y exponer la acusación ante ellos en forma oral, asimismo, el acusado debía tratar de defenderse como pudiera. Es célebre entre los juicios griegos el proceso seguido en contra de Sócrates.

## D. Roma

En Roma, en un principio el proceso era típicamente inquisitivo -no había partes ni procedimiento legal específico-, con el tiempo y la influencia de los pueblos germánicos adquiriría aspectos de un sistema acusatorio. El proceso poco a poco fue derivando hacia el sistema acusatorio, el cual alcanzó su esplendor en la “época republicana”. Con la *Ley Calpurnia*, puede decirse que se establece el proceso típicamente acusatorio. El proceso iniciaba con la acusación, el acusador debía sostener la acusación durante todo el proceso y aportar pruebas de cargo.

Con la invasión germánica, se introdujo al sistema romano un nuevo proceso, también de carácter acusatorio, basado en ordalías o juicio de Dios. Se citaban testigos, se convocaba a reunión de la asamblea, se formulaba la acción, se buscaba la posible confesión o, en caso contrario, la prueba de expurgación a cargo del acusado, ordalías o conjuradores que apoyasen la versión del acusado e incluso el duelo o combate judicial.<sup>4</sup> Al igual que en Grecia, en Roma encontramos ejemplos de la forma en que se desarrollaba el proceso penal, que podemos ligar con la vida de Marco Tulio Cicerón.

## E. España

La península Ibérica, que fue colonia romana, recibió su influencia jurídica. España conoció las mismas formas de juicio que el resto de Europa, el duelo o combate judicial en España y el proceso romano acusatorio que se utilizaba en las colonias. Con la invasión de los bárbaros se introdujo el proceso germánico, de tipo acusatorio, más tarde aparecerán los nuevos modos de inquisición, como las pesquisas.

<sup>4</sup> *Evolución de los sistemas de justicia penal. Hacia la oralidad en los juicios penales*, Ob. Cit., pp. 18 y 19.



En los Fueros Municipales también se recogió un proceso penal acusatorio, sin diferenciarse del procedimiento civil. En el Fuero Juzgo se hacía por medio del tormento o el juramento. En las Partidas, coexistieron tanto el proceso acusatorio como el inquisitivo. Un ejemplo de los juicios durante esta época en España, lo encontramos en el Capítulo XLV. *De cómo el gran Sancho Panza tomó la posesión de su ínsula, y del modo que comenzó a gobernar*, de la inmortal obra de Miguel de Cervantes Saavedra, “El Quijote de la Mancha”.

## F. Edad Media

Durante toda la Edad Media, se llevó a cabo una transformación por evolución e incorporación de nuevas técnicas del proceso o procesos acusatorios, hacia un modelo de carácter inquisitivo, que en cierta medida enlaza de la época romana.

Los instrumentos de este nuevo proceso fueron:

- La supresión de la figura del acusador.
- La cada vez mayor intervención del procurador o representante del rey y de su hacienda en el proceso penal.
- El sistema de pruebas tasadas.
- El secreto de la instrucción, con la consiguiente indefensión del reo y la tortura.
- El juez dejó de ser juez, para convertirse en un perseguidor de delincuentes.<sup>5</sup>

Durante la llamada “Baja Edad Media”, se prohibieron las ordalías y se construyó dogmáticamente la base teológica del proceso inquisitivo. Este podía iniciarse por simple denuncia, sin previa acusación. Los inquisidores redactaban por escrito las declaraciones testimoniales que recogían en secreto. Si no había prueba suficiente, se requería la confesión, que había de intentarse mediante el uso de la tortura. Se hacía saber al acusado las declaraciones de los testigos, para que pudiera proponer otros y, previo debate público, se dictaba sentencia por un tribunal colegiado del que formaba parte el juez inquisidor. A veces, éste decidía con el parecer no vinculante de los demás miembros del tribunal.

---

<sup>5</sup> *Evolución de los sistemas de justicia penal. Hacia la oralidad en los juicios penales*, Ob. Cit., pp. 20 a 21.

En Alemania, la Constitución Carolingia de 1532, recogió también el modelo procesal inquisitivo y regula tanto la prueba legal como la tortura. En Italia el proceso inquisitivo que subsistió hasta el siglo XIX y difirió muy poco del descrito en las grandes ordenanzas francesas. En ese procedimiento se admitía la denuncia anónima y el juez podía emplear la tortura en su interrogatorio al reo y a los testigos. Al margen, siguió subsistiendo el proceso acusatorio, pero con escasas diferencias, y también el proceso sumario por delitos flagrantes, en el que se juzga con las averiguaciones del juez inquisidor, sin contradicción ni defensa del acusado.<sup>6</sup>

Lo relatado *ut supra*, nos da cuenta del surgimiento de los llamados sistemas procesales acusatorio e inquisitivo, a continuación vamos a desarrollar algunas características de dichos sistemas.

Históricamente podemos apreciar la evolución de la humanidad por las instituciones que ha generado. Las diversas formas de solucionar los conflictos que se han creado nos hablan de esa evolución: a partir de la venganza privada hasta el monopolio del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, nos muestran esa transición.

Ferrajoli señala que:

Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue [...] dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes [...] la historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y que el segundo pone sobre la otra...<sup>7</sup>

El proceso penal busca conocer la verdad detrás de cada conflicto o, por lo menos crear la convicción psicológica en el juzgador de que la ha encontrado, por ello, es importante la forma de buscar la verdad:

...si queremos encontrar la verdad de los hechos conflictivos, la forma de buscarla es medular. Por ello, no podríamos estar

---

<sup>6</sup> *Evolución de los sistemas de justicia penal. Hacia la oralidad en los juicios penales*, Ob. Cit., pp. 22 a 24.

<sup>7</sup> *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Editorial Trotta, Segunda edición, España, 1997, p. 604.

más alejados de la realidad si pensáramos que las maneras coactivas, rápidas y ausentes de garantías nos conducen a la verdad, por ejemplo; la tortura, el engaño, el secretismo. La única forma de conocer la verdad es escuchando de forma libre y espontánea a todas las partes que se encuentren involucradas en un conflicto.<sup>8</sup>

Por ello es fundamental que el sistema tenga un equilibrio entre la eficacia y el garantismo, ya que un sistema altamente eficiente vulneraría derechos fundamentales de las partes involucradas y por otra parte, un proceso altamente garantista entorpecería el funcionamiento del sistema.

...el sistema ideal debe ser equilibrado, que procure un alto grado de eficacia en la investigación, sin descuidar los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la misma y un cuidado inmaculado de las garantías individuales sin descuidar la eficacia del proceso.<sup>9</sup>

De esta forma, encontramos que en el desarrollo del proceso penal se han generado tres grandes sistemas procesales: el sistema acusatorio, el inquisitivo y el mixto, los cuales analizaremos a continuación.

## G. Sistema Inquisitivo

El Sistema Inquisitivo, comenta Colín Sánchez, data del Derecho Romano desde la época de Diocleciano y se propaga por Europa hasta alcanzar institucionalidad en el siglo XVII, bajo los auspicios de Bonifacio VIII y en Francia en 1670 con Luis XIV; la privación de la libertad depende de que quien detenta la autoridad, se hace uso de la tortura para obtener confesiones; se reciben denuncias anónimas; el proceso es escrito y secreto y quien juzga no tiene limitaciones, respecto de las investigaciones; por lo que la defensa era prácticamente nula. Este sistema fue adoptado por la Santa Inquisición.<sup>10</sup>

Una característica del Sistema Inquisitivo, dice Fernando Arilla Bas, es cuando se trata de un proceso en el que el juez tiene facultades para

8 Dagdug Kalife, Alfredo, "El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al amparo de los principios informadores del proceso penal" en *Libro homenaje a Claus Roxin. La Influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006, p. 188.

9 *Idem*.

10 Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos penales*, Porrúa, México, 1984, p. 4.

iniciar de oficio una investigación y allegarse todos los medios de prueba que estime convenientes o necesarios." Manuel Rivera Silva explica el Sistema Inquisitivo, diciendo que sus características son las siguientes:

...que la acusación es de oficio, el acusador se identifica, pero ante el juez [...] las acusaciones podían ser anónimas, la Defensa se encuentra entregada al juez (luego entonces, lo anterior significa que el juez decidía la forma y las pruebas con que se iba a defender el acusado, pues no tenía defensor; por lo que la acusación, la defensa y la decisión se concentraban en el juez) el valor probatorio estaba tasado, se buscaba afanosamente una prueba plena, utilizando, inclusive para ello el tormento.<sup>12</sup>

César San Martín Castro señala que el carácter esencial del proceso inquisitivo es:

...el predominio absoluto del juez, que es al mismo tiempo acusador, contra un acusado colocado en situación de desigualdad. Se estimó que existe un interés público en la persecución del delito, pero se unificó en una misma persona, el juez, las funciones de acusación y enjuiciamiento.<sup>13</sup>

Algunas de las características del sistema inquisitivo son las siguientes:

1. La jurisdicción se ejerce a través de jueces profesionales y permanentes;
2. No existe libertad de acusación, el juez se convierte al mismo tiempo en acusador, asumiendo las dos funciones;
3. El procesado es un objeto y no un sujeto procesal;
4. En el sistema inquisitivo el juez tiene amplias facultades de dirección;
5. Rige la prisión provisional o preventiva del procesado a lo largo del desarrollo procesal;
6. El juzgador investiga de oficio los hechos (prueba para mejor proveer);
7. Rige la prueba legal o tasada;
8. Prevalece la escritura, la mediación, la dispersión y el secreto;
9. El sistema inquisitivo es biinstancial.

11 Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Kratos, México, 1981, p. 93.

12 Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 1983, p. 189.

13 Véase *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, editorial jurídica Grijley, Segunda edición, Perú, 2006, p. 43.

## H. Sistema Mixto

El sistema mixto surge con posterioridad a la Revolución Francesa y representa una ruptura con el sistema acusatorio y el sistema inquisitivo, pues se considera que la persecución judicial de los delitos no es un derecho de los particulares y el juez no puede ser al mismo tiempo acusador.

Sus principales características son:

1. La separación entre la función de acusar, la de instruir y la de juzgar; confiadas a órganos distintos, esto es, al fiscal, al juez de Instrucción y al tribunal con jurado, respectivamente;
2. Excepto para el Tribunal con jurado, rige el principio de la doble instancia;
3. También rige el principio del Tribunal colegiado;
4. La justicia está a cargo de jueces profesionales, excepto cuando interviene el jurado;
5. La prueba se valora libremente;
6. La acción penal es indisponible y rige el principio de necesidad en todo el curso del procedimiento. La acción penal también es irrevocable.

### 1. El sistema procesal en México

Por la evidencia presentada, sería muy difícil pensar que nuestro sistema de enjuiciamiento penal es de tipo acusatorio, sin embargo, así fue planteado en el proyecto presentado ante el Constituyente de 1917, cuando se pretendía consolidar la figura del Ministerio Público, restando facultades al juez de instrucción que prevalecía en esa época y que según el propio Carranza en su exposición de motivos, debía ser privado de esa facultad de investigación que ejercía de forma indiscriminada:

Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal, como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos para obligarlos a confesar, lo que sin duda desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentados o reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada, porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá ser expedida sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.<sup>14</sup>

Sin embargo, a pesar de las intenciones del Constituyente y del propio Carranza, lo cierto es que el sistema fue adquiriendo poco a poco rasgos de un sistema mixto, en el que prevalecen prácticas del sistema

---

<sup>14</sup> Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 111, Primera reimpresión, México, 2004, pp. 59-61.

inquisitivo –sobre todo durante la averiguación previa- que hacen desigual la contienda procesal, tal y como lo señala Moisés Moreno:

Ciertamente, ha sido opinión dominante en la doctrina nuestra, que el vigente sistema procesal penal en México no es un sistema de corte eminentemente acusatorio, como tampoco es caracterizado como completamente inquisitivo, sino más bien se trata de un sistema mixto, por contener, tanto rasgos acusatorios como inquisitorios, aún cuando se trata de un sistema que permite distinguir las funciones de acusar, defender y juzgar; además, todavía sigue prevaleciendo en él la forma escrita.<sup>15</sup>

Como señala Héctor Fix Zamudio, el diseño del sistema mixto procuró que la investigación del delito conservara los rasgos del proceso inquisitivo y que en la fase de enjuiciamiento, el proceso asumiera rasgos acusatorios, lo cual a la larga representa una gran desventaja para el acusado por las siguientes razones:

En México, al igual que en los sistemas mixtos, las actividades del acusador gozan de una presunción de veracidad y los datos recabados tienen el estatus de prueba virtualmente plena. La averiguación previa integrada por el Ministerio Público rara vez puede ser desvirtuada en sede jurisdiccional por la defensa; de ahí que esa práctica instala en los hechos una presunción de culpabilidad, en lugar de una presunción de inocencia. La consecuencia más grave de esto, más allá de las injusticias perpetradas a personas concretas, es que se han atrofiado las capacidades de investigación del Ministerio Público. Muy poco le interesa al Ministerio Público investigar profesionalmente los casos cuando tiene la posibilidad de integrar unilateralmente un expediente cuyos datos se presumirán ciertos y prosperarán sin ser efectivamente debatidos. Además, como el Ministerio Público realiza sus actuaciones por escrito, esto limita toda posibilidad de control respecto de la calidad de la información, pues los juzgadores la asumen como cierta.

Y de hecho, la investigación empírica disponible nos confirma que, en efecto, las sentencias de los jueces penales, en

---

<sup>15</sup> *Retos del sistema procesal penal en México, Ob. Cit.*, p. 66.

sus contenidos prácticamente calcan el contenido de las averiguaciones previas. En estas condiciones no necesita el Ministerio Público procurar una investigación profesional que después pudiera resistir un efectivo debate en el juicio, pues no habrá tal. Aún con una investigación débil, el Ministerio Público obtendrá una sentencia condenatoria en nueve de cada diez casos. Así, no tenemos en nuestro país un juicio, sino una simulación de juicio.<sup>16</sup>

Pese a lo anterior, aún hay quienes dudan que nuestro sistema sea un sistema mixto, pues con diversos argumentos sugieren que prevalecen las características de un sistema acusatorio. Respecto del sistema mixto, Colín Sánchez opina que: [...] *conservó para el sumario los elementos que caracterizan al sistema inquisitivo en cuanto al secreto y a la escritura y para el plenario la publicidad y la oralidad.*<sup>17</sup> Si se comparte esta definición histórica no tendrá cabida discusión ni afirmación alguna de que nuestro sistema procesal es mixto.

Manuel Rivera Silva opina al respecto:

El sistema mixto no se forma, como muchos tratadistas creen, con una simple mezcla de los dos anteriores, predominando el inquisitivo en la instrucción y el acusatorio en la segunda fase del proceso [...] tiene una característica que le permite enfrentarse como sistema autónomo [...] y reside en que la acusación está reservada a un órgano del Estado.<sup>18</sup>

Sin embargo, ¿en qué consiste el problema de que nuestro sistema sea formalmente acusatorio y en los hechos un sistema mixto? Alfredo Dagdug lo explica de la siguiente forma:

- La práctica de las pruebas, durante la fase de indagatoria, carece de cualquier tipo de control y por ende las pruebas en sí mismas están desvirtuadas, pues se pudieron cometer todo tipo de arbitrariedades durante su desahogo, dejando a los sujetos en un absoluto estado de indefensión;
- Se vacía de contenido la fase jurisdiccional, llegando al absurdo de convertir la fase de averiguación previa en un auténtico juicio;

---

<sup>16</sup> *Función constitucional del Ministerio Público, Ob. Cit., p.58.*

<sup>17</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos penales, Ob. Cit., p. 13.*

<sup>18</sup> Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 1983, p. 189.



- Derivado de que el Ministerio Público practica medios de prueba que tiene que revestir todas sus actuaciones de formalismos, los cuales entorpecen gravemente las investigaciones, siendo que dicha autoridad se vuelve más burocrática que criminalista;
- Las prácticas de medios de pruebas, por parte del Ministerio Público, carecen de los principios mínimos indispensables que deben informar todo desarrollo de la prueba: inmediación, contradicción, igualdad de armas, concentración, publicidad y oralidad. Lo que conduce a que dichas pruebas se consideren auténticos fraudes procesales;
- Se malgasta el tiempo en formalismos absurdos, mismos que evitan que el Ministerio Público se aboque a la investigación de fondo;
- Las averiguaciones previas se vuelven interminables, convirtiendo a dicha fase en un lastre que se traduce en verdaderas injusticias tanto para el investigado como para las supuestas víctimas;
- Se le da al Ministerio Público un poder *cuasi* ilimitado, que produce que la propia autoridad se llene de soberbia y poca seriedad, careciendo por ende de auctoritas. Con lo anterior el Ministerio Público puede actuar con total arbitrariedad y cinismo, sin que se le pueda demostrar lo contrario. Con lo cual los investigados y las supuestas víctimas no se protegen al amparo de la legalidad, sino buscando la bondad del agente investigador que le corresponda en el caso concreto;
- Existe una sistemática elaboración de averiguaciones previas defectuosas, por la falta de investigaciones serias. “Mucho papel y poca investigación”. Toda vez que el Ministerio Público ocupa más tiempo burocratizando las cosas que investigando los sucesos.<sup>19</sup>

Es así que con los argumentos vertidos, constatamos y afirmamos que nuestro sistema de enjuiciamiento penal es de carácter mixto, esta situación propicia la vulneración de garantías y derechos tanto de víctimas como de inculpados. A continuación analizaremos a detalle los principios que conforman un sistema de corte acusatorio que nos permitan reconocer el respeto y protección a los derechos fundamentales de quienes se ven relacionados con el sistema de justicia penal.

---

<sup>19</sup> El Ministerio Público Federal, desde la óptica de una urgente reforma procedimental penal, en Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR, Sexta Época, Número 10, Procuraduría General de la República, México, 2005, pp. 194, 195.

## I. Sistema Acusatorio

Señala César San Martín Castro<sup>20</sup> que el carácter esencial del sistema acusatorio, es que configura el proceso como una contienda entre partes iguales frente a un juez imparcial supra partes en el que en una primera etapa se consideró que únicamente el ofendido por el delito podría ser quien formulara la acusación, lo que posteriormente se consideró podría ser realizado por cualquier miembro del pueblo –ya que la ofensa se cometía contra la sociedad- y en una siguiente etapa esa facultad pasaría al Estado conforme al principio de legalidad.

Respecto del sistema acusatorio Colín Sánchez señala:

En la actualidad ha sido adoptado por aquellos países organizados bajo el régimen democrático y sus características son las siguientes: los actos esenciales no residen en una sola persona [...] se encomiendan a personas distintas, los actos y acusación residen en el Ministerio Público, los actos de defensa en el Defensor [...] y los actos de decisión, en los órganos jurisdiccionales [...] existe un órgano de Estado como titular de la acción penal de tal manera que si ésta no ha sido ejercitada, no es posible [...] la existencia del proceso. La libertad de las personas está asegurada por un conjunto de garantías instituidas legalmente y sólo admite las excepciones que las exigencias procesales requieren [...] por ende imperan los principios de igualdad, moralidad, publicidad y concentración de los actos procesales, correspondiendo la aportación de las pruebas a las partes y la valoración de las mismas, al órgano jurisdiccional.<sup>21</sup>

Para Manuel Rivera Silva, las características del sistema acusatorio son las siguientes:

Se da una distinción entre las partes, juez, acusador y defensor, la acusación no es oficiosa, (en donde no hay acusador no hay juez); el acusador puede ser representado por cualquier persona; existe libertad de prueba en la acusación [...] la defensa no está entregada al juez; el acusado puede ser

<sup>20</sup> Véase *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, editorial jurídica Grijley, Ob. Cit., p. 42.

<sup>21</sup> Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos penales*, Ob. Cit., pp. 74, 75.

patrocinado por cualquier persona; existe libertad de defensa; el juez tiene exclusivamente funciones decisorias, que se expresan de la siguiente manera: la instrucción y el debate son públicos y orales [...]”<sup>22</sup>

Sus principales características son:

1. La jurisdicción se ejerce por tribunales populares (legos);
2. La acción penal es popular, ejercida por persona u órgano distinto del jurisdiccional, siendo que su ejercicio es indispensable para la realización del proceso;
3. Las posiciones en el sistema acusatorio actúan en contradicción e igualdad de oportunidades y con posibilidad de contradicción;
4. El juez tiene restringidas las facultades de dirección procesal de la contienda;
5. Rige el principio de presunción de inocencia y, por ende, la libertad del sujeto durante la tramitación del proceso;
6. Las pruebas deben ser introducidas por las partes;
7. Rige el principio de libre apreciación judicial;
8. Los principios que rigen el proceso son la oralidad, la inmediación, la concentración y la publicidad;
9. El sistema acusatorio es uniinstancial, esto es que no cabe recurso en contra de la sentencia.

## II. SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO PENAL MODERNO

Es cierto que el sistema acusatorio es históricamente el más antiguo de los sistemas de enjuiciamiento, ya que encontramos sus antecedentes desde Egipto, Babilonia, Grecia y Roma tal y como se apreció en el apartado anterior, sin embargo, el sistema acusatorio, digamos moderno –de corte adversarial-, tiene sus raíces en la tradición anglosajona, principalmente Inglaterra y será a través de las colonias que darían origen a lo que hoy son los Estados Unidos de Norteamérica, que se extendiera en el continente americano. Vamos a examinar un poco más acerca de estos orígenes y su influencia en el sistema de corte acusatorio adversarial y oral.

<sup>22</sup> Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Ob. Cit., p. 188.

## A. El modelo de Inglaterra y Gales

Los orígenes del Derecho Consuetudinario pueden ser rastreados en el año 1066, en que el rey William de Normandía encontró unas tierras ocupadas por distintas tribus anglosajonas que poseían sus propios usos y costumbres locales, el sistema funcionaba de la siguiente forma:

William y sus sucesores enviaban a jueces por todo el país para escuchar los casos y comenzaban un proceso en el que se aplicaba lo mejor de esas costumbres locales a cualquier disputa que llegara ante ellos; de ahí el inicio de una ley común a todos los habitantes, un derecho consuetudinario.<sup>23</sup>

Con el tiempo, las decisiones de estos jueces se fueron registrando para ser usados como antecedentes en casos similares, lo que dará origen a la doctrina del antecedente y el Derecho Consuetudinario como tal. Sin duda, uno de los aspectos más relevantes del sistema de justicia inglés es la utilización de un jurado, este desempeña un papel central en el equilibrio entre el poder judicial, el legislativo y el ejecutivo, con ello, los ingleses consideran que es la mejor forma de resistencia en contra de un gobierno y unas leyes de índole opresiva.<sup>24</sup>

Sin embargo, es justo decir que en el sistema de justicia de Inglaterra y Gales, no todos los juicios son procesados ante tribunales en los que existe un jurado. Su sistema de justicia se estructura de la siguiente forma:

Su sistema es de “Cortes”, es decir, lo que podríamos considerar como la competencia para juzgar a una persona por la comisión de un delito se divide, según la gravedad de éste en: Cortes de Magistrados o Corte de la Corona, ante las cuales se determina quién conoce de cada caso en particular.

Los delitos se subdividen en tres categorías: sólo procesables, “ambivalentes” y ofensas sumarias. Los delitos sólo procesables son aquellos delitos graves, como el asesinato, el homicidio, la violación, robo, ciertos delitos con armas de fuego y el acto de herir con premeditación, éstos pueden juzgarse en la Corte de la Corona (Crown Court). Los delitos medianos, como el hurto, robo con allanamiento de morada y

<sup>23</sup> Breve esbozo del Sistema Criminal de Inglaterra y Gales, British Council, Embajada Británica México, documento de divulgación, p. 1.

<sup>24</sup> Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, editorial Porrúa, México, 2007, p.21.

la obtención de propiedades con engaños, se pueden juzgar en la Corte de la Corona o en la Corte de los Magistrados y se denominan delitos “ambivalentes”. Los delitos menos graves son primordialmente estatutarios, como los delitos de tránsito, y se juzgan sumariamente sin jurado en la Corte de Magistrados. El poder de sentencia de las cortes es muy diferente: La Corte de la Corona puede enviar a los acusados condenados a cadena perpetua, mientras que la Corte de Magistrados tiene poderes de sentencia limitados a imponer una sentencia de custodia de 12 meses.<sup>25</sup>

En el caso de los delitos sólo procesables, éstos son juzgados ante un jurado y un juez en la Corte de la Corona, cuando se trata de delitos ambivalentes, se celebrará previamente una audiencia a modo de Juicio ante la Corte de Magistrados en la que se pedirá al sujeto que se declare inocente o culpable, si se declara culpable, explícitamente está renunciando a la posibilidad de un juicio, si se declara inocente se deberá determinar quién conocerá del caso, para lo cual se tomarán en consideración factores como la naturaleza del caso, su poder de sentencia y otros aspectos que contempla su legislación, aunque siempre cabe la posibilidad de que el acusado solicite ser juzgado ante un jurado.

Es muy importante señalar que pese a que su sistema data de varios siglos de antigüedad, de algún modo ha ido sufriendo algunos cambios; por ejemplo, derivado de la *Ley de Procesamiento de Delitos de 1985*, dio origen a la creación de la Fiscalía de la Corona. La *Ley de Policía y Evidencia Penal de 1986*, estableció fuertes controles a la actuación de la policía, el proceso de arresto, el interrogatorio y la detención de los presuntos delincuentes. La *Ley de Justicia Penal de 2003*, permite que la Fiscalía de la Corona tome todas las decisiones respecto a la presentación de cargos en casos que no sean menores.<sup>26</sup>

Estos cambios han implicado que la policía -que gozaba de un gran poder, incluso para determinar si acusa o no- tenga que consultar con los fiscales de la corona para determinar si es factible enjuiciar o no a una persona, de acuerdo con las líneas de investigación y con la evidencia con la que se cuenta. Otra peculiaridad del sistema de justicia

---

<sup>25</sup> Breve esbozo del Sistema Criminal de Inglaterra y Gales, *Ob. Cit.*, p. 3.

<sup>26</sup> Véase Juicio oral. *Teoría y práctica*, *Ob. Cit.*, p. 20.

inglés, consiste en que no obstante que existe la Fiscalía de la Corona, normalmente se contrata a abogados particulares -*Barristers*-, para presentar los casos ante la Corte de la Corona.<sup>27</sup>

Asimismo, los servicios periciales juegan un papel fundamental para determinar si “se tiene o no un caso”, estos servicios son contratados por el gobierno a una empresa privada, por lo que desde un inicio se tiene que establecer si el caso es relevante para ser investigado o no, y si se cuenta con la suficiente evidencia para ser llevado ante un tribunal o un jurado.

Cabe señalar que uno de los pilares del sistema inglés es la presunción de inocencia, que permea en todo el sistema de justicia penal, sin embargo, en la práctica también es cierto que el acusado es presionado para “colaborar” con las investigaciones, por lo que “será mal visto” el hecho de reservarse su declaración o no “confesar” -auto incriminarse- su participación en un hecho delictivo. Debido a que es una garantía el contar con una defensa adecuada, si el acusado no cuenta con recursos para contratar a un abogado, el gobierno se lo proporciona, por lo que se busca ser selectivo en los casos que son llevados a juicio debido a las implicaciones –costos- que esto conlleva.

Finalmente, vale señalar, que si bien el sistema de justicia penal en Inglaterra es en general sumamente eficiente, en los últimos años y derivado de situaciones como las constantes amenazas terroristas, se han expuesto deficiencias del sistema de justicia, que están obligando a realizar revisiones y ajustes a su sistema.<sup>28</sup>

---

27 En Inglaterra y Gales el ejercicio profesional de los abogados se divide en *Barristers* y *Solicitor*, los primeros son los “litigantes” quienes ejercen ante las Cortes de la Corona, por su parte, los *Solicitors*, son consultores que no litigan, la diferencia entre unos y otros radica en las preferencias personales, así como en las habilidades para el análisis o bien para el debate. Ambos se forman, una vez concluida la carrera de Derecho, en los *Inns School of Law* durante 4 años y deben estar afiliados a algún Colegio para poder ejercer.

28 Actualmente están comenzando a discutir la forma en que se enfrentarán los nuevos desafíos que representan la delincuencia organizada y el terrorismo. Han realizado reformas a su sistema de justicia penal, pero al parecer, casos como el del joven brasileño -Jean Charles de Menezes- que fue muerto por la policía al confundirlo con un terrorista en 2005 (Menezes murió el 22 de julio de 2005 en la estación de Metro de Stockwell, sur de Londres, cuando agentes de Scotland Yard lo siguieron al confundirlo con un terrorista suicida y le tirotearon en un vagón del tren en presencia de otros pasajeros. El suceso ocurrió al día siguiente de los atentados fallidos contra la red de transporte de Londres y dos semanas después de los ataques contra esta capital, en los que 56 personas murieron, cuatro de ellas los terroristas suicidas) y el caso de una *Solicitor* que fue sentenciada infundadamente por la muerte de sus dos hijos, debido a un error pericial y que la llevó a suicidarse nos deja un claro mensaje, no hay sistemas perfectos, pero si perfectibles.

## B. El modelo norteamericano

Como señalamos, el modelo Inglés es considerado como la cuna del moderno sistema de corte acusatorio y adversarial, esa tradición fue traída al continente americano por los inmigrantes ingleses y después tomará sus propias características con la independencia de las 13 colonias.

La llegada de los ingleses a territorio norteamericano, significó la incorporación de la tradición jurídica de aquéllos en las nuevas tierras.<sup>29</sup>

El sistema norteamericano descansa en la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*), la cual contempla, los derechos fundamentales del pueblo norteamericano y establece una protección contra injerencias indebidas del gobierno. Entre sus aspectos más destacados se encuentran:

- El derecho a que se celebre un juicio oral y público sin demora en causas penales;
- Un juicio oral y público ante jurado en causas tanto penales como civiles y;
- El derecho a contar con la ayuda de un abogado en causas penales.<sup>30</sup>

Es indudable que el *Common Law* ha ejercido una notable influencia en la conformación de su sistema de justicia penal, por lo que hace a su organización judicial, el sistema norteamericano es un sistema de “Cortes”, en tres niveles a saber:

Cualquier persona que sea parte en un juicio, generalmente tendrá la oportunidad de plantear su caso ante una corte juzgadora y posteriormente, si pierde, en esa primera instancia, podrá solicitar que su litigio sea conocido y desahogado ante dos niveles de corte de apelación, es decir, el tipo de sistema de cortes conlleva tres niveles a saber:

1. Cortes estatales de jurisdicción general o limitada;
2. La corte o cortes estatales de apelación, y
3. La suprema corte estatal.

---

<sup>29</sup> Véase *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas complementarias*, Comité Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el Proceso Penal, Colombia, 2003, p. 28.

<sup>30</sup> Véase *Juicio oral. Teoría y práctica*, Ob. Cit., p. 31.

Cortes federales:

1. Cortes de primera instancia;
2. Cortes de apelación, y
3. La Suprema Corte de la Unión Americana.<sup>31</sup>

Si se da el caso de que la *litis* verse sobre un aspecto constitucional de carácter federal, entonces podrá acudirse ante la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, por lo que el esquema de cortes estaría compuesto por: cortes de primera instancia y cortes de apelación o cortes revisoras.

En el caso de las cortes de primera instancia, éstas son atendidas por un solo juez o con jurados. Los casos que pueden ser sometidos a jurado son los siguientes:

- a) Todo encausamiento con consecuencias graves en materia penal;
- b) Todas aquellas causas de lo civil donde corresponda el derecho a juicio oral y público ante jurado, de conformidad con la ley inglesa vigente cuando ocurrió la independencia de los Estados Unidos de América; y
- c) Las causas en las que el Congreso de los Estados Unidos de América expresamente dispuso el derecho de someterse a juicio oral y público ante jurado.<sup>32</sup>

Hoy en día, este sistema de cortes se basa en los principios adversativo y oral, los cuales son de carácter público. Por adversarialidad en el proceso, se entiende el papel que juegan las partes, ya que éstas deberán presentar sus pruebas, mismas que serán desahogadas ante un juez y un jurado. De esta forma, podemos señalar que, de manera general, salvo algunas excepciones, los jueces en este sistema deciden cuestiones de derecho y los jurados deciden cuestiones de hecho.

Uno de los aspectos que resultan cuestionables respecto del sistema de justicia penal norteamericano es el *Plea Bargaining*<sup>33</sup> (de *plea*, acto de declararse y *bargaining*, a su vez de *bargain*, que significa negociar

---

<sup>31</sup> Véase *Juicio oral. Teoría y práctica*, Ob. Cit., p. 32.

<sup>32</sup> *Ibidem*, pp. 32 y 33.

<sup>33</sup> Tal como lo afirma Bovino en su trabajo "El juicio por jurados del procedimiento penal estadounidense cumple un papel muy limitado en el sistema de atribución de responsabilidad penal, pues solo el 10% de las condenas son resultado de un juicio. El 90% de las condenas son obtenidas sin juicio, porque los imputados se declaran culpables con anterioridad a su realización", Véase *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas complementarias*, Ob. Cit., p. 44.



o regatear), es decir, la negociación de la culpabilidad, con lo que esta institución ha predominado en la práctica en el sistema norteamericano:

La victoria del plea bargaining ha sido arrolladora, contundente, sin concesiones. Por contrapartida, la justicia oral por jurados (jury trial) ha sido ampliamente derrotada...

[...] para el período 2004-2005, en asuntos federales, el porcentaje de plea bargaining alcanzó el 95.71%, pues de un total de 86,000 inculpados, 8,661 fueron hallados culpables, la impresionante cifra de 74,024 corresponde a declaración de culpabilidad. En el año 2006 los inculpados fueron, también en el ámbito federal 87,895, de ellos a 8,260 se les encontró inocentes; a 79,725 se les encontró culpables: 76,610 admitieron su culpabilidad y el resto 3,115 fueron condenados ya sea ante un juez unitario (bench trial) o ante un jurado (jury trial) ¿Porcentaje de plea bargaining? Un nada modesto 95.93%.<sup>34</sup>

### C. Instrumentos internacionales

Es importante destacar que a nivel internacional, nuestro país ha suscrito diversos documentos que contienen derechos y garantías relacionados con sistemas de enjuiciamiento penal de corte acusatorio<sup>35</sup> y que algunos de ellos han sido suscritos y ratificados por nuestro país y forman parte de nuestro sistema jurídico nacional.

Vamos a señalar algunos de estos instrumentos y la relevancia de su contenido para destacar la idea de que la adopción de un sistema de corte acusatorio resulta del cumplimiento a lo que señalan estos documentos.

- Declaración Universal de los Derechos humanos (DUDH)<sup>36</sup>
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Véase "Cinco Tesis acerca de la implantación de la justicia oral en México" de Ruiz Torres, Humberto Enrique, en *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, Año VI, N° 10, enero 2008, pp. 29-31.

<sup>35</sup> "Podríamos decir entonces que existe una Jurisdicción Internacional procesal que aboga por la necesidad y el deber para los estados partes, de implementar procedimientos penales, que garanticen en su derecho interno, la existencia de modelos o sistemas adjetivos que configuren JUICIOS ORALES, PÚBLICOS y CONTRADICTORIOS", Véase *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas complementarias, Ob. Cit.*, p. 87.

<sup>36</sup> Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) del 10 de diciembre de 1948. El documento completo puede ser consultado en la dirección electrónica:

<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm>. Fecha de consulta (15/12/07).

<sup>37</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. *Entrada en vigor*: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. El documento completo puede ser consultado en la dirección electrónica:

<http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>. Fecha de consulta (15/12/07).

- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre (DADDH)<sup>38</sup>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)<sup>39</sup>
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal (Reglas de Mallorca)<sup>40</sup>

Estos instrumentos reconocen una serie de derechos fundamentales que deben ser escrutados y tutelados por los estados firmantes. A continuación vamos a señalar algunos de estos derechos y los instrumentos que los contemplan:

1. Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona (DUDH, PIDCP, CADH)
2. Prohibición de torturas o tratos crueles (DUDH, PIDCP)
3. Derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que ampare contra actos que violen derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley (DUDH, CADH, Reglas de Mallorca)
4. Derecho a la justicia (DUDH, PIDCP, DADDH, Reglas de Mallorca)
5. Debido proceso (DUDH, PIDCP, DADDH, CADH)
6. Presunción de inocencia (DUDH, PIDCP, DADDH, CADH)
7. Prohibición de la detención o prisión arbitrarias (PIDCP, DADDH)
8. Separación de los procesados de los condenados (PIDCP)
9. Derecho a la apelación (PIDCP)
10. *Non bis in idem* (PIDCP)

Adicional a los derechos enunciados, las Reglas de Mallorca establecen los siguientes derechos relacionados específicamente con un sistema de corte acusatorio recomendando específicamente la realización de un juicio oral de la siguiente forma:

<sup>38</sup> Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. El documento completo puede ser consultado en la dirección electrónica: [http://www.celaya.gob.mx/fileadmin/comunicacion\\_soc/Archivos/comisiones/eguidad/docs/id33.doc](http://www.celaya.gob.mx/fileadmin/comunicacion_soc/Archivos/comisiones/eguidad/docs/id33.doc). Fecha de consulta (15/12/07).

<sup>39</sup> Adopción: San José, Costa Rica, 22 de noviembre de 1969. Adhesión de México: 24 de marzo de 1981. El documento completo puede ser consultado en la dirección electrónica: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/TRATADOS%203.pdf>. Fecha de consulta (15/12/07).

<sup>40</sup> La Comisión de expertos reunida en Palma de Mallorca, en cuatro Sesiones de Trabajo, que tuvieron lugar los días 23, 24 y 25 de noviembre de 1990; 3, 4 y 5 de mayo de 1991; 5, 6, 7 y 8 de septiembre de 1991 y 14, 15 y 16 de febrero de 1992; que dichas Sesiones se realizaron por invitación de la Conselleria Adjunta a la Presidencia del Gobierno Balear y con la cooperación de la Subdivisión de Prevención del Delito y Justicia Penal de la Oficina de Naciones Unidas en Viena. El documento completo puede ser consultado en la dirección electrónica: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>

- El imputado tiene derecho a un juicio oral;
- Los debates serán públicos salvo las excepciones reconocidas en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos;
- El juicio oral no se celebrará contra un acusado ausente involuntariamente;
- En el juicio oral, se practicarán con plenitud todas las pruebas tendientes a acreditar los hechos imputados y también las que contribuyan a demostrar la inocencia del acusado;
- La totalidad del juicio oral se deberá celebrar necesariamente ante los mismos miembros del Tribunal que sentenciará;
- Todas las pruebas habrán de ser practicadas ante el Tribunal juzgador;
- Si la comprobación de un hecho se basa en la percepción de una persona, ésta tiene que ser interrogada en el juicio oral;
- El acusado y su defensor tienen derecho a interrogar a los testigos;
- La prueba pericial deberá ser practicada por expertos imparciales, objetivos e independientes;
- El abogado defensor formulará su alegato final después de la acusación;
- El acusado tendrá derecho a la última palabra;
- El acusado tiene derecho a la presunción de inocencia;
- Los jueces valorarán libremente la prueba, con arreglo a la lógica y a la experiencia. En los casos de incertidumbre el juez aplicará el principio "*in dubio pro reo*";
- No se tomarán en cuenta las pruebas obtenidas ilícitamente de manera directa o indirecta, quebrantando derechos fundamentales;
- En el ejercicio de la libertad de apreciación de la prueba los jueces en los supuestos de testigos de referencia; declaración de arrepentidos y situaciones análogas, tendrán en cuenta que sólo con otras pruebas corroboradoras de tales testimonios podrá dictarse sentencia condenatoria;
- La sentencia penal deberá ser motivada, con indicación expresa de las pruebas que la fundamentan y de las normas jurídicas aplicadas. Asimismo la sentencia será redactada de manera comprensible para los que intervienen en el proceso.

### III. EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y NACIONALES DE IMPLEMENTACIÓN

Si bien es cierto que en muchos aspectos se podría decir que América Latina se encuentra sumida en “baches” u “hoyos” en aspectos como el económico o el político, también lo es que podría dar grandes lecciones en lo que se refiere a sus procesos de transformación en cuanto a lo que a sus sistemas judiciales se refiere. Este proceso no es reciente, inició desde la década de los ochenta del siglo pasado y desde entonces continua. Las reformas judiciales prácticamente se han llevado a cabo -con mayor o menor éxito en algunos casos- en toda la región con excepción de Panamá y México.<sup>41</sup>

La orientación de estos cambios ha sido hacia sistemas de enjuiciamiento de corte acusatorio, considerado como una superación de los sistemas inquisitivos y mixtos que habían predominado en la región:

Sin lugar a dudas la idea de cambiar nuestros sistemas procesales desde su carácter fuertemente escriturados hacia juicios públicos y orales ha sido la constante de todos los esfuerzos reformadores al sector justicia en Latinoamérica durante los últimos 10 años. Tanto en materias civiles como criminales la bandera de la oralidad se ha esgrimido como el arma más eficaz para barrer con muchos de los males que se le atribuyen a nuestros sistemas judiciales.<sup>42</sup>

Entre los factores que han propiciado este proceso de transformación podemos señalar los siguientes:

- a) Democratización creciente y mayor conciencia sobre los derechos humanos;
- b) Gobernabilidad y desarrollo económico;
- c) Aumento de los problemas de seguridad pública;
- d) Colapso de los sistemas judiciales, dentro de un contexto de reforma y modernización del Estado;

<sup>41</sup> Véase Ambos, Kai y Woischnik, Jan, “Las reformas procesales penales en América Latina, Resumen comparativo”, en *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, N° 10, Legis, enero-marzo 2005, Bogotá-Colombia, pp. 87-151.

<sup>42</sup> Vargas Viancos, Juan Enrique, *Lecciones aprendidas: Introducción a los juicios orales en Latinoamérica*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil, Washington, D.C., Mayo 19-22, 1996, p. 1.

- e) Intentos de unificación jurídica;
- f) Presencia y participación de entidades de cooperación internacional.<sup>43</sup>

En ese contexto, en 1999, la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), aprobó los estatutos del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), en cumplimiento del mandato de la Segunda Cumbre de Presidentes de las Américas, realizada en Santiago de Chile en 1998, que establecía:

Los Gobiernos...

Impulsarán el establecimiento de un Centro de Justicia de las Américas, tendiente a facilitar el perfeccionamiento de los recursos humanos, el intercambio de información y otras formas de cooperación técnica en el Hemisferio, de conformidad con los requerimientos específicos de cada país. Solicitarán a los Ministerios de Justicia o a otras autoridades competentes que analicen y definan las medidas más convenientes para la organización e instalación del mencionado centro.<sup>44</sup>

Sobre el rol que el CEJA ha jugado en documentar y apoyar los procesos de transformación de los sistemas de justicia en América Latina, se parte de la siguiente reflexión:

Hoy existe consenso de que el funcionamiento adecuado de los sistemas judiciales resulta indispensable para la consolidación de la democracia y el desarrollo económico y social de los pueblos. Por tal razón, los países de las Américas han iniciado en las últimas décadas intensos procesos de reforma y modernización judicial.

Pese a la magnitud de las transformaciones emprendidas, los significativos aumentos presupuestarios en el sector justicia y, en definitiva, lo cierto es que hasta la fecha los ciudadanos tienen una opinión desfavorable sobre la calidad de los servicios judiciales en los países de la región.

<sup>43</sup> Véase *Lecciones aprendidas: Introducción a los juicios orales en Latinoamérica*, Ob Cit., pp. 2 y 3.

<sup>44</sup> *CEJA en un vistazo. Seis años de trabajo por la justicia en las Américas*, CEJA-JUSCA, documento electrónico disponible en la dirección electrónica: <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>, p. 2. Fecha de consulta (21.12.08).

¿Cuáles son los motivos de esta mala percepción ciudadana?

1. Se trata de un sector muy complejo de dirigir hacia nuevos objetivos de política pública.
2. Gran parte de los cambios beneficiaron más a los operadores del sistema que a los destinatarios de los servicios judiciales.
3. Muchas de las propuestas trascendieron sólo en la aprobación de nuevos cuerpos legales, sin que realmente se pudiera modificar la cultura de los operadores de los sistemas de justicia y las prácticas a través de las cuales cotidianamente realizan sus labores.<sup>45</sup>

De esta forma, el CEJA ha realizado diversos reportes que dan cuenta del proceso de implementación de la reforma en Latinoamérica.

A continuación, vamos a describir el estado que guardan estos procesos en algunos países latinoamericanos que consideramos como representativos de este esfuerzo.

## A. Argentina

El sistema argentino está basado en la tradición *civil law* o derecho continental europeo. En su condición de país federado, cuenta con 25 poderes judiciales que son independientes del Poder Judicial Federal. Los procedimientos son predominantemente escritos, aun cuando existe el juicio oral en las causas penales, éste es todavía incipiente o presenta dificultades para su implementación.<sup>46</sup> Su sistema de enjuiciamiento penal es de carácter mixto, ya que combina aspectos de los modelos inquisitivo y acusatorio.

El procedimiento puede variar en las diferentes provincias toda vez que éstas tienen facultades para definir sus propios sistemas de enjuiciamiento, como se muestra a continuación:

La Provincia de Córdoba, donde viven más de tres millones de personas y que incorporó en 1940 la oralidad para la etapa

---

<sup>45</sup> CEJA en un vistazo. *Seis años de trabajo por la justicia en las Américas*, CEJA-JUSCA, documento electrónico disponible en la dirección electrónica: <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>, p. 4. Fecha de consulta (21.12.08).

<sup>46</sup> Véase *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa, Jornadas Iberoamericanas*, Colección Memorias 2, INACIPE, México, 2003, pp. 31-45.

de juicio en las causas criminales. En 1998, entró en vigencia una nueva reforma procesal penal que buscó especialmente, fortalecer el carácter contradictorio del proceso, introdujo la utilización de jurados en algunos casos, y transfirió la función de investigación a un Ministerio Público.<sup>47</sup>

Así, el actual procedimiento incluye fundamentalmente dos etapas: una de instrucción, escrita, a cargo de un fiscal de instrucción y, en algunas circunstancias, a cargo de un juez; y una segunda etapa de juicio oral, que se puede realizar, según el caso, ante un tribunal colegiado, unipersonal o con jurado, por lo que no puede decirse que el sistema acusatorio ha sido implementado de manera integral en este país, situación que México deberá observar -por su condición de país federado como Argentina- para evitar los problemas de implementación.

## **B. Chile**

El sistema judicial chileno, se rige por la tradición del derecho continental europeo. Las causas civiles se resuelven esencialmente por el sistema escrito y secreto, situación similar a la que prevalecía en los procesos criminales hasta el año 2000, en que cambió el modelo de procedimiento penal por uno de tipo acusatorio que introdujo la oralidad y la publicidad como ejes centrales del proceso. Este nuevo modelo comenzó a regir en todo el territorio a partir de diciembre del 2004.<sup>48</sup>

Entre sus proyectos de reforma podemos destacar el de reforma procesal penal que se consolidó en el año 2000 con la entrada en vigor del nuevo Código Procesal Penal, con el cual se propuso reemplazar el antiguo sistema inquisitivo escrito y secreto, por un sistema de tipo acusatorio, oral y público. La reforma supuso no sólo la modificación de los cuerpos normativos sino un complejo proceso de transformación de instalación de nuevas instituciones. Además de las reformas legislativas que regulan al sistema de enjuiciamiento criminal, el proceso de reforma ha implicado la creación y puesta en marcha de las distintas instituciones que integran el nuevo sistema, a saber: el Ministerio Público, la Defensoría Penal Pública, los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

<sup>47</sup> Véase *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa, Jornadas Iberoamericanas*, Colección Memorias 2, INACIPE, México, 2003, pp. 31-45.

<sup>48</sup> Véase la dirección electrónica: <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>. Fecha de consulta (14/02/08).

Una de las cualidades de la reforma procesal penal chilena fue la decisión de implementarla gradualmente en el territorio del país. Concluido el año 2002 la reforma había sido implementada en ocho de las trece regiones, con una cobertura de 3.8 millones de habitantes (25.3% de la población). La implementación en la totalidad del territorio quedó lista desde diciembre de 2004. El nuevo proceso penal se encuentra vigente en todo el país a partir de junio de 2005.<sup>49</sup> En cuanto a los tiempos de duración, un estudio realizado en 2003 demostró que el nuevo sistema, como promedio general, disminuyó en 61% los tiempos de duración respecto al sistema inquisitivo anterior. Sobre el particular valdría la pena señalar un breve comparativo entre Chile y nuestro país al respecto:

*Emitir una resolución judicial en la Ciudad de México cuesta casi tres veces más que en Chile, donde se implementan los juicios orales y los procesos de mediación.*

Un estudio del Tribunal Superior de Justicia del DF revela que en el 2006, el costo promedio de un dictamen emitido por jueces y magistrados fue de 12 mil 215 pesos.

En Santiago de Chile la cantidad que se gasta es de 4 mil 776 pesos por cada resolución judicial, según la página de Internet del Poder Judicial del país andino.

“El promedio que dura un juicio penal es de 6 meses; en este tiempo se consigna la averiguación previa, se dicta auto de formal prisión, empieza el periodo de instrucción (desahogo de pruebas) y se emite la sentencia”, explicó un juez.<sup>50</sup>

Uno de los aspectos importantes de la reforma Chilena sin duda es la creación de la figura del Ministerio Público que, antes de este cambio no existía, así como negociaciones institucionales y humanas que han tenido que realizar para fortalecer e ir madurando este proceso de transformación<sup>51</sup>, que si bien es reciente está siendo considerado como uno de los modelos a seguir en la implementación del sistema de corte acusatorio adversarial y oral en Latinoamérica.

---

49 En 1999 se inició la puesta en marcha del nuevo sistema de administración de justicia penal en Chile con la Ley de Reforma Constitucional número 19.519. Véase *Juicio oral. Teoría y práctica*, Ob. Cit., pp. 38 y 39.

50 Véase la nota: “Cuesta \$12 mil cada juicio en el DF. En Santiago de Chile se gastan 4 mil 776 pesos por cada resolución judicial”, *Reforma*, Dirección electrónica: <http://www.reforma.com/justicia/articulo/783569/>. Fecha de consulta: 27/06/07.

51 Véase *Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa*, Ob. Cit., p. 227.



## C. Colombia

Colombia es un Estado unitario dividido en 32 departamentos. Su sistema judicial está integrado por la Rama Judicial, la Fiscalía General de la Nación -que es parte de la Rama Judicial-, el Ministerio del Interior y de Justicia, la Dirección Nacional de Defensoría Pública de la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación, Defensoría del Pueblo y personerías municipales), la Policía Nacional y los particulares, quienes están facultados para administrar justicia (conciliadores, árbitros y jurados en juicios criminales).<sup>52</sup> El 31 de agosto de 2004 mediante la Ley 906 se expidió el nuevo Código de Procedimiento Penal, que establece las bases de la estructura del nuevo proceso penal en Colombia. Sin duda, este proceso de cambio ha sido una decisión política de gran trascendencia y que ha implicado una transformación a todo nivel en sus instituciones y en los operadores del sistema:

Lo que optó Colombia en su reforma al sistema judicial penal fue el acusatorio, con las características de oralidad y bajo los principios de publicidad, contradicción, inmediación, concentración y celeridad como normas rectoras [...] no sin advertir que fue acuñado con características propias, resultado del examen de varias legislaciones inspiradas en el sistema anglosajón, con modalidades del estadounidense, otras veces consultando el continental europeo, verificando las reformas introducidas en Centroamérica, en el sur del continente, en particular Chile que empezó antes, pero en todo caso, bajo el decidido empeño de tomar distancia del sistema inquisitivo y aun del mixto que en muchas partes fue transitorio (como en Colombia) hacia el acusatorio de características especiales, porque mucho se ha advertido, el sistema acusatorio puro no existiría sino en la teoría.<sup>53</sup>

Definitivamente el nuevo sistema ha traído beneficios en el aspecto del acceso pronto a la justicia, toda vez que en el antiguo sistema penal las investigaciones se resolvían en un promedio de 968 días. Ahora en el

---

<sup>52</sup> Véase la dirección electrónica: <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>. Fecha de consulta (14/02/08).

<sup>53</sup> Osorio Isaza, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, Conferencias Magistrales 15, INACIPE, México, 2007, p. 9. Asimismo Véase *Juicio oral. Teoría y práctica*, Ob. Cit., pp. 53-57.

nuevo sistema penal acusatorio se busca que los fiscales e investigadores entreguen resultados de los procesos en menos de siete meses. Un aspecto importante a destacar del modelo colombiano es que cada una de las partes que intervienen en el proceso debe estar perfectamente capacitada para operar en el sistema que sin duda resulta esencial para llevar a buen término el proceso de implementación del sistema.

#### **D. Guatemala**

El sistema judicial guatemalteco<sup>54</sup> está conformado fundamentalmente por el Organismo Judicial, la Corte de Constitucionalidad, la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio Público, el Instituto de la Defensa Penal Pública, la Procuraduría de Derechos Humanos y aquellos organismos que prestan apoyo a las instituciones principales, entre los que cabe señalar la Policía Nacional Civil, la Dirección General del Sistema Penitenciario y el Consejo de la Carrera Judicial.

Guatemala fue uno de los países que encabezó el movimiento de reformas procesales penales generado a partir de la segunda mitad de los años '80 en América Latina. A partir de 1994 rige en Guatemala un nuevo Código Procesal Penal, el cual estableció un procedimiento penal de carácter acusatorio y cuyas etapas son una preparatoria o de investigación a cargo del Ministerio Público; una etapa o procedimiento intermedio; y la de juicio, que a su vez se estructura en una fase preparatoria y una de debate oral y público.

Es importante señalar que se considera que la implementación del sistema acusatorio en América Latina ha sido exitoso en todos los casos, sin embargo, hay que destacar que no ha sido así en Guatemala ya que su Código Procesal Penal ha sido tachado de demasiado "garantista", lo que ha ocasionado dificultades en la agilización del procedimiento penal, tal y como se señala a continuación:

Aparentemente, uno de los principales beneficios que ofrece la adopción de los juicios orales es la celeridad en los procesos penales [...] destaca Luis Pásara, a pesar de que teóricamente se ha señalado como una de las principales fortalezas de los

---

<sup>54</sup> Osorio Isaza, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, Conferencias Magistrales 15, INACIPE, México, 2007, p. 9. Asimismo Véase *Juicio oral. Teoría y práctica*, Ob. Cit., pp. 53-57.

juicios orales la breve duración de su tramitación, los escasos estudios muestran que en la práctica no sucede así, por lo menos en la mayoría de los países latinoamericanos en que se han instrumentado [...]

Atendiendo a [la] característica del amparo contra sentencias definitivas, el sistema procesal penal que es dable comparar con el mexicano es el modelo guatemalteco. Guatemala es el único país de América Latina que cuenta con un sistema procesal penal acusatorio oral puro. Su instrumentación fue aprobada en 1992, entrando en vigor a partir del 1 de junio de 1994. Sin embargo, al igual que México, también cuenta con el juicio de amparo contra sentencias, como un medio de control de legalidad de las resoluciones judiciales. Esa circunstancia ha propiciado que la instrumentación de los juicios orales en Guatemala no haya podido solucionar los problemas de sobrecarga de asuntos y dilación en su tramitación. Simplemente, en el año 2002 se registraron en ese país 3,500 homicidios y el sistema de justicia penal apenas fue capaz de instrumentar 79 juicios orales y emitir 39 sentencias [...]. De tal forma que así como se habla en México del éxito de los juicios orales en Chile, sería conveniente que también se analizara el fracaso de este tipo de juicios en Guatemala.<sup>55</sup>

## E. Nuevo León

Vamos a revisar las experiencias de implementación en nuestro país de este nuevo sistema de justicia penal.<sup>56</sup> Podemos iniciar señalando la experiencia de Nuevo León. Sin duda alguna, Nuevo León tiene el mérito de haber sido el pionero en nuestro país en transitar de un sistema de justicia penal mixto inquisitivo a una reforma procesal penal de corte acusatorio adversarial. A principios de 2004, bajo la iniciativa del poder ejecutivo y con la colaboración del poder judicial del estado, se iniciaron los trabajos de reforma al código procesal penal del estado, en los que se incorporó como eje central del procedimiento el juicio

<sup>55</sup> Vázquez Marín, Óscar y Rivas Acuña, Israel, "Los juicios orales en México: ¿condición o alternativa del sistema penal acusatorio?", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 24, Poder Judicial de la Federación, 2007, pp. 196, 197.

<sup>56</sup> Véase ¿CÓMO VAMOS CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL?, colaboración para la Revista Defensa Penal en coautoría con Joahana Del Río Rebolledo (en Prensa).

oral, acompañado de otras instituciones jurídicas propias de un sistema adversarial, tales como salidas alternas, criterios de oportunidad, facultades discrecionales y procedimiento abreviado con la limitante de aplicarse, en principio, a delitos culposos no graves.

En marzo de 2007, se amplió el catálogo de delitos que podían dirimirse con el nuevo sistema de justicia penal, de tal forma que se abrió para delitos no graves (además de los culposos). Sin duda alguna, esta restricción en la implementación del sistema acusatorio para delitos no graves, sentó precedentes en nuestro país y sirvió como ejemplo para otras entidades federativas que posteriormente iniciaron su proceso de reforma siguiendo este esquema de implementación como lo hicieron el Estado de México y Veracruz.

Resulta importante señalar, que este modelo de implementación para delitos no graves, en su momento, fue un buen ejemplo de voluntad política y un esfuerzo importante de transformación y mejora del obsoleto sistema de justicia penal que operaba. Las características esenciales del proceso de reforma en Nuevo León, son las siguientes:

- Tipo de Reforma: Parcial, comenzó por conocer delitos no graves culposos y en marzo de 2007 se amplió para delitos no graves
- Gradualidad: Por delito
- Poder que impulsó: Poder ejecutivo
- Partido: PRI
- Redacción de CPP: Cerrada
- Selección de Operadores: Al interior
- Cooperación Internacional: Si

## **F. Estado de México**

Posteriormente y en orden de transición, el Estado de México, aprovechando el furor causado por la reforma acusatoria en Nuevo León, se aventuró a reformar su código procesal penal de manera parcial, de tal forma que el 2 de enero de 2006 se adicionó el Título Séptimo Bis en el que se incorporó en el Capítulo Primero el *Juicio Predominantemente Oral*, para conocer los procesos vinculados a la comisión de delitos no graves. Mucho se criticó esta reforma al no

realizar cambios estructurales al proceso penal, estimándose que era una reforma meramente cosmética ya que únicamente verbalizaba el proceso en aquel entonces vigente en el estado, sirviendo solamente como escaparate para posicionar intereses políticos.

Al incorporar un proceso con secuelas de verbalidad, mal denominado “juicio oral”, resultó ineficiente para hacer efectivos los principios rectores del sistema acusatorio (inmediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad), pues no se encontraba acompañado de los postulados e instituciones jurídicas mínimas que permitieran una transformación estructural del proceso.

Posteriormente, en octubre de 2009, entró en vigor en el estado una reforma integral, en la que no sólo se reforma el CPP, sino que éste se derogó por completo y nació una nueva legislación con todos los postulados, metodologías propios del sistema acusatorio ya mencionadas, para conocer de todo tipo de delitos (graves y no graves), mismo que entrará en vigor de manera gradual por territorio. En esta segunda etapa el proceso de reforma del Estado de México tiene las siguientes características:

- Tipo de Reforma: Integral (delitos graves y no graves)
- Gradualidad: Por región
- Poder que impulsó: Poder ejecutivo
- Partido: PRI
- Redacción de CPP: Cerrada
- Selección de Operadores: Al interior
- Cooperación Internacional: Si

## **G. Chihuahua**

Chihuahua es la entidad federativa que mejores resultados ha obtenido en el proceso de implementación de la Reforma Penal. Sin duda alguna, la voluntad política, incorporación de instituciones jurídicas idóneas, las determinaciones tomadas y el transparentar los procesos de selección de los operadores, han provocado la legitimidad de la reforma ante la población chihuahuense. En cuanto al proceso legislativo para la aprobación de su Código de Procedimientos Penales, podemos señalar que éste fue aprobado por el Congreso estatal el 15 de junio de 2006 y fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el 9 de agosto de 2006.

En el caso de Chihuahua podemos señalar que su proceso de reforma presenta las siguientes características:

- Tipo de Reforma: Integral, conoce todo tipo de delitos (graves y no graves)
- Gradualidad: Por región
- Poder que impulsó: Poder ejecutivo. Procuraduría General de Justicia
- Partido: PRI
- Redacción de Código: Abierta
- Selección de Operadores: Pública
- Cooperación Internacional: Si

## H. Oaxaca

En Oaxaca, el proceso de reforma fue liderado por el Poder Judicial, a mediados del 2004, se integró una comisión redactora conformada por integrantes del poder judicial (jueces y magistrados), representantes de la Procuraduría General de Justicia estatal e integrantes del poder legislativo, a fin de reformar la legislación secundaria vigente en el estado, concluyendo con el anteproyecto de Código de Procedimientos Penales.

Sin embargo, los tiempos políticos y la discusión del presupuesto, provocó que la aprobación del código se viera aplazada en el congreso del estado, siendo el caso que la publicación en el Periódico Oficial del estado tuvo verificativo hasta el 12 de junio de 2004, situación que le concedió al estado de Chihuahua una gran ventaja, pues retomó el anteproyecto del CPP de Oaxaca como plataforma de su Código de Procedimientos Penales. En términos generales, podemos señalar que el proceso de reforma en Oaxaca tiene las siguientes características:

- Tipo de Reforma: Integral, conoce todo tipo de delitos (graves y no graves)
- Gradualidad: Por región
- Poder que impulsó: Poder ejecutivo. Poder Judicial y Procuraduría General de Justicia
- Partido: PRI
- Redacción de Código: Abierta
- Selección de Operadores: Pública
- Cooperación Internacional: Si

## I. Morelos

En el caso de Morelos, el Poder Ejecutivo del estado inició el proceso de reforma en el 2007, siendo la Procuraduría General de Justicia, en este caso, quien concentró los esfuerzos de reforma y convocó a diversos foros de discusión y debate en torno a la reforma procesal penal. De esta forma, se conformó una comisión redactora para el Código de Procedimientos Penales, en la que participaron representantes de los tres poderes y sociedad civil. Este código fue publicado en el Periódico Oficial del Estado el 22 de noviembre de 2007. En el caso de Morelos encontramos que su proceso de reforma presenta las siguientes características:

- Tipo de Reforma: Integral, conoce todo tipo de delitos (graves y no graves)
- Gradualidad: Por región
- Poder que impulsó: Poder ejecutivo. Procuraduría General de Justicia
- Partido: PAN
- Redacción de Código: Abierta
- Selección de Operadores: Pública
- Cooperación Internacional: Si

## IV. RETOS Y PERSPECTIVAS<sup>57</sup>

Conocer la evolución y desarrollo de los sistemas procesales nos permite entender la importancia del nuevo sistema al que pretendemos arribar. Para entender los retos y perspectivas que podemos esperar de este sistema, es necesario revisar algunos aspectos de implementación que son esenciales para el éxito del nuevo sistema de justicia penal. Es necesario contemplar este proceso de implementación en 3 ejes, a saber:

- Normativo
- Estructural
- Cultural

---

<sup>57</sup> Véase García Silva, Gerardo, "La implementación del sistema procesal acusatorio, adversarial y oral en México. Retos y Perspectivas", en *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, Nº 2, abril, 2009.

El reto normativo supone la adecuación de la normatividad secundaria para aplicar las Reformas Constitucionales, de no hacerse de forma adecuada, se generarán más problemas de los que se intenta superar. Modificar y crear por lo menos 12 leyes diferentes:

- Código Federal y locales de Procedimientos Penales
- Código Penal Federal y locales
- Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y locales
- Ley Orgánica de la PGR y locales
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada
- Ley Federal de Justicia Alternativa
- Ley de extinción de dominio<sup>58</sup>
- Ley de Amparo
- Ley del debido proceso
- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública<sup>59</sup>
- Ley Federal de ejecución de sanciones penales y reinserción social
- Ley de la defensoría pública Federal y locales

El reto institucional supone que la reforma implicará no sólo una cuantiosa inversión de recursos para reestructurar instalaciones, sino cambios en los procesos de gestión institucional que deberán realizarse para operar bajo la lógica del nuevo sistema. Finalmente, el reto cultural plantea un cambio de mentalidad en todos los operadores del sistema de justicia penal -Policía, Ministerio Público, Defensa y Juzgadores- por lo que se requerirá un intenso y prolongado proceso de capacitación y formación de nuevos cuadros para garantizar que este nuevo sistema se arraigue en nuestra cultura jurídica.

---

<sup>58</sup> El 18 de septiembre de 2008, fue enviado a la Cámara de Diputados la iniciativa de decreto por el que se expide la *Ley de extinción de dominio* y se reforman y adicionan diversas disposiciones de la ley orgánica del poder judicial de la federación y de la *Ley de amparo*, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, la cual a la fecha -febrero de 2009- no ha sido dictaminada.

<sup>59</sup> Publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 2 de enero de 2009.



## V. BIBLIOGRAFÍA

- Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Kratos, México, 1981.
- Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio oral. Teoría y práctica*, editorial Porrúa, México, 2007.
- Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Porrúa, México, 1984.
- Dagdug Kalife, Alfredo, "El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, al amparo de los principios informadores del proceso penal" en *Libro homenaje a Claus Roxin. La Influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, Tomo II, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2006.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Editorial Trotta, Segunda edición, España, 1997.
- Fix-Zamudio, Héctor, *Función constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica N° 111, Primera reimpresión, México, 2004.
- Moreno Hernández, Moisés, *Retos del sistema procesal penal en México, algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal*, Conferencias Magistrales N° 8, INACIPE, México, 2004.
- Oralidad en el Proceso y Justicia Penal Alternativa, Jornadas Iberoamericanas*, Colección Memorias 2, INACIPE, México, 2003.
- Ruiz Torres, Humberto Enrique, "Cinco Tesis acerca de la implantación de la justicia oral en México", en *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, Año VI, N° 10, enero 2008.
- Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal*, Porrúa, México, 1983.
- San Martín Castro, César, *Derecho Procesal Penal*, Volumen I, editorial jurídica Grijley, Segunda edición, Perú, 2006.

## REVISTAS ESPECIALIZADAS

Ambos, Kai y Woischnik, Jan, "Las reformas procesales penales en América Latina, Resumen comparativo", en *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional, N° 10, Legis, enero-marzo 2005, Bogotá-Colombia.

*Breve esbozo del Sistema Criminal de Inglaterra y Gales*, British Council, Embajada Británica México, documento de divulgación.

Dagdug Kalife, Alfredo, "El Ministerio Público Federal, desde la óptica de una urgente reforma procedimental penal", en *Revista Mexicana de Justicia. Los nuevos desafíos de la PGR*, Sexta Época, Número 10, Procuraduría General de la República, México, 2005.

García Meléndez, Julio César, "Evolución de los sistemas de justicia penal. Hacia la oralidad en los juicios penales", en *Justicia. Punto de equilibrio, Revista del Poder Judicial del estado de San Luis Potosí*, año 5, N° 21, marzo, 2008.

García Silva, Gerardo, "Mitos y realidades de los juicios orales", en *JUDICATUS, Revista del Poder Judicial del Estado de Nuevo León*, 2ª época, Año 1, Número 2, enero/junio, 2009, pp. 70-91, dirección electrónica: <http://www.pjenl.gob.mx/ConsejoJudicatura/InstitutoJudicatura/Revista/2009/revistaNo20.pdf>.

-----, "La implementación del sistema procesal acusatorio, adversarial y oral en México. Retos y Perspectivas", en *Revista del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, Año II, N° 2, abril, 2009.

-----, en coautoría con Joahana Del Río Rebolledo, *¿CÓMO VAMOS CON LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL?*, en *Revista Defensa Penal*, (en prensa).

Ruiz Torres, Humberto Enrique, "Cinco Tesis acerca de la implantación de la justicia oral en México", en *Revista Académica, Facultad de Derecho de la Universidad La Salle*, Año VI, N° 10, enero 2008.

Vázquez Marín, Óscar y Rivas Acuña, Israel, "Los juicios orales en México: ¿condición o alternativa del sistema penal acusatorio?", en *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, N° 24, Poder Judicial de la Federación, 2007.

## OTRAS FUENTES

Osorio Isaza, Luis Camilo, *El sistema acusatorio en la experiencia colombiana*, Conferencias Magistrales 15, INACIPE, México, 2007.

*Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano. Lecturas complementarias*, Comité Interinstitucional para el impulso de la oralidad en el Proceso Penal, Colombia, 2003.

Vargas Viancos, Juan Enrique, *Lecciones aprendidas: Introducción a los juicios orales en Latinoamérica*, Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil, Washington, D.C., Mayo 19-22, 1996.

## DIRECCIONES ELECTRÓNICAS

*CEJA en un vistazo. Seis años de trabajo por la justicia en las Américas*, CEJA-JUSCA, <http://www.cejamericas.org/reporte/index.php?idioma=espanol>.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/TRATADOS%203.pdf>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/dudh.htm>.

“Cuesta \$12 mil cada juicio en el DF. En Santiago de Chile se gastan 4 mil 776 pesos por cada resolución judicial”, *Reforma*, <http://www.reforma.com/justicia/articulo/783569/>.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, [http://www.celaya.gob.mx/fileadmin/comunicacion\\_soc/Archivos/comisiones/equidad/docs/id33.doc](http://www.celaya.gob.mx/fileadmin/comunicacion_soc/Archivos/comisiones/equidad/docs/id33.doc).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal, <http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasmallorca.htm>.



**LA DETENCIÓN EN MÉXICO:  
NUEVAS POSTURAS RESPECTO DE LA FLAGRANCIA,  
EL CASO URGENTE Y EL ARRAIGO**

---

**PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA**

MASTER OF LAWS, NORTHWESTERN UNIVERSITY, CHICAGO, ILLINOIS  
MASTER EN DERECHO, UNIVERSIDAD DE DEUSTO, BILBAO, ESPAÑA  
DOCTOR EN DERECHO POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA



## **SUMARIO**

**I.** Introducción. **II.** La flagrancia o inmediatamente después.  
**III.** El caso urgente. 3.1 Delito grave. 3.2 Riesgo de fuga. 3.3 No se pueda acudir ante el Juez. 3.3.1 Hora. 3.3.2 Lugar. 3.3.3 Circunstancia. 3.3.4 ¿Retención en caso urgente? El dilema de las 48 horas constitucionales. 3.4 Orden de detención. Fundada y motivada. **IV.** Arraigo: Violación a los derechos humanos. 4.1 Art. 16 Constitucional: Supuesto de delincuencia organizada. 4.2 Artículo décimo primero transitorio constitucional: Supuesto de delitos graves. 4.3 Figuras comunes de los arraigos: éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o riesgo de fuga.  
**V.** Conclusiones. **VI.** Bibliografía.



---

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, de conformidad con el artículo 16 Constitucional, una persona solo puede ser aprehendida, cuando exista orden de aprehensión en su contra; esto es, en virtud de mandamiento judicial, siempre que se den los presupuestos de la acción penal.<sup>1</sup>

No obstante lo anterior, cualquier persona puede ser detenida siempre que esté cometiendo un delito en ese momento -flagrancia- o inmediatamente después de haberlo cometido o; cuando el Ministerio Público considere que se está en presencia de un caso urgente o; cuando el Ministerio Público solicite a la autoridad judicial el arraigo y éste último lo otorgue.

Tradicionalmente la doctrina mayoritaria<sup>2</sup> así como las autoridades,<sup>3</sup> coincidían en que la regla general era que una persona solo podía ser detenida cuando existía una orden de aprehensión. A esta regla general le asistían dos excepciones, una era la flagrancia y la otra el caso urgente; con la Reforma Penal de 2008 surge una nueva forma de detener: el arraigo.

---

<sup>1</sup> Cfr. Artículo 16, párrafo tercero, Constitucional.

<sup>2</sup> Rabasa, Emilio O./Caballero, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, 9ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 1994, p. 75.; Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa/UNAM/CNDHM, 2007, pp. 144 y ss.; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, México, Miguel Ángel Porrúa/UNAM, 2006, pp. 392 y ss.; Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 19ª ed., México, Porrúa, 2006, pp. 234 y ss.

<sup>3</sup> PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, No. 14, México, PGR, 1993, p. 18.

Es necesario decir desde ahora que esta nueva figura prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) está prohibida en los tratados internacionales de derechos humanos, que México ha firmado y ratificado. Baste decir por el momento que con la Reforma Constitucional de 2008, en vez de respetarse los derechos humanos, éstos se ven violentados en su máxima expresión.

A lo largo del presente trabajo el lector se podrá percatar de las diversas formas a través de las cuales una persona puede ser detenida en México; el punto principal está en tratar de descifrar cuál es el alcance de las mismas.

En el presente estudio primero se hablará de la flagrancia y de los problemas que se han presentado al interpretar dicho término por los distintos poderes legislativos de los Estados y el federal. Posteriormente se hablará del caso urgente y del abuso de dicha figura. Después haré referencia a la figura del arraigo así como a la crítica que la misma merece. Finalmente presentaré las conclusiones de la investigación.

## **2. LA FLAGRANCIA O INMEDIATAMENTE DESPUÉS**

Antes de la Reforma Constitucional de 2008, la CPEUM establecía que cualquier persona podía detener a otra persona siempre que se estuviera en flagrancia. Este era el único supuesto en donde se permitía que cualquier persona pudiera detener a otra; y se permitía, toda vez que en este supuesto se apreciaba de manera indubitable la conducta ilícita del infractor.<sup>4</sup> El punto principal estribaba entonces en saber qué se entendía por flagrancia. La CPEUM rezaba:

*“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.*

El cuestionamiento anterior puede parecer absurdo, toda vez que se ha dicho y repetido hasta el cansancio que “la Constitución está hecha para el pueblo” y que lo más importante es que cualquier persona al leer la CPEUM entienda lo que en ella se dice; especialmente cuando se habla de las formas en que cualquier persona puede ser detenida.

---

<sup>4</sup> Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 14ª ed., México, Porrúa, 2006, p. 61.



No obstante lo anterior, el término “flagrante” de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española significa: “*En el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor haya podido huir*”. Esto es, por “delito flagrante”, para efectos de este párrafo constitucional, se debería de entender que únicamente se podía detener a una persona en el mismo momento de estarse cometiendo un delito, sin que el autor hubiera podido huir. Esta interpretación -gramatical- que era la única que tenía cabida, de conformidad con lo dicho anteriormente -la Constitución está hecha para el pueblo- dejaba fuera cualquier otro supuesto para poder detener; esto es, no permitía que una persona fuera detenida inmediatamente después de haberse cometido el hecho delictivo, ni ninguna otra posibilidad.<sup>5</sup> Sin embargo, la doctrina mayoritaria consideraba que dentro de dicho término -flagrancia- tendría cabida la persecución inmediata después de haberse cometido el delito;<sup>6</sup> asimismo, otro sector de la doctrina consideraba que el definir lo que era la flagrancia quedaba a lo que estableciera el legislador en los ordenamientos secundarios.<sup>7</sup> Desde mi punto de vista, el texto constitucional era muy claro; flagrancia significa flagrancia, como lo he definido, no cuasiflagrancia ni equiparación a flagrancia.<sup>8</sup> Dar un significado distinto a dicho término dejaba en estado de inseguridad jurídica a cualquier persona, toda vez que no sabría qué quiso decir el Constituyente.

5 En sentido similar, Hidalgo Riestra, Carlos, *Derecho procesal penal mexicano*, México, Gráfica Nueva, 1986, pp. 105 y ss.; Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford University Press, 2009, p. 209, desde mi punto de vista este autor se muestra dubitativo, ya que primero se manifiesta respetuoso del principio y posteriormente le da entrada al artículo previsto en la Ley adjetiva federal que contemplaba los distintos conceptos de flagrancia; este autor dice: “El término *flagrancia* tiene alcances limitados; con él se alude a un hecho específico: “FLAGRANTE DELITO. Denomínase así el delito que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba.” “...es sorprenderle en el mismo hecho, es decir, en el punto ó instante de la ejecución del delito; ...” Bajo este concepto no es admisible una detención que se haga en términos y forma diferentes. Eso es lo que va con el respeto a la libertad de una persona. ...En materia federal es el Art. 193 del *Código federal de procedimientos penales* el que lo determina. De conformidad con la ley habrá flagrancia cuando la detención se hace al momento en que el delito se está cometiendo, o inmediatamente después de ejecutado y es perseguido”.

6 Muñoz, Luis, *Comentarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Volumen II, México, Lex, 1947, p. 106; Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 615, para quien: “Por delito flagrante o *in flagranti* se entiende todo hecho delictivo cuya ejecución es sorprendida en el preciso momento de estarse realizando o en el supuesto de que su autor sea perseguido inmediatamente después de cometerlo”. Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, p. 61; Pérez Palma, Rafael, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal*, México, Cárdenas, 1980, p. 177; Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, 9ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 76.

7 Castillejos Escobar, Marcos: “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, en *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap*, México, INACIPE/Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000, p. 184. En sentido similar, no siendo muy clara su postura, toda vez que primero dice lo que es la flagrancia y después lo que establecen los ordenamientos procesales, sin decantarse por una postura sólida *vid.*, Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 20ª ed., Tomo I, México, Porrúa/UNAM, 2009, pp. 336, 337.

8 González Bustamante, Juan José, *Derecho procesal penal mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991, p. 118.

Ante los problemas que se presentaban en la práctica, toda vez que era rarísimo el caso en que a una persona se le detenía en flagrancia, tanto el legislador federal como los diversos locales, idearon lo que para ellos debía entenderse por flagrancia; siendo esto una clara violación al precepto constitucional y dejaba a los ciudadanos en Estado de indefensión al no saber qué significaba flagrancia.<sup>9</sup> En opinión del legislador federal, de conformidad con lo que establecía el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), por flagrancia se entendería:

- I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;*
  - II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente; o*
  - III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.*
- ...”

Así también, el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal (CPPDF) establece en su artículo 267, lo siguiente:

*“Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.*

*Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas*

<sup>9</sup> Castillejos Escobar, Marcos, "Garantías penales", en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LIX, No. 2, Mayo-Agosto, México, Porrúa, 1993, p. 15, para quien: "El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal nos habla de dos modalidades de flagrancia, en tanto que el Código Federal de Procedimientos Penales nos alude a tres modalidades de flagrancia".

*desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito. En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien alternativa.*  
...”

Lo anterior hacía que se viera una clara contradicción entre lo que establecía la CPEUM y lo que se reflejaba en las legislaciones secundarias.<sup>10</sup> Ya que la CPEUM únicamente hablaba de flagrancia y las legislaciones secundarias ampliaban dicho término a lo que se conoció como cuasiflagrancia y flagrancia equiparada. Sin embargo, un sector de la doctrina consideró esto adecuado y dijo que se hacía por extensión.” Desde mi punto de vista esto era un error, toda vez que se dejaba en estado de inseguridad jurídica a cualquier persona, al no saber con precisión el significado de dicho vocablo. Debe de quedar claro que al ser la Constitución para el pueblo, si cualquier persona la lee, le debe de quedar claro lo que ahí se dice y si cualquier persona entiende una cosa y las legislaciones secundarias entienden otra, es claro que estamos ante un problema. Pues bien, desde mi punto de vista ese problema se resuelve respetando lo que dice la CPEUM; esto es, dándole a dichos términos un significado coloquial; pero no un significado jurídico.

Debido a lo anteriormente dicho, el Constituyente permanente decidió modificar la Constitución en la reforma de 2008, y ahora ya no sólo habla de flagrancia, sino también de la persecución inmediata después de cometerse el hecho delictivo. El nuevo texto en el artículo 16 constitucional establece:

*“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más*

---

<sup>10</sup> Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, pp. 83 y ss., para quien: “El artículo 267, segundo párrafo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es inconstitucional, en términos del artículo 135 de la Carta Magna, porque pretende reformar los dictados constitucionales, ampliando por equiparación, la figura de la detención flagrante, al ordenar su duración, hasta por tres días, desde el momento en que se comete el delito”.

<sup>11</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, Tomo I, 4ª ed., México, Porrúa, 2000, p. 891.

*cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.*

Con la reforma se sustituye el término “delito flagrante” por la expresión “en el momento en que esté cometiendo un delito”, que es más apropiada, pero en realidad viene siendo lo mismo. Sin embargo, aunado a la expresión antes mencionada, ahora también dice: “o inmediatamente después de haberlo cometido”. Es la primera vez que en la Carta Magna se habla de lo que la doctrina conoce como cuasiflagrancia.<sup>12</sup> Lo que hace que se vea de forma clara que ahora sí, cualquier persona puede ser detenida en flagrancia o inmediatamente después de cometerse el hecho delictivo.

El problema ahora radica en determinar qué se entenderá por “inmediatamente después”. Y digo que es un problema, porque distintos Estados de la República Mexicana<sup>13</sup> ya comenzaron a establecer lo que

<sup>12</sup> García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 69.

<sup>13</sup> El Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua establece en su artículo 165:

“Se encuentra en situación de flagrancia respecto de un hecho delictivo, quien fuere sorprendido al cometerlo o fuere detenido inmediatamente después de la comisión del mismo, tomando en cuenta para ello el tiempo en que ocurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso, que permitan presumir, en base al señalamiento a los hechos, que la persona que se detiene, se encuentra involucrada en el delito. Para efecto del presente, se entenderá:

- I. La comisión del hecho delictivo, en relación con las formas de consumación del delito en los términos de los artículos 17 y 19 del Código Penal del Estado.
- II. Inmediatamente, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución del delito y el de la detención, el que podrá realizarse en minutos, horas o incluso días, según las circunstancias del caso, siempre y cuando no se hayan suspendido las actividades de investigación policial tendentes a la localización y detención del probable interviniente”.

En sentido similar está también el Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca, en donde el artículo 167 establece: “Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay delito flagrante cuando:

- I. La persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo;
- II. Inmediatamente después de cometerlo, es perseguido materialmente; e
- III. Inmediatamente después de cometerlo, la persona es señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito”.

En sentido similar también el Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California, en donde en su artículo 163 reza: “Supuestos de flagrancia. Se entiende que hay delito flagrante cuando el indiciado:

- I. Es detenido al momento de estar cometiendo el delito.
- II. Es perseguido materialmente después de haber cometido el delito.
- III. Es detenido inmediatamente después de haber cometido el delito en virtud de los siguientes supuestos:
  - a) Fue sorprendido en el momento de su comisión.
  - b) Fue señalado por alguna persona que presencié el hecho delictivo.
  - c) Se encuentre en su rango de disposición objetos materiales del delito u otros indicios o huellas del mismo, que hagan presumir que lo cometió o participó en el mismo”.

En sentido similar a los anteriores, el Código Procesal Penal del estado de Durango, en donde en su artículo 176 establece: “Supuestos de flagrancia. Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay delito flagrante cuando: la persona es sorprendida en el momento de estarlo cometiendo o inmediatamente después de cometerlo es perseguido materialmente, en virtud de que es señalado por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, y se le encuentren objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que acaba de intervenir en un delito”.

En sentido diverso y completamente apegado al precepto constitucional se puede observar el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, quien en su artículo 187 establece: “Existe flagrancia cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho delictivo, o bien, cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de ejecutarlo”.

para su Estado se entenderá por inmediatamente después; siendo esto claramente inconstitucional, porque una vez más pierden de vista que la CPEUM está hecha para el pueblo, y no pueden dar a las palabras un significado distinto del coloquial; ya que de lo contrario se requerirá para poder entender la CPEUM ser abogado, jurista, doctor, etc., no siendo esto posible, porque entonces dejan de tener efecto algunos de los principios constitucionales.

Lo que están haciendo los Estados, aparte de que está prohibido por la CPEUM, fue expresamente repudiado en el Dictamen de los diputados, cuando se dijo que se reprobaban los excesos en la regulación del concepto de flagrancia, al permitir la flagrancia equiparada.<sup>14</sup>

Gramaticalmente hablando, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, el término “*inmediatamente*” significa: “1. Sin interposición de otra cosa. 2. Ahora, al punto, al instante”. Como se puede ver, dicho término contiene dos acepciones, mismas que a mi juicio tienen cabida, y que en cualquier caso hacen referencia a que la persecución deberá de ser justo después de haberse cometido el delito; esto es, al instante. No pudiendo tener cabida otra interpretación, ya que de lo contrario devendrá inconstitucional.<sup>15</sup>

### III. EL CASO URGENTE

Cuando se habla del caso urgente, en materia penal, se hace referencia a un acto de índole administrativa, que ciertamente no es una orden de aprehensión;<sup>16</sup> es una orden de detención emitida por el Ministerio Público.

El caso urgente está previsto en el artículo 16 constitucional, este reza:

*<<Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder>>.*

<sup>14</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas. Cámara de diputados, 10 de diciembre de 2007.

<sup>15</sup> En sentido similar se manifestaron varios Magistrados, Vid., SCJN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, México, SCJN, 2008, pp. 6, 73, 74, 111, 112, 189, 242, 311.

<sup>16</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, p. 212.

Como se puede ver, el caso urgente es una orden de detención emitida por el Ministerio Público, que debe de cumplir con determinados requisitos. La duda es, ¿cuáles son esos requisitos? A eso me dedicaré en los siguientes puntos; sin embargo, es importante mencionar desde ahora, que si no se cumple con esos requisitos, la conducta del Ministerio Público además de no estar apegada a derecho podrá ser constitutiva de delito, amén de otro tipo de responsabilidades.<sup>17</sup>

Los requisitos para que se pueda dar el caso urgente son: que se trate de un delito grave, que exista riesgo de fuga y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial.

### 3.1 Delito grave

La calificación de lo que es un delito grave está prevista en los Ordenamientos adjetivos de los distintos Estados de la República Mexicana o del Ordenamiento federal.

En este sentido, el artículo 194 CFPP, contiene un catálogo en el que se establece qué delitos se consideran graves para efectos federales. El artículo 268 CPPDF señala cuáles son para el Distrito Federal los delitos que se consideran graves.

Por lo tanto es indispensable acudir a dichos ordenamientos para saber cuáles delitos son considerados graves, como primer requisito para saber si se puede dar un caso urgente.

### 3.2 Riesgo de fuga

El segundo de los requisitos para saber si se puede decretar un caso urgente es el riesgo de fuga.

El riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia debe de ser objetivo,<sup>18</sup> no caben apreciaciones de carácter

---

<sup>17</sup> Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, p. 216.

<sup>18</sup> Ovalle Favela, José, "Artículo 16", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo I, 9ª ed., México, Porrúa/UNAM, 1997, p. 180; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, Tomo I, México, Porrúa, 2005, p. 265.; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 408; PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, p. 19, para quienes: "..., no se debe dejar de considerar que tal apreciación ha de partir de la objetividad de dicha circunstancia, pues de otro modo se caería en una estimación arbitraria opuesta a una recta interpretación teleológica".

subjetivo.<sup>19</sup> Esto es, deberán de existir ciertos datos en la indagatoria que hagan presumir que el indiciado pueda abandonar la jurisdicción o el territorio. En caso contrario, podrían darse detenciones arbitrarias.<sup>20</sup>

Si bien ya dije lo que a mi juicio debe de comprender el término riesgo de fuga, es importante ver qué existe en los Ordenamientos adjetivos sobre dicho término. Así, el artículo 268 CPPDF determina lo que para el Distrito Federal se entiende como “riesgo fundado”; este reza:

*“Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia”.*

Obsérvese que existen varias formas de entender el “riesgo fundado”, muchas de las cuales son totalmente subjetivas; tal es el caso de: las circunstancias personales del inculpado, sus antecedentes penales, sus posibilidades de ocultarse. Respecto de las anteriores surgen las siguientes dudas, ¿cuáles pueden ser las circunstancias personales del inculpado?, ¿respecto de los antecedentes penales, qué a caso por haber cometido un delito con seguridad cometerás otro?, ¿esto no sería violatorio de la presunción de inocencia?, ¿las posibilidades de ocultarse? a qué se refiere esto último. Nótese como todo esto dependerá de la persona que trate de “fundamentar” el caso urgente. Con certeza se puede decir que esto es totalmente subjetivo. Desde mi punto de vista, el único criterio objetivo es el de ser *sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho*.

Es claro que no habrá riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, cuando existe vigilancia estrecha de la autoridad.<sup>21</sup>

---

19 Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 187; Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, p. 180; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, p. 265.

20 Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el poder judicial de la federación*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 419.

21 García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003, p. 27.

### 3.3 No se pueda acudir ante el Juez

El precepto constitucional establece “aparentemente” en forma de *numerus clausus* cuáles pueden ser las razones por las que el Ministerio Público no puede acudir ante la autoridad judicial. Estas son: por razón de la *hora, lugar o circunstancia*.

Es de suma importancia entender qué significa cada uno de estos términos para así desentrañar el sentido de lo que dijo o quiso decir el constituyente. Dependiendo del significado que se le dé a ciertos términos se verá el alcance que puede tener y las consecuencias. Es necesario decir desde este momento, que tanto la hora, como el lugar, son circunstancias,<sup>22</sup> por lo que la clave será determinar qué quiso decir el constituyente permanente con el término <<circunstancia>>.

Ahora bien, lo primero que hay que preguntarse es: ¿por qué o para qué debe de ocurrir el Ministerio Público ante la autoridad judicial? Lo lógico es pensar que deberá de ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.<sup>23</sup> No obstante que el párrafo constitucional en comento, ni ninguno, hacen mención a esto; la mayoría de las legislaciones secundarias han considerado, siguiendo el debate del constituyente original, que se acude al juez para solicitarle la orden de aprehensión. Esto es, en el artículo 193 BIS del CFPP, se captó perfectamente la idea del Constituyente permanente, y que era, que no se podía ocurrir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, para efectos de solicitar la orden de aprehensión,<sup>24</sup> tal como lo señalaron también varios miembros del Poder Judicial federal.<sup>25</sup>

22 En sentido similar, Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 188.

23 Ovalle Fabela, José, “Artículo 16”, p. 180; Lara Espinoza, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2005, p.190; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, p. 262; Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del Gobierno*, 2ª ed., México, EJA, 2005, p. 440.

24 En sentido similar, Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, p. 262. Así también lo dice, García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, p. 28, exactamente dijo: “c) Que “no sea posible ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”. En este punto, la norma constitucional quiso decir que cuando el Ministerio Público pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar de ésta un orden de aprehensión, lo hará precisamente así -conforme a la regla general del artículo 16 en materia de captura-, y sólo dispondrá por sí mismo la detención del sujeto cuando no sea posible ocurrir ante la autoridad judicial”.

25 SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, México, Poder Judicial de la federación, 1993, p. 34. Obsérvese como dijeron: “... , lo mismo acontece respecto de la detención ordenada por el Ministerio Público en casos de urgencia, en cuya hipótesis, para ratificar la detención del indiciado, se debe analizar si se cumplieron con los requisitos que establece el quinto párrafo del artículo 16 constitucional, o sea si se justificó que se está en presencia de las hipótesis de delito grave que así defina la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado se pudiera sustraer de la acción de la justicia, también se deberá examinar cuál fue la causa por la que el Ministerio Público no pudo ocurrir ante la autoridad judicial a pedirle su intervención para el libramiento de una orden de aprehensión, además como todo mandamiento de autoridad se examinará si se fundaron y motivaron las causas que generaron el proceder del órgano de investigación”.



Ahora bien, si eso es lo que se va a solicitar, el Ministerio Público, por lógica, deberá de tener acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; ya que de lo contrario no tendría sentido el que pueda ocurrir o no ante la autoridad judicial.<sup>26</sup>

No obstante lo anterior, en opinión de Arteaga Nava, “por la urgencia no se requiere que exista denuncia o querrela”.<sup>27</sup> No coincido con dicha postura, toda vez que si no existe denuncia o querrela, así como los otros requisitos, presupuestos de la acción penal, no tendría sentido acudir con un juez. Por lo que, para el caso urgente es requisito indispensable que exista una averiguación previa.<sup>28</sup>

De todo lo anterior se concluye, que para efectos del párrafo constitucional en comento, el Ministerio Público ocurre ante el juez para solicitarle la orden de aprehensión. Ahora bien, para solicitar esto el Ministerio Público debe ya tener integrada la averiguación previa en la cual realizó la investigación del delito, identificó al delincuente y concluyó el ejercicio de la acción penal. De no ser así, la detención tendría un fin meramente investigador que no es la ratio legis de la excepción; que es exclusivamente para que el indiciado no se sustraiga de la acción de la justicia.<sup>29</sup>

### 3.3.1 Hora

Cuando se habla de la “hora”, gramaticalmente hablando dicho término tiene varias acepciones, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española; sin embargo, a mi juicio, únicamente tendrán cabida, para efectos de este párrafo constitucional, las siguientes: “**1.** Tiempo que equivale a 60 minutos, es decir, 3600 segundos. Dos períodos consecutivos de 12 horas, o uno de 24, contadas desde las 12 del día, constituyen un día solar. **5.** Espacio de tiempo o momento determinado”.

Respecto de esta circunstancia, no hay que olvidar que hasta hace algunos años, en las principales ciudades de la República Mexicana, existían juzgados abiertos al público, normalmente entre las nueve de la mañana y las tres de la tarde, lo que provocaba que el Ministerio Público

26 Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, pp. 180, 181.

27 *Garantías individuales*, p. 212.

28 Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 187.

29 Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el poder judicial de la federación*, p. 419; Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, Tomo I, p. 365. En sentido similar, Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 187.

federal y/o local ordenara la detención de una persona, basándose en el supuesto de caso urgente,<sup>30</sup> toda vez que después de las tres de la tarde los juzgados estaban cerrados.

Actualmente, en las principales ciudades de la República Mexicana, existen juzgados de guardia, los cuales están disponibles las veinticuatro horas del día. Así también lo señalaron varios miembros del Poder Judicial federal y un sector de la doctrina cuando dijeron: "...en lo tocante a los federales, esta hipótesis difícilmente se actualizaría en aquellas ciudades en las que se encuentra un juzgado de Distrito en Turno, porque sea el titular o el secretario que designe para recibir la consignación, se encuentran pendientes de ello, sea en sus oficinas o si ocurre en altas horas de la madrugada, en el domicilio particular, respectivo".<sup>31</sup>

### 3.3.2 Lugar

Cuando se habla del "lugar", dicho término contiene varias acepciones de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española; sin embargo, a mi juicio únicamente se puede hacer referencia a las siguientes, para efectos del párrafo constitucional: "2. Sitio o paraje. 3. Ciudad, villa o aldea. 4. Población pequeña, menor que villa y mayor que aldea".

En opinión de Orozco Manjarrez, esta hipótesis nunca se podrá dar, es más la tilda de "falsa". Desde su óptica, en la actualidad se puede acudir a un juez en cuestión de minutos; aún en los lugares más apartados de la sierra o la selva, si hay un agente del Ministerio Público por ahí, también hay un juez. También opina, que la distancia que existe entre los lugares donde labora el Ministerio Público y los jueces, no son el problema; las ciudades cuentan con muy buenas comunicaciones para llegar de un extremo a otro en muy pocos minutos; incluso en la Ciudad de México.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Código federal de procedimientos penales comentado*, 6ª ed., México, Porrúa, 2001, p. 345.

<sup>31</sup> SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, p. 34, quienes textualmente dijeron: "En cuanto al requisito consistente en que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, en lo tocante a los tribunales federales, esta hipótesis difícilmente se actualizaría en aquellas ciudades en las que se encuentra un juzgado de Distrito en turno". Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, pp. 265, 266.

<sup>32</sup> Orozco Manjarrez, Benjamín, "Reforma al artículo 16 Constitucional", en *ARS IURIS. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, No. 11, México, 1994, p. 385.

Sobre esto no conviene olvidar lugares apartados de la sierra Chiapaneca o de la Oaxaqueña, en donde difícilmente se puede acudir a un juez. Lo que permite decir, que si bien las comunicaciones han tenido un avance muy importante y cada vez es más fácil la comunicación, no podemos dejar de reconocer que existen varias poblaciones de México en donde el acudir a donde está el juez es muy difícil.

### 3.3.3 Circunstancia

Cuando se habla de “circunstancia” de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, dicho término tiene varias acepciones; sin embargo, considero la única que tiene cabida, se refiere a: “1. Accidente de tiempo, lugar, modo, etc., que está unido a la sustancia de algún hecho o dicho”.

No obstante lo anterior, en opinión de un sector de la doctrina,<sup>33</sup> el término circunstancia corresponde a “requisito”, ya que entendido así dicho concepto, se puede decir que el Ministerio Público no podrá acudir ante la autoridad judicial por razón de la circunstancia, y ésta es “*el hecho de que nada tiene que hacer ante el juez puesto que no cuenta con elementos suficientes para ejercer la acción penal*”. En opinión de estos mismos, entendido de esa forma entonces la consecuencia será, que una vez que el indiciado haya sido detenido en cumplimiento de dicha orden y estando en presencia del Ministerio Público, éste primero deberá decretar la retención y posteriormente deberá de informarle acerca de las garantías del inculpado, previstas en el artículo 20 Constitucional, diversas fracciones; entonces el Ministerio Público contará con el término de 48 horas,<sup>34</sup> el cual podrá ser duplicado en caso de delincuencia organizada, para resolver su situación jurídica,

---

33 Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 13 ed., México, Porrúa, 2006, p. 23; Rabasa, Emilio O./Caballero, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, p. 76; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, pp. 392, 410; Orozco Manjarrez, Benjamín, “Reforma al artículo 16 Constitucional”, p. 387; García Ramírez, Sergio, “La Reforma Penal Constitucional de 1993”, en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, No. 3, Año LIX, septiembre-diciembre, México, Porrúa, 1993, p. 125, para quien: “La urgencia existe cuando “no sea posible ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”. En realidad, el verdadero problema reside en que no se puede ejercitar la acción porque no ha concluido la averiguación. Esto se interpretará, probablemente, como un obstáculo en virtud de la “circunstancia”, del mismo, “Procedimiento Penal Federal”, en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LX, No. 1, Enero-Abril, México, Porrúa. 1994, p. 156, del mismo, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, pp. 29, 30.

34 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, p. 617; Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 188; Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, p. 210.

para esto el Ministerio Público ordenara la retención, para de esa forma integrar la averiguación previa.<sup>35</sup>

No coincido con esta postura porque los antecedentes históricos son claros respecto de cuál era el fin del caso urgente y para qué. Aunado a lo anterior, al tomar dicho término como “requisito” no estaría en concordancia con el párrafo constitucional. Me explico.

Desde mi punto de vista, si fuera por un requisito, sí se podría ocurrir ante la autoridad judicial; lo que sucede es que no se deberá de ocurrir, porque no se encuentran satisfechos los requisitos para solicitar la orden de aprehensión. Nótese cómo respecto de las otras dos circunstancias, efectivamente no se puede acudir ante la autoridad judicial por la hora, porque los juzgados estaban cerrados, o por razón de lugar, porque se está en la sierra o en la selva y se hace muy difícil llegar a donde está un juez.

Otro sector de la doctrina<sup>36</sup> así como varios miembros del Poder Judicial federal,<sup>37</sup> y el Ministerio Público Federal,<sup>38</sup> consideran que dicho término debe entenderse como algo similar a los anteriores -hora o lugar-, ya que de lo contrario no tendría sentido el que no pudiera ocurrir ante la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de la hora, lugar o circunstancia. Coincido con este sector de la doctrina, ya que entendido de esta forma, entonces el término “circunstancia” no podrá ser entendido como <<requisito>>; sino que deberá de entenderse que los términos *hora y lugar*, fueron hechos *ad exemplum* y que la única

---

35 García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, p. 28; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, pp. 392, 407; Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, pp. 23, 24; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM/Porrúa/CNDH, 2005, p. 711.; Lara Espinoza, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, pp. 194 y ss., éste tratadista también es partidario de que en el término de las 48 horas en que supuestamente se le puede retener al inculcado en caso urgente, el Ministerio Público puede terminar la averiguación previa. Orozco Manjarrez, Benjamín, “Reforma al artículo 16 Constitucional”, p. 389.

36 Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, p. 180; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, p. 265.

37 SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, p. 36, en donde se dice: “...; otro requisito es que haya riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, además que exista imposibilidad para que el Ministerio Público pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, lo cual implica, en primer término, que no halla en el sitio donde se requiera, el Juez que pueda emitir un mandato de captura; en segundo lugar que por razón de la hora no se pueda localizar y finalmente cuando la Reforma Constitucional se refiere a circunstancia debe interpretarse como imposibilidad de consignar la averiguación al Juez por causa de fuerza mayor, pues en realidad lo que se pretende con la reforma es proteger debidamente los derechos del gobernado y evitar detenciones arbitrarias y prolongadas, ...”.

38 PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, p. 20, para quienes: “Aquí debe aclararse: en esta reforma se habla de “hora, lugar o circunstancia”; pero como la “hora o lugar” son circunstancias, precisamente de tiempo y de lugar, debe entenderse que se quiso decir “hora, lugar u otra circunstancia”.

forma de entender el término “circunstancia” es como *aquellos análogos a los específicamente mencionados*,<sup>39</sup> como sería el caso de estar en presencia de cualquier causa de fuerza mayor.<sup>40</sup>

Por lo tanto, desde mi punto de vista, se deberá de entender por *circunstancia*, *aquellos supuestos análogos a los específicamente mencionados* en el texto constitucional.

### 3.3.4 ¿Retención en caso urgente?

#### El dilema de las 48 horas constitucionales

Siguiendo lo que se ha comentado anteriormente, esto es, que para el caso urgente es necesario que se tenga acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, surge la duda: ¿se puede retener al indiciado, hasta por cuarenta y ocho horas, en estos casos?

Desde mi punto de vista, si ya están acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, *no tiene ningún sentido retener* al indiciado, para integrar la averiguación previa.<sup>41</sup> No obstante lo anterior, la doctrina mayoritaria,<sup>42</sup> así como el Ministerio Público Federal,<sup>43</sup> consideran que

39 En sentido similar, Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 409.

40 SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, p. 36.

41 *Vid.*, SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, p. 39, en donde se dijo: “En contrario al punto de vista anterior, la mayoría de los Magistrados y Jueces en las mesas 3 y 5, consideraron que aun cuando se concede facultad al ministerio Público para ordenar la detención de indiciados en casos urgentes, cuando se trata de delito grave y ante el riesgo fundado de que puedan sustraerse de la acción de la justicia, tiene como presupuesto que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y circunstancia, para solicitar la orden de captura, lo cual significa que el Ministerio Público ya tiene integrada una averiguación previa, en la cual realizó la investigación del delito y del delincuente, misma que concluyó y no puede presentarla ante el Juez por las razones anotadas, siendo así, es preciso determinar que cuando se dicte por el Ministerio Público orden de detención, por tratarse de un caso urgente y un delito grave, deberá poner al indiciado a disposición del Juez inmediatamente, para evitar como lo señala la exposición de motivos, que este tipo de detenciones se hagan con fines meramente investigatorios, o sea, que primero se detenga al indiciado y después se investigue, cuando el ideal del legislador fue, que al no poder ocurrir ante la autoridad judicial, el Ministerio Público procediera al dictado de la detención, pero exclusivamente para que el indiciado no se sustrajera de la acción de la justicia y fuera puesto de inmediato a disposición de su Juez, el cual en su oportunidad deberá calificar la legalidad de tal detención”.

42 Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, p. 24; Rabasa, Emilio O./Caballero, Gloria, *Mexicano: éste es tu Constitución*, p. 76; Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, p. 183; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, p. 269; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, p. 407; Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el poder judicial de la federación*, p. 420; Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, p. 145, para quien: “Al parecer, el supuesto que se analiza tiene lugar cuando se verifica cualquiera de las circunstancias de acuerdo con las cuales el Ministerio Público detiene a una persona (por flagrancia, en caso de urgencia o cuando la persona se presente voluntariamente ante el Ministerio Público). En estos supuestos, se puede entender que la Constitución le otorga un plazo al Ministerio Público para que pueda integrar debidamente la averiguación previa, a fin de que cuando acuda ante el juez poniendo a disposición al detenido, lo haga contando con todos los elementos necesarios para que la autoridad judicial pueda determinar su situación jurídica”. Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del Gobierno*, pp. 440, 441; Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, McGraw-Hill, 2001, p. 245.

43 PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, p. 21, para quienes: “..., el artículo 16 constitucional establece ahora un plazo, dentro del cual el Ministerio Público puede retener a una persona que ha sido detenida en las hipótesis de flagrancia o urgencia, previendo el párrafo séptimo del nuevo texto: ...”.

aún en casos urgentes el Ministerio Público puede retener al indiciado y ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

No coincido con la opinión antes mencionada, considero que si así se hace se estaría en presencia del delito de Abuso de autoridad, previsto en el artículo 215, fracción VII del Código Penal Federal (CPF). En el mismo orden de ideas, nótese como el artículo 193 BIS CFPP, no autoriza la retención del indiciado;<sup>44</sup> mientras que en el supuesto de flagrancia, previsto en el artículo 193 CFPP sí se establece expresamente.

Aunado a lo anterior, no existe fundamento constitucional alguno para que se pueda retener por 48 horas al indiciado cuando éste haya sido detenido por caso urgente. El texto constitucional dice:

*<<Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Toda abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal>>.*

Obsérvese como nunca dice que cuando se trate de caso urgente el Ministerio Público podrá retener al indiciado.<sup>45</sup>

Aunado a lo anterior, no tiene sentido que se pueda duplicar el término de las 48 horas constitucionales, cuando se trate de delincuencia organizada, si la(s) persona(s) fue detenida por caso urgente. No se puede olvidar que para que se pueda dar el caso urgente, se tiene que tener comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y no se puede acudir ante el juez por causa de fuerza mayor. Si así son las cosas, ¿qué efecto tiene o puede tener el que si se trata de delincuencia organizada se pueda duplicar la retención? En realidad ninguno, yo considero que la duplicidad fue pensada y hecha para el caso de la flagrancia.

De conformidad con lo anterior, los Ordenamientos que establezcan lo contrario deberán de ser declarados inconstitucionales, por contravenir lo que establece la CPEUM; como es el caso del artículo 268 BIS del CPPDF; este establece:

<sup>44</sup> Díaz de León, Marco Antonio, *Código federal de procedimientos penales comentado*, p. 345.

<sup>45</sup> En opinión de varios miembros del Poder Judicial Federal: "...; se estableció que lo anterior debe vincularse y examinarse conjuntamente con el séptimo párrafo, en el que de manera clara se indica que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial, el cual podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, sin que en dicho plazo se haga distinción respecto a la calidad de la detención". Vid, SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, p. 37.

*<<En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada a que se refiere el artículo 254 del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal.*

*Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagatoria continúe sin detenido.*

*El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley>>.*

Nótese como el artículo establece que en casos urgentes se podrá retener al indiciado hasta por 48 horas; y además dice que se podrá ordenar su ¡libertad!

Tal y como lo señaló Ovalle Favela, esta especie de detención tiene por objeto evitar la sustracción del indiciado de la acción de la justicia cuando se satisfagan las condiciones previstas en el párrafo quinto, pero no puede ni debe utilizarse para <<continuar o completar una averiguación>>, pues es evidente que esta no es su finalidad.<sup>46</sup>

### 3.4 Orden de detención. Fundada y motivada

Para el supuesto del caso urgente el Constituyente con una clara falta de técnica legislativa, estableció que: “...*, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, **fundando y expresando los indicios que motiven su proceder***”. Ahora bien, digo que con clara falta de técnica legislativa, ya que el artículo 16 Constitucional en su primer párrafo exige a cualquier autoridad que todos sus actos sean fundados y motivados;<sup>47</sup> por lo que la repetición es innecesaria.<sup>48</sup>

La motivación, en este caso, comprende la valoración de las pruebas que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable

<sup>46</sup> “Artículo 16”, p. 182. Sin embargo, el mismo tratadista, en su misma obra, más adelante -página 183- dice que el Ministerio Público cuenta con un término de 48 horas para consignar al detenido o para decretar la libertad. Desde mi punto de vista esto carece de sentido por las razones mencionadas en la parte superior del presente trabajo.

<sup>47</sup> Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, p. 63.

<sup>48</sup> Castillejos Escobar, Marcos, “Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997”, p. 185.

responsabilidad. La fundamentación específica expresamente menciona, que se debe de tratar de delito grave así calificado por la ley; que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y las circunstancias de hora, lugar o cualquier otra similar, que impidan al Ministerio Público acudir a la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Todos los requisitos deben de quedar plenamente acreditados; sin embargo, respecto del último de ellos, el Ministerio Público deberá acreditar sin lugar a dudas el por qué no pudo acudir ante la autoridad judicial; ya que de lo contrario, como sucede actualmente, queda al arbitrio de dicho órgano decidir si consigna el expediente solicitando la orden de aprehensión o si ordena en ese momento la detención.<sup>49</sup>

En cualquier caso deberá de quedar claro que el Ministerio Público deberá fundamentar y motivar su proceder, no porque el mismo párrafo lo diga; sino que deberá de hacerlo porque así lo establece el artículo 16 Constitucional párrafo primero. Como se puede ver, lo dicho en el párrafo relativo al caso urgente, es una repetición innecesaria, toda vez que ya está dicho en el párrafo primero del artículo 16 constitucional.

Algo debe de quedar bien claro, si la fundamentación o motivación no es razonablemente suficiente para originar la detención, sin vulnerar los derechos humanos del sujeto detenido, el Ministerio Público, podrá incurrir en responsabilidades administrativas, penales o civiles, según el caso.<sup>50</sup>

#### **IV. EL ARRAIGO: VIOLACIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS**

Otra de las formas a través de las cuales se puede detener a una persona en México es a través del arraigo.<sup>51</sup> El arraigo, gramaticalmente hablando, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, consiste en *no poder salir de un lugar determinado por orden judicial, bajo cierta pena.*<sup>52</sup>

---

49 Ovalle Favela, José, "Artículo 16", p. 181.

50 PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, p. 20.

51 Hernández Pliego, Julio, "Estado democrático de derecho y arraigo", en *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida académica*, México, INACIPE, 2008, p. 293.

52 El artículo 178 CPF, en su segundo párrafo establece: "Al que desobedeciere el mandato de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, dictados por autoridad judicial competente, se le impondrán de seis meses a dos años de prisión y de diez a doscientos días multa".



Para efectos jurídicos mexicanos, el arraigo puede ser de dos formas: 1) el que se decreta por ser miembro de la delincuencia organizada y 2) el que se decreta por tratarse de un delito grave, cuando no se es miembro de la delincuencia organizada. Cada uno de estos tiene ciertos requisitos muy particulares a los que me referiré a continuación.

La doctrina más autorizada se ha mostrado contraria a esta forma de detener a una persona por considerarla “una de las figuras aberrantes... entendido como verdadera detención anticipada”,<sup>53</sup> o también que “constituye uno de los más graves retrocesos y atentados en contra de la libertad de las personas”.<sup>54</sup>

El artículo 16 Constitucional establece:

“...  
*La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*  
...”

El artículo Décimo Primero, transitorio constitucional, establece:

*“En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.*

*Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia”.*

Como se puede apreciar, existen dos posibilidades, según el texto constitucional, de poder arraigar a una persona. La primera transcrita, se refiere al caso de los miembros de la delincuencia organizada, la segunda se refiere a delitos graves y puede ser local o federal.

53 García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, p. 71.

54 Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, p. 345.

En cualquier caso, para cualquier supuesto de arraigo, es necesario dejar en claro, que esta medida cautelar entra en franca contradicción con lo que se ha establecido en diversos tratados internacionales que México ha firmado y ratificado, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de San José de Costa Rica.<sup>55</sup>

Específicamente el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reza:

*“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe de ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.*

Asimismo, el artículo 7.5 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece:

*“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.*

Surge la duda, ¿puede un país dejar de cumplir con los pactos internacionales que firma y ratifica, todo porque modifica su ley suprema? Esto es, ¿por modificar la Constitución un país, puede dejar de reconocer los derechos humanos?

---

<sup>55</sup> Hernández Pliego, Julio, “Estado democrático de derecho y arraigo”, pp. 295 y ss. En sentido similar, SCJN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, p. 8, para quienes: “El arraigo en cuestión no será inconstitucional pues ahora ya está previsto en la Carta Magna; pero sí podría violar derechos humanos, por error o mala fe de la autoridad”. Distintos Magistrados dijeron: “El arraigo en cuestión no será inconstitucional pues está establecido en la Carta Magna; sin embargo, sí viola los derechos humanos establecidos en los convenios y pactos internacionales al respecto, pues no deja de ser un acto privativo de libertad”, *Vid.* SCJN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, p. 313.

#### **4.1 Art. 16 Constitucional: Supuesto de delincuencia organizada**

Requisito indispensable para este tipo de arraigo es ser miembro de la delincuencia organizada, y para saber quién puede ser miembro de la delincuencia organizada es necesario remitirnos a la *Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (LFCDO)*; en ésta se dice quién será considerado como miembro de la delincuencia organizada.<sup>56</sup>

Una vez que sabemos quién puede ser considerado miembro de la delincuencia organizada, es necesario conocer, que para este tipo de arraigo, cualquier Ministerio Público podrá solicitar el mismo; nótese como el texto constitucional no hace mención a algún Ministerio Público en particular. Además de lo anterior, la legislación secundaria es la que establecerá el lugar en donde se llevará a cabo el arraigo. Esto es, la legislación secundaria señalará las modalidades del lugar y tiempo para que sean autorizadas judicialmente.

El texto constitucional también establece que el arraigo se podrá decretar por cuarenta días. Sin embargo, dicho plazo podrá prorrogarse cuando el Ministerio Público acredite a la autoridad judicial, que subsisten las causas que dieron origen. En cualquier caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

En pocas palabras, en México, cualquier persona que sea acusada de ser miembro de la delincuencia organizada, podrá ser detenido hasta por 80 días, en lo que se investiga y se determina si a criterio del Ministerio Público federal cometió delito o no.

#### **4.2 Artículo décimo primero transitorio constitucional: Supuesto de delitos graves**

Contrario a lo que sucede para el caso del arraigo en delincuencia organizada, el arraigo en el otro supuesto, contiene requisitos fundamentales mencionados por el Constituyente permanente y que deberían de ser respetados por la legislación secundaria, cosa que no sucede.

Primero que nada, es necesario hacer mención, que un gran número de miembros del poder judicial federal se mostraron contrarios a este tipo de arraigo, dijeron: “En ninguna otra hipótesis debe aceptarse el

---

56 Cfr. Artículo 2 LFCDO.

arraigo, sólo en la de delincuencia organizada y con las sanciones consecuentes en caso de excesos, ya que el arraigo no deja de ser un acto privativo de la libertad personal”.<sup>57</sup>

No obstante lo anterior, el arraigo cuando no se trata de delincuencia organizada, únicamente podrá solicitarse hasta en tanto entra en vigor el sistema penal acusatorio, tal como lo dijo el Constituyente permanente; esto es, aquellos Estados en donde ya entró en vigor el sistema acusatorio, no podrá utilizar esta medida cautelar. No obstante lo anterior, en opinión de Félix Cárdenas “..., los futuros jueces de control, entre otros, están facultados para resolver sobre la concesión de “medidas cautelares”. Sucederá entonces que esta disposición abrirá la puerta para que el arraigo no sólo sea una figura limitada a la delincuencia organizada, sino que, por ser una medida cautelar de carácter personal, será posible realizar su solicitud para aquellos delitos respecto de los cuales se establezca su procedencia en los códigos de procedimientos penales que surgirán. Esta medida tendrá sustento constitucional pues aun cuando en otro apartado del propio artículo 16 de la Carta Magna se prevé de manera expresa que el arraigo sea para la delincuencia organizada, lo cierto es que dada su naturaleza de medida cautelar personal será posible su procedencia, fundamentado ello en este otro sustento constitucional, siempre y cuando así se prevea en los ordenamientos adjetivos estatales, como del Distrito Federal, que serán creados”.<sup>58</sup> No coincido con la postura del tratadista antes mencionado, interpretar dichos preceptos como lo indica Félix Cárdenas, deja sin sentido el arraigo previsto en el 16 constitucional y el previsto en el artículo transitorio.

Si desgraciadamente fue elevada a rango constitucional la figura del arraigo y ahí se establece en qué casos procederá esta medida cautelar y cuál será la vigencia de la misma, es absurdo decir que en cuanto acabe la vigencia de dicha norma, de todas formas se podrá seguir aplicando la misma, pero ahora como una medida cautelar prevista en la legislación secundaria. Esto es, si el Constituyente permanente dijo que hasta en tanto entraba en vigor el sistema penal acusatorio se podía solicitar el arraigo para determinados casos, lo lógico es pensar que una vez que

57 SCJN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas Abril-Mayo 2008*, p. 7.

58 “Algunas observaciones críticas a la futura Reforma Constitucional, con especial mención a la delincuencia organizada”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, Año 32, Número 32, México, 2008, pp. 276, 277.

entre en vigor el sistema penal acusatorio ya no se podrá solicitar el arraigo domiciliario, previsto en el artículo transitorio. Cualquier interpretación distinta es desconocer lo que dijo el Constituyente permanente.

El arraigo por delito grave, podrá ser solicitado únicamente por aquellos Ministerios Públicos que determine la ley, sean federales o locales, siempre y cuando en el Estado no haya entrado en vigor el sistema penal acusatorio;<sup>59</sup> esto es, no cualquier Ministerio Público podrá solicitar el arraigo, únicamente aquéllos que señale la ley.<sup>60</sup>

Este tipo de arraigo procederá cuando se trate de delitos graves, el plazo máximo será de cuarenta días y no se podrá prorrogar. Nótese la diferencia con el arraigo por delincuencia organizada, en donde se puede prorrogar por otros 40 días; esto es, 80 días detenido en lo que se investiga.

Este tipo de arraigo deberá de ser llevado en el domicilio; sin embargo, en la práctica, aun cuando la CPEUM establece que deberá de ser en el domicilio, la legislación secundaria hace caso omiso de esto y el arraigo se lleva a cabo en casas aseguradas, cuartos de hoteles, reclusorios administrativos, etc.<sup>61</sup> Un caso clarísimo al respecto es el previsto en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal,<sup>62</sup> que establece en su artículo 34 lo relativo a los centros de arraigo, estando esto prohibido por la CPEUM. El artículo antes mencionado reza:

*“El Centro de Arraigo es el lugar destinado para la permanencia, custodia y vigilancia de las personas contra quienes la autoridad judicial haya decretado la medida cautelar de arraigo, y para el cumplimiento de sus atribuciones, contará con la estructura siguiente:*

- I. Director Ejecutivo;*
- II. Unidad Ministerial de Supervisión y,*
- III. Personal pericial y policial”.*

Parece que no le queda claro al Jefe de Gobierno del Distrito Federal que el arraigo que permite la CPEUM hasta en tanto entra en vigor el sistema penal acusatorio, es el arraigo domiciliario, tal como se dijo en el artículo transitorio correspondiente. Una vez más es necesario decir

59 SCJN, *Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, p. 7.

60 Félix Cárdenas, Rodolfo, “Algunas observaciones críticas a la futura Reforma Constitucional, con especial mención a la delincuencia organizada”, pp. 275, 276.

61 En sentido similar, García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, pp. 72, 73; Ovalle Favela, José, “Artículo 16”, p. 344.

62 Publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 11 de febrero de 2010.

que la Constitución está hecha para el pueblo, y la palabra “domicilio”, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española significa

2. Lugar en que legalmente se considera establecido alguien para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos.

3. Casa en que alguien habita o se hospeda”. Por lo que, de conformidad con lo anterior, no se podrá entender por arraigo domiciliario, el que se lleva a cabo en un centro de arraigo de la Procuraduría, la que sea; toda vez que se estaría dando un significado distinto a las palabras, que no es el permitido por el Constituyente permanente. En pocas palabras, este artículo debe de ser tildado de inconstitucional.

#### 4.3 Figuras comunes de los arraigos:

##### **Éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos o riesgo de fuga**

Para cualquiera de los arraigos, esto es, sea el de delincuencia organizada o el previsto para delitos graves, deberá de existir alguno de los motivos que estableció el Constituyente permanente y que desde mi punto de vista deja a cualquier persona en estado de indefensión al no poder combatir los mismos, ya sea porque pueden ser subjetivos o porque se desconoce el significado de los mismos.<sup>63</sup> Veamos cuáles pueden ser:

- 1) **Que sea necesario para el éxito de la investigación.** Este requisito es totalmente subjetivo, y dependerá del Ministerio Público que lo solicite o del juez que resuelva.<sup>64</sup>
- 2) **Que se requiera para la protección de las personas o bienes jurídicos.** Cualquier funcionario público puede manifestar que a su juicio es indispensable se conceda el arraigo porque es necesario para proteger a determinadas personas; esto es, dicho requisito es totalmente subjetivo. El peor de los requisitos es el que hace mención al *bien jurídico*, y digo que es el peor, porque hasta la fecha nadie sabe qué es el bien jurídico, cuáles son los bienes jurídicos; note el lector como el bien jurídico dependerá del autor que se lea. Esto es, existirán tantos bienes jurídicos como autores o jueces hayan. El concepto de bien jurídico es lo más ambiguo que existe.

<sup>63</sup> En sentido similar, García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, p. 74.

<sup>64</sup> García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, p. 74.

**3) Que exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.** Este requisito podemos decir que también podrá ser lo más subjetivo que exista, toda vez que el *riesgo fundado* dependerá del funcionario público; puede suceder que lo que para uno sea riesgo fundado para otro no lo sea. De dicho término lo último que me resta decir es, que para muestra un botón; esta frase es la misma que se utilizó y utiliza para el caso urgente, en donde a través de los años se ha visto que es un cajón de sastre en donde tendrá cabida lo que se desee. La clave está en dilucidar qué se debe de entender por riesgo fundado, y tal y como ya lo dije en el punto 3.2, el riesgo debe de ser objetivo, esto es, deberán de existir ciertos datos en la indagatoria que hagan presumir que el indiciado puede abandonar la jurisdicción o el territorio.

Como se puede apreciar, será muy sencillo que se otorgue un arraigo; sin embargo, será complicadísimo para el inculpado, desacreditar los elementos subjetivos mencionados anteriormente, toda vez, que en la mayoría de los casos serán meras apreciaciones del funcionario, sin sustento fáctico alguno; lo que hace que se vea un claro desequilibrio entre las partes, mismo que provoca una clara violación a la garantía de debido proceso legal, prevista en el artículo 14 constitucional, segundo párrafo.

## V. CONCLUSIONES

PRIMERA. Actualmente en México, cualquier persona puede ser detenida por cualquier persona cuando se diga que se está en presencia de flagrancia o inmediatamente después de cometerse el delito.

SEGUNDA. Los Ordenamientos secundarios no podrán dar una definición de lo que para cada Estado debe de entenderse por “inmediatamente después”, para el caso del párrafo constitucional que regula la detención por flagrancia o inmediatamente después. Deberán apegarse a lo que dice el texto constitucional así como a lo que se desprenda de la interpretación teleológica del mismo. Cualquier interpretación distinta deberá de ser declarada inconstitucional por ir más allá de lo que permite la Carta Magna.

TERCERA. El supuesto de caso urgente, previsto en el artículo 16 constitucional, faculta al Ministerio Público a detener a algunos indiciados, pero en cualquier caso para que proceda dicha detención, la autoridad deberá de tener acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y deberá de demostrar la razón por la que no acudió ante la autoridad judicial. No pudiendo utilizarse dicho caso urgente, para continuar o completar una averiguación previa. De la teleología del precepto constitucional, así como de la interpretación sistemática del mismo, se desprende que por este supuesto en ningún caso persona alguna podrá ser retenida por el Ministerio Público por 48 horas o más.

CUARTA. La nueva forma -"legal"- de detener en este país, llamada arraigo es violatoria de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que México firmó y ratificó. Varios de los elementos que se señalan para que proceda la orden de arraigo son totalmente subjetivos y dejan a cualquier persona en estado de indefensión, demostrándose un desequilibrio entre las partes, lo que hace que se vea una clara violación a la garantía de debido proceso legal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford University Press, 2009.

Barragán Salvaterra, Carlos, *Derecho procesal penal*, México, McGraw-Hill, 2001.

Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32ª ed., México, Porrúa, 2000.

Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM/ Porrúa/CNDHM, 2005.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa/UNAM/CNDHM, 2007.

Castillejos Escobar, Marcos: "Comentarios al artículo 16 Constitucional, reformado en 1997", en *Homenaje al Maestro Celestino Porte Petit Candaudap*, México, INACIPE/Academia Mexicana de Ciencias Penales, 2000.



“Garantías penales”, en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LIX, No. 2, Mayo-Agosto, México, Porrúa, 1993.

Castro, Juventino V., *Garantías y amparo*, 14ª ed., México, Porrúa, 2006.

Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 19ª ed., México, Porrúa, 2006.

Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, México, Miguel Ángel Porrúa/UNAM, 2006.

Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del Gobernado*, 2ª ed., México, EJA, 2005.

Díaz de León, Marco Antonio, *Diccionario de Derecho procesal penal*, Tomo I, 4ª ed., México, Porrúa, 2000.

*Código federal de procedimientos penales comentado*, 6ª ed., México, Porrúa, 2001.

Félix Cárdenas, Rodolfo, “Algunas observaciones críticas a la futura Reforma Constitucional, con especial mención a la delincuencia organizada”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, Año 32, Número 32, México, 2008.

García Ramírez, Sergio, *El nuevo procedimiento penal mexicano. Las reformas de 1993-2000*, 4ª ed., México, Porrúa, 2003.

*La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2ª ed., México, Porrúa, 2009.

“La Reforma Penal Constitucional de 1993”, en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, No. 3, Año LIX, septiembre-diciembre, México, Porrúa, 1993.

“Procedimiento Penal Federal”, en *Criminalia. Academia Mexicana de Ciencias Penales*, Año LX, No. 1, Enero-Abril, México, Porrúa. 1994.

González Bustamante, Juan José, *Derecho procesal penal mexicano*, 10ª ed., México, Porrúa, 1991.

- Hernández Pliego, Julio, "Estado democrático de derecho y arraigo", en *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán. 50 años de vida académica*, México, INACIPE, 2008.
- Hidalgo Riestra, Carlos, *Derecho procesal penal mexicano*, México, Gráfica Nueva, 1986.
- Lara Espinoza, Saúl, *Las garantías constitucionales en materia penal*, 3ª ed., México, Porrúa, 2005.
- Mancilla Ovando, Jorge Alberto, *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal*, 9ª ed., México, Porrúa, 2000.
- Muñoz, Luis, *Comentarios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Volumen II, México, Lex, 1947.
- Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal. Teoría y práctica*, Tomo I, México, Porrúa, 2005.
- Orozco Manjarrez, Benjamín, "Reforma al artículo 16 Constitucional", en *ARS IURIS. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, No. 11, México, 1994.
- Ovalle Favela, José, "Artículo 16", en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 20ª ed., Tomo I, México, Porrúa/UNAM, 2009.
- "Artículo 16", en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, Tomo I, 9ª ed., México, Porrúa/UNAM, 1997,
- Pérez Palma, Rafael, *Fundamentos constitucionales del procedimiento penal*, México, Cárdenas, 1980.
- PGR, *Instructivo 2/93 del C. Procurador General de la República. Documentos Institucionales*, No. 14, México, PGR, 1993.
- Rabasa, Emilio O./Caballero, Gloria, *Mexicano: ésta es tu Constitución*, 9ª ed., México, Miguel Ángel Porrúa/Cámara de Diputados, 1994.

Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México. Su interpretación por el poder judicial de la federación*, 3ª ed., México, Porrúa, 2004.

SCJN, *Comentarios a las Reformas Constitucionales en Materia Penal. Mesas Redondas de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito. Palacio de Justicia Federal, 11 y 12 de Octubre de 1993*, México, Poder Judicial de la federación, 1993.

*Comentarios a la Reforma Constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, México, SCJN, 2008.

Zamora-Pierce, Jesús, *Garantías y proceso penal*, 13 ed., México, Porrúa, 2006.



**RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN  
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL  
EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL 2008\***

---

**DR. MOISÉS MORENO H.<sup>2\*</sup>**

**1\*** Con el nombre de *“Impactos de las Reformas Constitucionales de 2008”*, parte de este trabajo fue incluido en una publicación especial que ha editado El Colegio de Veracruz, 2009.

**2\*** Director General de Estudios y Proyectos Normativos de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación.



## **SUMARIO**

- I.** Origen, objetivos y orientación de la Reforma Constitucional.
1. El proceso legislativo en materia de justicia penal y de seguimiento político.
  2. Objetivos de la Reforma Constitucional y medidas para alcanzarlos.
  3. Orientación filosófico-política de la reforma de 2008.
  4. Actitudes a favor y en contra de la reforma.
- II.** Algunas implicaciones de la Reforma Constitucional.
1. Implicaciones al interior del propio sistema de justicia penal.
  2. El nuevo rol del Ministerio Público en el sistema procesal penal acusatorio.
  3. Implicaciones con relación a los requisitos para la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso.
  4. Implicaciones de la Reforma Constitucional en materia de juicios orales.
  5. Necesidad de unificar o armonizar la legislación procesal penal
- III.** Otros retos concretos en la implementación de las Reformas Constitucionales en materia de justicia penal.
1. Gradualidad de la implementación de las reformas e instancia de coordinación.
  2. Criterios que deben ambientar la implementación de la Reforma Constitucional.



---

## I. ORIGEN, OBJETIVOS Y ORIENTACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### 1. El proceso legislativo en materia de justicia penal y de seguridad pública

a) Después de una intensa actividad legislativa que se manifestó durante 2007 y parte de 2008, cuyo propósito fue lograr una reforma de fondo al *sistema de justicia penal y de seguridad pública* en nuestro país, llegó finalmente el momento en que el constituyente permanente aprobó un importante y amplio paquete de Reformas Constitucionales en esta materia, que fueron publicadas en el Diario de la Federación del 18 de junio de 2008, con las que se precisaron las bases que deben orientar al sistema procesal penal mexicano. No obstante que en dicho proceso existió consenso sobre la necesidad de la reforma, también hubo ciertos desacuerdos respecto de la *forma* de hacerla para lograr sus objetivos tanto en el ámbito de la justicia penal como en el de seguridad pública.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Ciertamente, como se recordará, después del intenso trabajo de análisis y discusiones, tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores dictaminaron en el mes de diciembre de 2007 las Reformas Constitucionales en materia de justicia penal y de seguridad pública. Pero, toda vez que el Senado de la República hizo dos modificaciones al dictamen aprobado por la Cámara de Diputados en diciembre de 2007, dicho dictamen fue devuelto a ésta, la que en el mes de enero de 2008 las volvió a dictaminar, aprobando una de las modificaciones que tenía que ver con la facultad del Ministerio Público de la Federación de tener acceso a la información financiera (a. 16 c.) y suprimiendo el párrafo propuesto del artículo 16 constitucional que permitía el allanamiento del domicilio por parte de la policía sin necesidad de orden de autoridad judicial; todo lo cual motivó que el dictamen volviera nuevamente al Senado, el que finalmente lo aprobó el 28 de febrero de 2008. Una vez ello, las reformas aprobadas por las dos Cámaras pasaron a las Legislaturas de los Estados para continuar el proceso legislativo, donde igualmente alcanzaron la mitad de aprobaciones; por lo que, después de ello fueron publicadas y empezaron a entrar en vigor en los términos de los artículos transitorios del propio decreto.

Por esa razón, y porque en las propuestas hubieron diferentes enfoques e intereses<sup>2</sup>, la reforma finalmente aprobada no logró mantener la coherencia que toda Reforma Constitucional debe tener, pues en ella se observa la concurrencia de diversos criterios político-criminales. Es decir, a pesar de haberse logrado cierto consenso, sobre todo entre las diversas fuerzas políticas, para la aprobación de la amplia reforma a la Constitución Política en la materia, no pudo evitarse que al lado de muy importantes y valiosas reformas tuviesen que coexistir otras que definitivamente justifican su cuestionamiento o su rechazo.

En efecto, como es sabido, las reformas en cuestión no tuvieron un origen único sino fueron el producto de diversas propuestas, provenientes tanto de legisladores como del propio Ejecutivo Federal; así, la presentada en la Cámara de Diputados en diciembre de 2006<sup>3</sup>; la presentada ante el Senado de la República el 9 de marzo de 2007 por el Presidente de la República<sup>4</sup>; la presentada por legisladores del PRD, PT y Convergencia en abril de 2007; la del PRD presentada ante la Cámara de Diputados en octubre de 2007, entre otras<sup>5</sup>; todas ellas planteando reformas a diversas disposiciones de la Constitución Política, de las que sin duda ocupan un lugar preponderante las relativas al *sistema procesal penal acusatorio y oral*.

b) Asimismo, habrá que destacar que en la elaboración de los diversos proyectos de iniciativa hubo una amplia participación de distintos organismos públicos (como INACIPE, IJ-UNAM, ITAM, CIDE, entre otros) y de la propia sociedad civil (como Red Nacional a favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso, Academia Mexicana de Ciencias Penales, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, CEPOLCRIM, Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Barra Mexicana Colegio de Abogados, RENACE, entre otros); pero igualmente habrá que reconocer que en este proceso de reforma ha habido una destacada participación de organismos internacionales, como USAID, PRODERECHO, CEJA, Fundación Konrad Adenauer,

---

2 Recuérdese que, además de la iniciativa enviada al Congreso de la Unión por el Ejecutivo Federal (del 9 de marzo de 2007), hubieron iniciativas con diferentes alcances.

3 Que realmente fue elaborada por organismos de la sociedad civil, como la *Red Nacional a Favor de los Juicios Orales*, pero que algunos legisladores, como el Diputado César Camacho Quiroz, hicieron suyo.

4 Que no contenía propuestas de reformas que plantearan un cambio al sistema procesal penal o la implantación de los juicios orales, sino únicamente reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 21, 22, 73, entre otros, que tienen que ver más con mecanismos para enfrentar a la delincuencia organizada.

5 Que hicieron un total de alrededor de ocho diversas iniciativas.



entre otros. Y no hay duda que cada uno de ellos lo hizo desde sus respectivos enfoques y perspectivas, intereses y motivaciones, si bien es innegable la presencia de ciertos objetivos comunes, que son los que finalmente, después de arduas discusiones entre los representantes de diversos sectores, permitieron lograr cierto consenso en torno a un documento que concentró las variadas propuestas, no obstante que ello revelaba la dificultad de mantener la coherencia exigida en toda Reforma Constitucional.

Pero es precisamente esa diversidad de origen y esa concurrencia de distintos puntos de vista, en la que participaron tanto organismos públicos como de la sociedad civil, lo que permitió que las reformas sean igualmente producto de enfoques y planteamientos, así como de motivaciones e intereses distintos, en cuyas deliberaciones pudo finalmente imponerse el interés común de mejorar el actual sistema, para que responda de mejor manera a las expectativas de la sociedad.

c) Lo anterior pone en evidencia que en el citado proceso de reforma se observó un amplio consenso en los distintos sectores públicos y sociales sobre la necesidad de transformar el sistema vigente, debido a sus pocos rendimientos frente a las expectativas de la sociedad. Y si bien igualmente se puso de manifiesto la conveniencia de lograr acuerdos sobre la *forma* de hacerlo, finalmente pudo lograrse al conjuntar el interés de los diversos actores con el superior interés común. Sin embargo, a pesar de haberse logrado el mayor consenso para la aprobación de la amplia Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, que ahora se procura implementar, no puede negarse la existencia de opiniones diversas e incluso encontradas en torno a las mismas y con relación a las mejores formas y prácticas para su implementación.

Pero es precisamente esa diversidad de origen y la concurrencia de distintos puntos de vista, en la que participaron tanto organismos públicos como de la sociedad civil, lo que permitió que las reformas sean igualmente producto de enfoques y planteamientos diversos, así como de motivaciones e intereses distintos, en cuyas deliberaciones pudo finalmente imponerse el interés común de superar el actual sistema para que responda de mejor manera a las expectativas de la sociedad. De esa manera, al conjuntarse diversas iniciativas, resultaron las reformas a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que finalmente fueron aprobadas y publicadas en el DOF del 18 de junio de 2008.

## 2. Objetivos de la Reforma Constitucional y medidas para alcanzarlos

a) De las citadas Reformas Constitucionales a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123, algunas impactan al sistema de justicia penal y otras al de seguridad pública, y entre sus *objetivos* importantes destacan los siguientes:

- Sentar las bases constitucionales para aplicar un *nuevo modelo* de justicia penal en el país;
- Fortalecer el *sistema procesal acusatorio*, superando los rasgos inquisitivos y precisando los principios fundamentales en que debe sustentarse;
- Implantar los *juicios orales*, para darle a los procesos mayor transparencia y recuperar la credibilidad del sistema penal;
- Plasmar *los derechos del imputado*, que habrán de desarrollarse en la legislación procesal penal;
- Ampliar los *derechos de la víctima o del ofendido* del delito, así como precisar su nuevo rol en el proceso;
- Analizar los procedimientos penales, elevar la capacidad de investigación, abatir la impunidad y dar certeza al procedimiento;
- Establecer nuevas formas y reglas de investigación de los delitos por parte del Ministerio Público y la policía;
- Precisar la relación de investigación entre el Ministerio Público y la policía;
- Enfrentar el *crimen organizado* con todas las fortalezas del Estado;
- Promover *mecanismos alternos* de solución de conflictos;
- Revisar y actualizar el *Sistema Nacional de Seguridad Pública*;
- Certificar a los miembros de las corporaciones policíacas, para mejorar la calidad del servicio; entre otros.

b) Para lograr los objetivos anteriormente señalados, se ha tenido que reformar 10 artículos de la Constitución y se ha introducido una gran diversidad de *criterios y medidas* que, sin duda, repercutirán para transformar el sistema de justicia penal y seguridad pública, entre las que destacan las siguientes:

- Bases y principios del *sistema procesal acusatorio*;
- Bases para la implantación y desarrollo de los *juicios orales*;
- Se amplían los *derechos del imputado*;

- Se amplían los *derechos de la víctima* o del ofendido del delito;
- Se define la *flagrancia* y se suprime la flagrancia equiparada;
- Se regula el *arraigo* para casos de delincuencia organizada;
- Se define constitucionalmente lo que es *delincuencia organizada*;
- Se prevén las *grabaciones privadas* como medio de prueba;
- Se restringen los convenios de *cambio de prisiones* en caso de delincuencia organizada;
- Se prevén *centros especiales* para la prisión preventiva en caso de delincuencia organizada;
- Se atribuye a toda policía la facultad de realizar investigaciones de los delitos, bajo la conducción del Ministerio Público;
- Se prevé que, además del Ministerio Público, también un particular pueda ejercer la acción penal;
- Se prevén los principios que deben orientar al Sistema Nacional de Seguridad Pública y se establece homologar procesos de selección del personal de los cuerpos policiales;
- Se introduce el principio de *proporcionalidad* de las penas;
- Se prevé el procedimiento de *extinción de dominio* a favor del Estado;
- Se le otorga al Congreso de la Unión la facultad de legislar en materia de delincuencia organizada, así como sobre bases de coordinación entre las instituciones de seguridad pública;
- Se otorga a los Presidentes Municipales la facultad de tener el mando sobre la policía preventiva; entre otras.

### 3. Orientación filosófico-política de la reforma de 2008

a) De acuerdo con lo señalado tanto en la Exposición de Motivos como en el Dictamen legislativo, así como con ciertos contenidos de la Reforma Constitucional, puede afirmarse, en términos generales, que la reforma no responde a una definida y única *orientación filosófico-política*, sobre todo si se toma en cuenta que parte de ella tiene que ver con el sistema de justicia penal y otra parte sólo responde a exigencias de seguridad pública. Por ello, algunas veces parece responder claramente a los objetivos del sistema penal de un *Estado democrático de Derecho*, sobre todo con relación a las reformas que tienen que ver con el sistema procesal acusatorio, y otras veces parece adoptar una tendencia opuesta,

cuando de medidas frente a la delincuencia organizada se trata. Pero, si se hace un balance objetivo de las distintas reformas<sup>6</sup>, puede afirmarse que prevalece la tendencia que procura garantizar una mayor observancia de los derechos humanos, no sólo del inculpado sino también de la víctima o del ofendido del delito, es decir, la tendencia de corte *liberal y democrático*, en tanto que se plasman ciertos criterios y principios característicos del sistema penal de este tipo de Estado, que tienen la pretensión de limitar el ejercicio del poder penal para evitar que derechos humanos sean afectados durante la actuación ministerial o policial o durante el desarrollo del proceso. Ciertas medidas, en cambio, si bien tienen el propósito de responder a exigencias de seguridad pública y, por ello, a las aspiraciones o expectativas de la colectividad de contar con mecanismos para enfrentar eficazmente la delincuencia y combatir la impunidad, ellas no parecen tener la capacidad de garantizar ese objetivo.<sup>7</sup>

Pero, por tratarse de reformas que afectan tanto aspectos del sistema de justicia penal como de seguridad pública y, por tanto, que en principio tienen objetivos diferentes pero convergentes, la valoración no puede generalizarse en el sentido de que todas son negativas y, por ello, deben ser rechazadas, sino que deben ser objeto de un detenido análisis, para determinar con mayor precisión, por una parte, la vinculación ideológica de cada una de ellas y, por otra, las implicaciones prácticas o los impactos que tendrán una vez que sean implementadas y, en su caso, señalar aquellos aspectos que estén necesitados de cambios para evitar consecuencias negativas o contraproducentes. Es decir, habrá que aplicar los antídotos necesarios para neutralizar las “gotas de veneno” que le cayeron y evitar que todo el sistema se contamine; mucho de lo cual dependerá de los criterios que se sigan para su implementación; por lo que, habrá que precisar los criterios que orientarán la *implementación* de dichas reformas, partiendo de la base de que ella necesariamente debe ser *gradual y coherente*.

6 A diferencia de lo que podría decirse con relación a la propuesta de reformas en el ámbito propio de la seguridad pública vinculada con la delincuencia organizada, si se la ve por separado antes de su dictamen final, donde es claro que tiene mayor peso la tendencia que procura un mayor endurecimiento de las medidas penales y mayor flexibilización de ciertas medidas político-criminales que, al permitir una actuación ministerial o policial menos limitada, pueden posibilitar vulneración de garantías constitucionales en aras de la eficacia.

7 Eso es precisamente lo que sucede con ciertas medidas propuestas en la iniciativa presidencial para enfrentar a la delincuencia organizada; por ello, algunas fueron rechazadas por los legisladores y otras fueron modificadas, atenuando sus efectos indeseables. Lo anterior fue necesario, pues es evidente en la propuesta de reforma la idea de un mayor endurecimiento del sistema y de una mayor flexibilidad en cuanto a exigencias legales para ciertas formas de actuación policial o ministerial. Además, como se ha dicho, también es evidente que ese mayor endurecimiento o flexibilización de ninguna manera garantiza una actuación más eficaz frente a la delincuencia.

b) Por otra parte, si se atiende a los motivos y a ciertos contenidos de la reforma en materia penal, hay evidencias para afirmar que ella también tiene el propósito de sustentarse en la idea de que el Derecho penal debe ser el *último recurso* del Estado para la solución de conflictos, aún cuando ella pudiera parecer contraria a la idea del endurecimiento de las medidas penales que por otra parte se observa<sup>8</sup>. En efecto, al lado de todo lo que implica la reforma al sistema procesal penal, de hacerlo más acusatorio y de establecer los juicios orales, o al lado de ciertas medidas claramente cuestionables, como las que tratan de darle mayores potestades a la policía, ahora se prevé el uso de “*mecanismos alternativos de solución de controversias*”, por considerar que, para los fines de la justicia, “resultan más apropiados que la imposición de una pena de prisión”; además, según se afirma, constituye una “forma de despresurizar el sistema judicial y de lograr justicia pronta, completa e imparcial en tiempos breves, lo que generará satisfacción a la sociedad y a las víctimas”.

Ciertamente, podría decirse que la idea de utilizar *mecanismos alternos de solución* en vez de los meramente represivos, se compagina con la idea del *principio de intervención mínima* del Derecho penal; por lo que, así planteada la reforma, no puede sino haber simpatía por ella. Sin embargo, es necesario que los alcances de estos mecanismos se precisen en la legislación secundaria, para que su uso efectivamente resulte coherente con la idea de *despresurizar* el sistema de justicia penal, y coherente con los objetivos del resto de las reformas penales. Esos alcances podrían llevar a que, antes de convertir un conflicto en problema penal, previamente se dieran soluciones alternativas, lo que podría traducirse prioritariamente en una despresurización de la legislación penal, en lugar de primero convertir el problema en penal -al llevarlo al ámbito de la legislación penal- y luego tratar de buscar una solución no penal. Lo anterior quiere decir que de las Reformas Constitucionales se pueden derivar importantes implicaciones para la reforma a la *legislación penal sustantiva*, que también es necesario empezar a diseñar.

---

<sup>8</sup> O contraria a la tendencia que hasta ahora se ha seguido, de que frente a cualquier conflicto casi siempre se acude a la medida penal para atenderlo.

#### 4. Actitudes a favor y en contra de la reforma

a) Ahora bien, a pesar de haberse logrado el mayor consenso para la aprobación de la amplia Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública que ahora se comenta, no puede negarse la existencia de opiniones diversas e incluso encontradas en torno a la misma y con relación a las mejores formas y prácticas para su implementación.

En efecto, como sucede con toda obra humana -y las Reformas Constitucionales incuestionablemente son una obra humana, aún cuando a veces el legislador piense poseer un poder *omnipotente*-, que no siempre satisface a todos, lo mismo acontece con relación a estas Reformas Constitucionales en materia de justicia penal y seguridad pública, pues en torno a ellas hubieron y siguen habiendo opiniones muy diversas: desde aquéllas que las han defendido apasionadamente y han visto en las mismas casi la “salvación de la patria”, por considerar que garantizan un “mayor respeto a los derechos humanos”, es decir, por su carácter “*garantista*”, hasta las que las han denostado sin concesiones por considerar que “violan garantías que costaron sangre al pueblo mexicano”. Se trata, pues, de visiones encontradas: mientras que *unos* piensan que con la reforma a la Constitución “México ya no será un país inquisitorial”, y que ahora habrá un mayor respeto a los derechos humanos tanto del imputado como de la víctima, por los criterios y principios que se introducen en el sistema procesal penal, además de que “se erradicará la opacidad y la corrupción en el proceso penal” y éste será más dinámico y transparente; *otros*, en cambio, consideran que ella es una reforma “*draconiana*”, “irracional”, “peligrosa” y “absurda”, con la que “se avala la arbitrariedad policíaca”, ya que “abre una enorme brecha de discrecionalidad para las fuerzas de seguridad”, habiendo incluso quienes ven en ella la presencia del “*derecho penal del enemigo*”<sup>9</sup>

b) La diversidad de actitudes y de opiniones frente a toda reforma de este tipo es normal y, por ello, no es nada nuevo. Pero, es de observarse que algunas de estas diversas opiniones, que sin duda obedecen al

---

<sup>9</sup> Véase, sobre esto, por ejemplo, las opiniones vertidas en torno a la Iniciativa en el Foro “*La Reforma Penal en México. Análisis, críticas y perspectivas*”, en Sistema Penal, edición especial, agosto 2007; Revista editada por el Instituto de Formación Profesional de la PGJDF; así como opiniones aparecidas en diversas revistas especializadas y en medios de comunicación desde entonces.

ángulo o a la perspectiva desde la que se vean las reformas que se comentan, se han expresado cuando las propuestas de reforma se encontraban en proceso de análisis y discusión en el ámbito del poder legislativo, de donde varias de las que eran objeto de cuestionamientos fueron ampliamente modificadas. Otras no hacen distinción de las mismas sino que generalizan la caracterización a todas las reformas, siendo evidente que, como se ha dicho, hay reformas que son importantes y valiosas<sup>10</sup>, mientras que otras lo son menos, y al lado de las cuales existen otras que definitivamente no lo son, o que lo único que pueden lograr es ampliar las brechas de la discrecionalidad y de la arbitrariedad y, por ende, reducir los ámbitos de las libertades humanas<sup>11</sup>. Es decir, la caracterización de ellas debe ser diferenciada y no mantenerse sólo en alguno de esos extremos, pues habrá que reconocer que las reformas en cuestión tienen luces y sombras, fuerzas y debilidades, y que es necesario diferenciar unas de otras.

Por ello, partiendo de la base de que ninguna reforma surge perfecta y que, por tanto, siempre es *perfectible*, resulta oportuno reconocer las deficiencias o incongruencias que ella puede contener para superarlas; y también es oportuno sugerir que ellas puedan ser subsanadas durante su implementación, que actualmente se encuentra en proceso, observando los términos de los artículos transitorios del propio decreto de reformas publicado el 18 de junio de 2008, habiendo entidades federativas ya muy avanzadas en este proceso.

Así como con cualquier otra reforma, con relación a éstas será necesario reflexionar sobre cuáles deben ser los mejores caminos a seguir para que sus objetivos se hagan realidad, partiendo de la idea de que ello requerirá de un análisis más profundo de la problemática delictiva y de los aspectos críticos del sistema de justicia penal y de seguridad pública, que permita diseñar no medidas aisladas sino todo un *programa integral de política criminal*, que garantice su funcionalidad.

---

<sup>10</sup> Como las que tienen que ver con el *sistema procesal acusatorio*, en que se precisan los principios que lo deben orientar y los derechos o garantías tanto del procesado como de la víctima del delito.

<sup>11</sup> Como algunas que se refieren a estrategias para combatir eficazmente la delincuencia organizada.

## II. ALGUNAS IMPLICACIONES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

### 1. Implicaciones al interior del propio sistema de justicia penal

#### a) Aspectos generales

Es evidente que las Reformas Constitucionales, como se ha dicho, por su amplitud impactan tanto en el ámbito del sistema de justicia penal como en el de seguridad pública. Sin duda, las implicaciones más importantes de las Reformas Constitucionales tienen que ver con el *sistema procesal penal*, en el que se determinan, a su vez, los alcances de las funciones que corresponden al Ministerio Público, al juzgador y a la defensa, así como el nuevo rol de la víctima del delito. En efecto, con la reforma al artículo 20 constitucional, que realmente se modifica de fondo en su totalidad, se precisa expresamente que el sistema procesal penal será *acusatorio* y *oral* y, además, se señalan y describen los principios fundamentales en que debe sustentarse el proceso penal. Y, al precisarse las bases del sistema procesal *acusatorio* y *oral*, se dan también consecuencias para la actuación del Ministerio Público, como se desprende del contenido de los artículos 16, 19, 21, 22 y 73, que igualmente se refieren a cuestiones procesales.

Pero, es claro que el *sistema de justicia penal* se ve impactado en todos y cada uno de sus sectores o subsistemas y niveles, como son: *legislativo*, *judicial* y *ejecutivo*. Lo que quiere decir, que la Reforma Constitucional involucra a todos los Poderes (sean federales o locales), los que habrán de realizar las atribuciones que les corresponde en esta materia. La reforma, entonces, debe ser *integral*; la experiencia muestra los inconvenientes de las reformas *parciales* o meramente *circunstanciales*, ya que al poco tiempo ellas dan señales de su falta de funcionalidad y de la necesidad de nuevas reformas.

Por tal razón, ella no debe limitarse a la reforma meramente legislativa, sino abarcar también la reforma a la *estructura orgánica y funcional* de las diversas instituciones involucradas, de acuerdo con las exigencias del nuevo sistema procesal penal; además, debe darle especial importancia al aspecto de los *recursos humanos* como un elemento fundamental del sistema, para que el *personal* de todo el sistema de justicia penal, de cada uno de sus sectores y niveles, responda a los *perfiles* que impone el nuevo sistema procesal penal y cuente con la *capacitación* adecuada



para ello; asimismo, debe tomar en cuenta la *infraestructura* que para estos efectos se requiere, según los cambios organizacionales que se operen y, finalmente, debe partir de la base de que el sistema de justicia penal es parte fundamental de la **política criminal** del Estado; por lo que, dicho sistema debe vincularse con los otros sectores de la política criminal y con sus objetivos, como son, por ejemplo: el sistema de *prevención del delito*, de *mecanismos alternativos de solución de conflictos*, de *justicia para adolescentes*, entre otros.

Por razones obvias, en esta ocasión sólo me ocuparé de señalar algunas de las implicaciones que las reformas tendrán en el ámbito del sistema de justicia penal, que sin duda son realmente numerosas y trascendentes, si se atiende a sus objetivos y a los mecanismos para alcanzarlos, pues tienen la pretensión de transformar de fondo y de manera integral todo el sistema.

#### **b) Implicaciones en el ámbito legislativo**

Por lo que hace al *ámbito legislativo*, corresponde al *Poder Legislativo*, ya sea a iniciativa propia o a iniciativa del Poder Ejecutivo, implementar las Reformas Constitucionales en las diversas leyes secundarias, algunas de las cuales debieron entrar en vigor de manera inmediata, a partir del día siguiente a la publicación de la Reforma Constitucional en el Diario Oficial de la Federación, es decir, a partir del 19 de junio de 2008. Dichas reformas inmediatas tienen que ver, en su mayoría, con la legislación procesal penal (Código de Procedimientos Penales), mientras que otras deben hacerse en la Ley Orgánica de la Procuraduría, en la Ley de Seguridad Pública, en la Ley de la Policía, en la Ley de Ejecución de Sanciones, en la Ley Orgánica del Poder Judicial, en la Ley de Defensoría de Oficio, etcétera, así como en los respectivos Reglamentos, en su caso. Otras reformas legislativas se harán dentro del plazo de *un año*, como son las relativas al establecimiento del Sistema de Seguridad Pública (en las entidades federativas); mientras algunas, como que las que tienen que ver con la creación del nuevo sistema de reinserción social y de los jueces de ejecución de sentencias se llevarán a cabo dentro del plazo de *tres años*. Finalmente, tendrá la tarea, tal vez la más importante, de generar la nueva legislación procesal penal, en la que se desarrolle todo lo relativo al nuevo *sistema procesal acusatorio y oral*, para lo cual el legislador contará con un plazo máximo de *ocho años*, que empezó a correr desde el 19 de junio de 2008.

En este punto, el legislador procurará, por una parte, que la legislación procesal penal se oriente por la misma *ideología de corte democrático* que se deriva de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es decir, la reforma procesal penal debe basarse en los criterios y principios constitucionales propios del sistema penal del *Estado democrático de derecho*, que a su vez orientarán la actuación de los aplicadores de la ley penal en los casos concretos; por lo que, el legislador debe evitar contenidos y criterios que respondan a exigencias *autoritarias*. Ahora bien, no obstante que la Reforma Constitucional de 2008 establece las bases de lo que debe ser, a partir de ahora, el sistema procesal penal en México y señala los principios que habrán de observarse para ello, debe admitirse que no existe un *modelo único* de proceso acusatorio ni un modelo único de juicio oral; por ello, cada país ha ensayado el que más se acomoda a sus realidades y necesidades. De ahí que, a partir de la base constitucional ya establecida, un aspecto que prioritariamente tiene que dilucidarse, es el que tiene que ver con el *tipo de sistema procesal acusatorio y oral* que se adoptará en el sistema de justicia penal mexicano, tanto en el ámbito federal como en el local, y que habrá que desarrollar en la legislación procesal penal. Es decir, la diversidad de modelos y de prácticas procesales existente, obliga a buscar el sistema que mejor se acomode a las realidades y posibilidades nacionales.

Por otra parte, es evidente que muchos de los contenidos constitucionales serán vistos desde diferentes perspectivas y, por ende, serán objeto de diversos criterios de interpretación, que traerá como consecuencia que cada uno de ellos sea desarrollado de diferente manera en la legislación secundaria, como se está observando ya en las legislaciones procesales de las entidades federativas en que la reforma ha empezado a implementarse<sup>12</sup>. Por esa razón, uno de los grandes *retos* del proceso de implementación es *cómo* lograr la mayor *armonización de la legislación procesal*; si es a través de un “Código Tipo” o “Código Procesal Modelo”, como es el caso del llamado “Modelo CONATRI”, que ha sido diseñado para las entidades federativas, o si es por medio de una “Ley General”, como se sugiere por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso, que desde 2007 elaboró un

---

<sup>12</sup> Lo propio se observa con relación a las iniciativas del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) que se encuentran en el Congreso de la Unión, presentadas desde hace ya algún tiempo por legisladores del PRI y del PRD, que tienen la pretensión de orientar el rumbo de la legislación procesal penal en el ámbito federal.

“Anteproyecto de Ley General del Debido Proceso Penal”; cualquiera de estas vías que se adoptara por los Estados podría de todos modos introducir ciertas modalidades particulares. Por ello, otra de las vías que se viene planteando desde hace algún tiempo es el poder contar con una *legislación procesal penal única* para toda la República. Pero, salvo los proyectos anteriormente citados, lo cierto es que hasta ahora no se ha precisado un *modelo* de sistema procesal acusatorio y de juicio oral a seguir en México que, además de responder a los lineamientos constitucionales, constituya una respuesta adecuada a las realidades y necesidades nacionales y a las expectativas de la sociedad; por ello, mientras se llegue a tomar una decisión al respecto, por lo que hace al ámbito federal actualmente la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) trabaja en un *proyecto de CFPP*, e igualmente diseña un proyecto de lo que podría ser un *modelo de legislación procesal penal para las entidades federativas*, para ser puesto a la consideración del Consejo de Coordinación.

Corresponderá también al Poder Legislativo la tarea de generar una nueva *legislación penal sustantiva* o material, es decir, un Código Penal, para ajustarlo a los criterios y principios político-criminales plasmados en la Constitución, entre los que destaca, como se ha dicho, el de *ultima ratio*, y el relativo al uso de *mecanismos alternativos de solución de controversias*,<sup>13</sup> como un medio para *despresurizar* al sistema de justicia penal. Pero, en el uso de esos mecanismos, habrá que precisar los alcances de su aplicación; procurar que su uso no se limite a los conflictos que previamente han sido ya convertidos en problemas penales y, por ello, que sólo se apliquen una vez iniciado el conocimiento del problema penal, es decir, cuando interviene el Ministerio Público en la investigación del mismo, sino que su uso se lleve a momentos anteriores, incluso cuando el legislador se encuentra en la disyuntiva de determinar cuál es el tipo de solución que habrá que darle a determinados conflictos sociales, para que la solución penal sólo esté reservada a los problemas realmente *graves*. Con ello, se observaría a su vez el principio de *intervención mínima* del derecho penal, conforme al cual sólo se justifica acudir a la medida penal en

---

13 Como lo prevé ahora el artículo 17 de la Constitución Política.

tanto se han agotado otros mecanismos, o cuando éstos resultan insuficientes para la protección de ciertos bienes jurídicos que entran en juego. Lo anterior quiere decir que la previsión constitucional de “*mecanismos alternativos*” no debe ser vista sólo como una salida de escape del sobresaturado sistema penal sino que debe ser aprovechada al máximo, si realmente se quiere que el sistema de justicia penal se despresurice y resulte funcional.

### **c) Implicaciones en el ámbito judicial**

Igualmente la Reforma Constitucional impacta al *ámbito judicial* y, por ende, a la función que corresponde al *Poder Judicial*, en cuanto a sus roles y a su forma de actuar en el sistema procesal. En efecto, las bases constitucionales prevén nuevos roles para los jueces dentro del sistema procesal acusatorio, y todo ello tendrá que verse reflejado y desarrollado previamente en la legislación secundaria. Por lo que hace al rol de los jueces, ahora habrá que distinguir la función que corresponderá al *jefe de control*, al de *juicio y sentencia* y al de *ejecución de sentencias*. Por ello, resulta de gran importancia la forma en que los Códigos de Procedimientos Penales desarrollarán el modelo de sistema procesal penal acusatorio y el de juicio oral, que se deriva de la Reforma Constitucional, en donde habrá que precisar, por una parte, cómo se logrará el *objetivo* del proceso penal, a que se refiere el artículo 20 constitucional, de “procurar que el culpable no quede impune”, “proteger al inocente” y que “los daños causados por el delito se reparen”; y, por otra, cuál será el criterio a seguir respecto de si los *juicios orales* deben ser la regla o la excepción. Seguramente, ante las expectativas sociales despertadas, nadie querrá que el juicio oral sólo sea utilizado de manera excepcional, y que el mayor número de conflictos penales no llegue a juicio, sobre todo después de que tanto se ha hablado de él y de sus grandes virtudes, pues de lo contrario esa expectativa se verá defraudada.

Pero, de acuerdo con lo anterior, es evidente que para alcanzar los objetivos de la Reforma Constitucional, no basta con que se lleven a cabo las reformas legislativas correspondientes, ya sea en el ámbito federal o local, y que se precisen los nuevos roles del Juzgador, para que sin más éstos estén en condiciones de darse a la tarea de aplicarlas a los casos concretos; es necesario y prioritario que todos los actores del sistema, particularmente los del poder judicial (jueces,

magistrados, entre otros) -e incluyendo también al propio legislador-, estén debidamente concientizados sobre los nuevos contenidos de las disposiciones constitucionales, es decir, sobre los objetivos y alcances de cada uno de ellos, así como sobre la ideología político-criminal en que se sustentan, que es precisamente la *ideología constitucional*, para que ésta encuentre su más clara expresión tanto en los contenidos de las legislaciones secundarias como de las resoluciones ministeriales y judiciales, y para que ellas observen la mayor coherencia ideológica. En otras palabras, para que el ejercicio del poder penal, que a cada uno de los actores del sistema de justicia corresponde, se oriente por esas directrices constitucionales.

Aún cuando cada uno de los roles de los diversos actores del sistema procesal penal tiene su particular importancia, por razón del objetivo de este trabajo no podría por ahora ocuparme de todos, sino que sólo destacaré algunas implicaciones que se derivan de la Reforma Constitucional en el ámbito de la *función ministerial*.

## **2. El nuevo rol del Ministerio Público en el sistema procesal penal acusatorio.**

### **a) Consideraciones generales**

La Reforma Constitucional tiene importantes implicaciones en el *ámbito ejecutivo*, tanto por lo que hace a la función que corresponde al Ministerio Público como con relación a la ejecución de las sanciones penales, que involucra todo lo que es el sistema penitenciario, ya que actualmente son atribuciones que competen al *Poder Ejecutivo* y que son funciones o roles que se relacionan con el sistema procesal penal; sin olvidar, por supuesto, que en esta materia el ejecutivo federal también tiene injerencia en el proceso de formación de las leyes penales o procesales penales, al tener la facultad de iniciar leyes, como se desprende del artículo 71 constitucional.

Las bases constitucionales prevén los roles para los agentes del Ministerio Público y de la policía de investigación dentro del sistema procesal acusatorio, todo lo cual tendrá igualmente que verse reflejado y desarrollado claramente en la legislación secundaria. Por ello, como se ha dicho, es importante la forma en que los Códigos de Procedimientos Penales desarrollarán, por una parte, el modelo procesal penal

acusatorio y el modelo de juicio oral a seguir, según se deriva de la Reforma Constitucional y, por otra, los alcances de los diferentes roles que corresponde tanto al Ministerio Público como a la policía que participará en la investigación, así como sus respectivos perfiles, para lograr los *objetivos* del proceso penal a que se refiere el artículo 20 constitucional.

#### **b) La función investigatoria del Ministerio Público y de la policía**

Una primera cuestión que habrá que plantearse en este punto es si la Reforma Constitucional implica un *nuevo rol del Ministerio Público* con relación a la investigación del delito, como algunos lo han afirmado. En principio podría decir que, con la nueva regulación del primer párrafo del artículo 21 de la Constitución<sup>14</sup>, el Ministerio Público sigue teniendo el control de la investigación de los delitos, mientras que la policía sigue siendo su auxiliar, con independencia de que la propia policía podrá también realizar funciones de investigación. Por razón de lo anterior, se puede también afirmar que la pretensión de quienes, habiendo pugnado intensamente por la implantación de los juicios orales, habían querido la desaparición de la *averiguación previa* o que al menos fuese reducida a su mínima expresión<sup>15</sup>, ha quedado por ahora frustrada. En otras palabras, si bien la *averiguación previa* adquiere otra dimensión, ahora bajo el rubro de “etapa de investigación”, ella no desaparece y su desarrollo continúa correspondiendo al Ministerio Público; pero, además, se precisa en la Constitución que éste tendrá la *conducción* y el *mando* de la investigación que realicen las policías; es decir, las policías no podrán realizar de manera autónoma y sin control su función de investigar los delitos.

En efecto, por lo que hace a la llamada “policía judicial”, “policía ministerial” o “policía de investigación”, las cosas no cambian en esencia, ya que ella formalmente ha auxiliado al Ministerio Público en tareas de investigación de los delitos bajo el mando inmediato y directo de éste. La novedad ahora es que, atendiendo a las exigencias planteadas

---

<sup>14</sup> Que establece: “La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función”.

<sup>15</sup> Como es sabido, desde principios del presente siglo XXI ha existido el propósito de restarle al Ministerio Público el protagonismo que ha llegado a alcanzar desde que se le dio la atribución de investigar y perseguir los delitos, con la reforma al artículo 21 constitucional en 1917. En efecto, desde las propuestas que el entonces Secretario de Seguridad Pública (GERTZ MANERO) empezó a plantear a principios del presente siglo se observa esa tendencia en el ámbito federal; y, como se ha dicho, lo propio se ve en las propuestas formuladas por el señor GIULIANI para el sistema de justicia penal del Distrito Federal.

desde las propias áreas de Seguridad Pública<sup>16</sup>, también la llamada *policía preventiva* o de *seguridad pública* podrá realizar funciones de investigación de los delitos cometidos, siempre bajo la conducción del Ministerio Público. Pero, si bien es cierto que ahora se da la facultad para realizar funciones de investigación a toda policía<sup>17</sup>, también lo es que para ello dicha policía deberá cumplir con diversos requisitos como el que esté debidamente *certificada* en los términos que establece la reforma al artículo 21 constitucional.

Ahora bien, para dar cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 21 constitucional, es decir, para que el Ministerio Público tenga el *control de la investigación de los delitos* y el *control de la actuación de la policía de investigación*, tanto él como la policía deben estar debidamente capacitados para esa importante tarea, de llevar a cabo una adecuada investigación *científica*, previa y debidamente planificada según las exigencias de cada tipo de delito, y así dar respuesta eficiente a las expectativas de la sociedad así como responder también a las exigencias del Estado de Derecho; pues debe reconocerse que la capacidad investigatoria del Ministerio Público -federal y local- ha sido bastante cuestionada por su deficiencia, que se muestra por el alto grado de *impunidad* que hay. Pero lo propio puede decirse con relación a la policía; por lo que, se justifica la exigencia de que tanto uno como otra estén debidamente capacitados para cumplir su tarea: el Ministerio Público, para conducir y controlar la investigación y la actuación policial, es decir, tener el señorío sobre la investigación de los delitos y el control de la actividad investigatoria que desarrolla la policía, y la policía, por su parte, para auxiliar a aquél en la investigación y que su labor no se limite -como hasta ahora- sólo a emitir informes de escritorio con datos y circunstancias apócrifas, sin llevar un seguimiento de la investigación. Además, siendo la policía ministerial o de investigación un aspecto fundamental de la procuración de justicia, ella tiene que estar consciente de que su actuación debe estar bajo la autoridad y conducción del Ministerio Público; por lo que, en la legislación respectiva habrá que precisar la relación que debe darse entre uno y otra.

<sup>16</sup> Desde principios de la administración del presidente FOX el entonces Secretario de Seguridad Pública del gobierno federal señaló que la policía federal preventiva no podía ser más eficiente, precisamente porque no tenía la facultad de realizar investigaciones y que, por tanto, había que darle esa función. Lo propio planteó el señor GIULIANI en sus recomendaciones para la Ciudad de México en 2003 (*Reporte Giuliani-SSP, 2003*). Cfr. Moreno Hernández, Moisés, "*Retos del sistema procesal penal en México*", Conferencias Magistrales 8, INACIPE, México, 2004.

<sup>17</sup> Incluyendo a la policía municipal.

Por otra parte, es obvio que la investigación de los delitos tiene que darse dentro de un determinado contexto del procedimiento penal y que, dentro de ese contexto, igualmente habrá exigencias y controles de la actuación ministerial, en la medida en que la *libertad humana* pueda verse afectada en esa intervención estatal que corresponde al Ministerio Público y a la policía. Por ello, no obstante que entre quienes han sugerido la desaparición de la averiguación previa también se ha hecho valer la idea de que no tendría ya razón de ser el que las garantías del procesado se ampliaran a esta etapa, como lo preveía hasta antes de la reforma el último párrafo del artículo 20 constitucional, no hay duda de que dichos mecanismos de control son necesarios.

Es decir, de ninguna manera puede considerarse aceptable que aquello que fue un importante logro de la reforma de 1993 al artículo 20 constitucional, de haber ampliado las garantías del procesado al ámbito de la averiguación previa, ahora ya no tenga razón de ser, por pensar que ya no existe la averiguación previa<sup>18</sup>.

Por supuesto yo no comparto este punto de vista, porque como se desprende de la reforma<sup>19</sup>, de todos modos habrá una intervención del Ministerio Público y de la policía para la investigación de los delitos; y, por muy reducida que ella sea, o por muy controlada que esté dicha intervención ministerial por la autoridad judicial<sup>20</sup>, siempre existirá la posibilidad de que el ejercicio del poder se extralimite y se vulneren derechos humanos<sup>21</sup>; consecuentemente, también existirá la necesidad de garantizar que ello no suceda. Pero, como esa actuación ministerial tendrá que compaginarse con los diversos cambios y roles que implica el nuevo sistema procesal penal, como es el rol que jugará el juez de control, será entonces la legislación procesal penal la que precise los alcances de esos roles así como la relación que deberá existir entre el Ministerio Público y la policía, que sin duda tendrá que fortalecerse.

---

18 Pues, como se ha dicho, sigue existiendo la averiguación previa, que es precisamente la que tendrá que hacerse dentro de la *etapa de investigación*.

19 Y como siempre lo ha dicho el artículo 21 de la Constitución, sin usar la expresión "*averiguación previa*".

20 Sobre todo por la figura del "*juez de control*", también conocido como "*juez de garantía*", que ahora existe (a. 16 constitucional).

21 Y creo que a nadie se le ocurriría que en esta etapa se desconozcan derechos al indiciado.



### c) El Ministerio Público como órgano acusador

La función del Ministerio Público como órgano acusador es una de las características de los sistemas procesales acusatorios; y ese criterio se adoptó en México a partir de que entró en vigor la Constitución de 1916/17, de acuerdo con el texto original del artículo 21 constitucional<sup>22</sup>. Y, como reiteradamente se ha afirmado, la presencia del Ministerio Público en el campo del sistema penal, como *órgano acusador*, obedeció fundamentalmente a la necesidad de superar las graves desventajas que en México implicó la averiguación de la verdad por parte del juez en el proceso inquisitivo<sup>23</sup>. Pero esa introducción del Ministerio Público en sustitución del *juez inquisidor* no siempre encontró total aceptación, sino que también ha enfrentado fuertes rechazos como sucede ahora; además, con el tiempo, y sobre todo con las diversas reformas que fue experimentando la legislación procesal penal, el Ministerio Público fue adquiriendo muy amplias potestades en el sistema penal, por lo que su función se fue desvirtuando. De ahí que esa evolución muestre que la postura “*abolicionista*”, que ha pretendido incluso desaparecer al Ministerio Público y que sin duda desemboca o en el proceso de tipo inquisitivo o en el ejercicio privado de la acción penal, hasta ahora no había tenido mucha fortuna.

En efecto, conforme a los artículos 21 y 102 de la Constitución General de la República, hasta ahora la persecución de los delitos ha incumbido al Ministerio Público<sup>24</sup>; por tanto, a él ha correspondido casi de manera exclusiva tanto la investigación de los delitos como el ejercicio

22 Que desde entonces estableció: “*La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.*”

23 Sobre este particular, puede verse el «Mensaje de Carranza ante el Congreso Constituyente de Querétaro, del 1o. de diciembre de 1916, en el que explica las Reformas Constitucionales que propone y las razones para otorgarle al Ministerio Público ciertas atribuciones que hasta entonces tenían los jueces, con el objeto de desterrar el tan vicioso sistema procesal inquisitorial en el que el mismo órgano es juez y parte en el proceso. De ahí resultó el actual contenido del artículo 21 constitucional que adoptó la propuesta de Colunga. Y paralelamente a esto, es oportuno considerar la opinión de Machorro Narváez, quien fuera uno de los Constituyentes que participó en la discusión y aprobación del artículo 21 constitucional (1916-17); pues, no obstante que durante el proceso legislativo no se opuso al contenido de dicho artículo, habiendo votado a favor, años después se pronuncia en contra de esa supremacía que se le otorgó al Ministerio Público para averiguar y perseguir los delitos y, por tanto, se opone categóricamente a que el juez sea despojado de esa función, argumentando que «no se puede colocar al Ministerio Público lisa y llanamente en lugar del juez abusador, porque quedaríamos en la misma situación, la de que siempre habría un poder abusador», con lo que hace patente su preferencia. (Cfr. Machorro Narváez, Paulino, *El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución*, México, D. F., 1941, p. 8); Véase, también, Moreno Hernández, Moisés, “Organización y funcionamiento del Ministerio Público”, en *Justicia y Sociedad*, IJ-UNAM, México, 1994, pp. 301 y ss. Por lo que hace al plano internacional, puede también verse Gössel, K. H., «Reflexiones sobre la situación del Ministerio Público en el procedimiento penal en un Estado de Derecho y sobre sus relaciones con la policía», en *Doctrina Penal*, año 4, 1981, p. 641.

24 Independientemente de que también la policía (judicial) comparta esa función.

de la acción penal. De ahí que siempre se había afirmado que el Ministerio Público tiene el *monopolio de la acción penal*, habiéndose dado diversas razones para justificar que dicha función esté en manos de un órgano del poder público.<sup>25</sup>

Sin embargo, con la Reforma Constitucional que se comenta, se plantea la cuestión de si el Ministerio Público sigue o no teniendo el llamado *monopolio* en el ejercicio de la acción penal. Con relación a esta interrogante, hay quienes opinan que desde la reforma de 1994 al artículo 21 constitucional, el *monopolio absoluto* se vió afectado, ya que desde entonces se previó que una autoridad judicial pueda indicarle al Ministerio Público que “ejercite la acción penal”, al establecerse que las resoluciones de “no ejercicio de la acción penal”, de “reserva” o de “desistimiento” pueden ser impugnadas ante la autoridad jurisdiccional. Ciertamente, lo anterior implicó la introducción de un *control judicial* y, por tanto, de una limitación a la potestad de no ejercicio de la acción penal, pero no hay duda que -independientemente del control judicial- seguía siendo el Ministerio Público el único que tenía esa potestad exclusiva de ejercitar la acción penal. Pero, con relación a la Reforma Constitucional que se comenta, si bien puede seguirse sosteniendo lo mismo por lo que hace al nuevo párrafo segundo del artículo 21, que establece como principio que “*el ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público*”, ya no puede decirse que este órgano público tenga la potestad exclusiva de ejercer la acción penal ni que sólo se trata de un control o de una limitación de dicha potestad, cuando la misma disposición prevé que “*la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial*”.

De acuerdo con la anterior previsión, ahora también el particular podrá ejercer la acción penal; con lo que, se abre paso a la acción privada, que ya algunos procesalistas habían venido proponiendo desde hace varias

---

25 Cfr. García Ramírez, Sergio, “La acción en el proceso penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 65, enero-marzo 1967, pp. 136 y ss., quien argumenta sobre esta actuación exclusiva del Ministerio Público: “1) Que si el *ius puniendi* y la titularidad de la pretensión punitiva pertenecen al Estado, nada más natural que el ejercicio de la acción penal se confíe a un órgano del poder público; 2) Que el monopolio acusador estatal es congruente con la evolución jurídica y constituye uno de los caracteres sobresalientes del derecho procesal contemporáneo; 3) Que la actuación del Ministerio Público responde mejor a los fines de la justicia penal, en cuanto debe estar informada por rigurosa objetividad y búsqueda de la verdad material; 4) Que la intervención del Ministerio Público como actor excluye reminiscencias de venganza privada y consideraciones ajenas al marco público que ciñe al proceso penal de nuestros días; 5) Que no existen hoy las condiciones psicológicas, sociales y políticas que en otro tiempo explicaban el que se deje a los ciudadanos la función de ejercitar la acción penal (FLORIAN); y, 6) Que no se debe traer a colación, en favor de la *acción privada*, particular o popular, el ejemplo de Inglaterra ...”*cuyas costumbres y tendencias difieren considerablemente de los otros pueblos*”.

décadas y frente a la cual hubo opiniones en contra<sup>26</sup>. Si bien la inclusión de la acción privada ha obedecido a los impulsos que últimamente ha adquirido la *visión victimológica* del problema delictivo y de su control, no pueden desconocerse sus inconvenientes y los problemas que en la práctica tendrá su aplicación. De ahí que, como señala expresamente la disposición constitucional, será la ley -que no es otra que la legislación procesal penal- la que tendrá el cuidado de precisar los *casos* y las *condiciones* en que un particular podrá hacer uso de esa facultad. Ahora bien, como ésta es una reforma que entró en vigor inmediatamente después de que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, los nuevos contenidos de la ley procesal penal debieron ya haberse diseñado, para establecer los criterios a seguir en torno al rol que en esos casos jugará también el Ministerio Público: de si deberá existir una averiguación previa respecto de la cual el Ministerio Público no haya ejercido la acción penal; si en esos casos habrá que enviar la averiguación previa al juez, o si es el particular quien debe hacer su propia investigación y aportar las pruebas directamente al juez y seguir el proceso, entre otras cuestiones<sup>27</sup>. En fin, la inclusión de esta figura, aún cuando pudiera ser utilizada de manera excepcional, plantea la cuestión de si en estos casos se puede seguir hablando de “sistema procesal acusatorio”, cuando la función de acusar ya no está en manos de un órgano del poder público.

### **3. Implicaciones con relación a los requisitos para la orden de aprehensión y el auto de vinculación a proceso**

#### **a) La nueva regulación constitucional**

Otro aspecto en que la Reforma Constitucional tendrá sin duda implicaciones importantes, es el que tiene que ver con los requisitos materiales para el ejercicio de la acción penal y para la orden de aprehensión, así como para el auto de “*vinculación a proceso*”, expresión que sustituye a la de auto de formal prisión, según la reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, pues con relación a ellos ya se han expresado diversas opiniones críticas. La utilización de una nueva nomenclatura, un

---

<sup>26</sup> Entre ellas destaca, por ejemplo, la propia opinión de García Ramírez, Sergio, *op. cit., loc. cit.*; no obstante, al comentar las últimas Reformas Constitucionales, él ha manifestado expresamente sus simpatías por la acción privada.

<sup>27</sup> Que seguramente el constituyente permanente no se planteó.

poco ajena a nuestro lenguaje jurídico tradicional, plantea un primer problema de delimitación conceptual, para determinar si se trata de la misma cosa o de cuestiones diferentes. Por ahora, me ocuparé sólo de los requisitos materiales para estas resoluciones ministeriales y judiciales preliminares, ya que en torno a ellos aún no existe claridad, o porque la falta de claridad ha traído como consecuencia que algunos rechacen la nueva regulación constitucional. En efecto, la nueva fórmula del párrafo segundo del artículo 16 establece:

*“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.*<sup>28</sup>

La novedad de la fórmula es que ya no habla de *cuerpo del delito* ni de *probable responsabilidad*, que son las categorías procesales que fueron nuevamente introducidas con la reforma de 1999<sup>29</sup> y que ahora hay quienes pugnan por su supervivencia, incluso quienes abogaron por su exclusión en la Reforma Constitucional de 1993 y procesal penal de 1994.<sup>30</sup>

#### **b) Algunos antecedentes de la Reforma Constitucional en esta materia**

1) Seguramente todos recuerdan los cambios que sobre este tema han tenido los artículos 16 y 19 de la Constitución Política, así como los respectivos artículos de los Códigos de Procedimientos Penales. Hasta 1983 prevalecía una diversidad de criterios en la aplicación de la ley, provocada por la regulación procesal hasta entonces vigente en torno al *cuerpo del delito*, que sólo hacía referencia a los *elementos objetivos o externos* del delito, tal como después lo volvió a hacer la reforma de 1999, no obstante que existen diversos tipos penales que también hacen referencia a específicos *elementos subjetivos* (ánimos, propósitos, deseos, etc.) o *elementos normativos*, que no quedaban abarcados por dicha regulación. Por ello, en ese año (1983)

---

<sup>28</sup> En términos análogos, el párrafo primero del artículo 19 constitucional establece: *“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”.*

<sup>29</sup> Véase DOF del 8 de marzo de 1999.

<sup>30</sup> Véase, por ejemplo, algunas de las ponencias presentadas en el Foro organizado por el Instituto de Formación Profesional de la PGJDF a principios de 2008.

el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF) fue reformado en diversas de sus disposiciones<sup>31</sup>, que si bien no implicaron un cambio al sistema procesal si constituyeron un avance importante con relación a los requisitos para el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, al establecer en su artículo 122:

*“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código”.*

Con la reforma de 1983 se trató de atender a las observaciones que ya un importante sector de la doctrina penal y procesal penal habían formulado<sup>32</sup> y se buscó equiparar las categorías *cuerpo del delito* y *tipo penal*, al establecerse que para acreditar el cuerpo del delito habría que acreditar los elementos de la “*descripción legal*”. Lo anterior implicó un avance importante, pero dejó a la jurisprudencia y a la doctrina procesal penal la tarea de precisar cuáles eran esos elementos de la descripción legal, abriendo la posibilidad de seguir los criterios más avanzados en torno al concepto y estructura del tipo penal. Sin embargo, la opinión dominante en la doctrina y la jurisprudencia no aplicó los criterios más desarrollados, sino que siguió manejando mayoritariamente los criterios más tradicionales, que entienden que el tipo penal está estructurado en principio sólo de *elementos objetivos o externos* que se pueden constatar a través de los sentidos, y que sólo excepcionalmente habrá que considerar *elementos subjetivos* (diferentes al dolo) y *normativos*, si el tipo penal así lo exige expresamente; por lo que, el análisis del *dolo* y de la *culpa* seguía realizándose únicamente en el nivel de la culpabilidad y, por tanto, de la responsabilidad penal.<sup>33</sup>

---

31 Destacando la reforma al artículo 122 CPPDF, que se refiere al *cuerpo del delito* y a la *probable responsabilidad*. Cfr. Decreto del 22 de diciembre de 1983, publicado en el *Diario Oficial* del 4 de enero de 1984. Sobre estas y otras reformas importantes a la legislación procesal penal en 1983, Véase García Ramírez, Sergio, *Prefacio* al libro de Marco Antonio Díaz de León, *Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Comentado*, México, 1990, pp. IX y ss.

32 Véase Díaz de León, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 338 y ss.

33 Es decir, faltó desarrollo de la jurisprudencia y de la doctrina procesal penal, para que pudieran adoptarse los criterios más avanzados.

2) En 1986 se reformó igualmente el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), para precisar los requisitos de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión, sobre todo por lo que hace a la *probable responsabilidad*<sup>34</sup>; así, el párrafo segundo del artículo 168 fue modificado en los términos siguientes:

“La presunta responsabilidad del inculpado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hechos constitutivos del delito demostrado”<sup>35</sup>

El objetivo de esta reforma fue precisar lo que se debe entender por “*responsabilidad*”, que para los efectos de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión -según esa reforma- sólo debe ser “presunta” o, más correctamente, “*probable*”; adoptándose el criterio, que seguramente fue el que tuvo el Constituyente al dar origen a los artículos 16 y 19 constitucionales, de que la responsabilidad implica que el inculpado tuvo *participación* en la realización de un hecho penalmente relevante, que por supuesto aún nada tiene que ver con la *culpabilidad* del sujeto; no obstante, ese contenido fue más adelante nuevamente modificado.

3) Durante los meses de septiembre de 1993 y enero de 1994 se publicaron importantes reformas en materia penal, tanto a la Constitución Política como a la legislación secundaria sobre estos mismos requisitos.

a) Con las Reformas Constitucionales de 1993<sup>36</sup>, se modificaron los artículos 16 y 19, que se ocupan de los requisitos para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, respectivamente, entre los que destacan las categorías procesales *cuerpo del delito* y *responsabilidad penal*, que han sido y aún siguen siendo objeto de discusiones muy variadas. En efecto, en el primero de los artículos se describieron, entre otras cosas, los requisitos que deben ser observados por la autoridad judicial para librar una *orden de aprehensión*, adoptándose las categorías *elementos del tipo penal* y *probable responsabilidad*, que deben ser acreditados por el Ministerio Público y constatados por el

34 Cfr. Decreto del 7 de noviembre de 1986, publicado en *Diario Oficial* del 19 del mismo mes y año.

35 Cfr. Serie *Legislación Mexicana comentada*, 3ª. Ed., T. II, PGR, INACIPE, México 1988, pp. 361 y ss.

36 Que entraron en vigor el 4 de septiembre de 1993. Cfr. *Diario Oficial* del 3 de septiembre de 1993.

juzgador<sup>37</sup>. En el artículo 19<sup>38</sup> se precisaron los requisitos para el auto de plazo constitucional, o sea, el *auto de formal prisión* y el de *sujeción a proceso*, e igualmente en lugar de la expresión *cuerpo del delito* se adoptó la de elementos del tipo penal, así como se sustituyó la de “*presunta*” *responsabilidad* por la de “*probable*” *responsabilidad*.

El haberse optado en 1993 por la expresión *elementos del tipo penal* en lugar de *cuerpo del delito*, no obedeció a un mero capricho del legislador sino a una exigencia fundamental de todo sistema penal de un Estado democrático de Derecho, que es la observancia del *principio de legalidad*, ya que la anterior categoría, además de cuestionada, no permitía una mayor observancia de dicho principio<sup>39</sup>. Lo que se buscó, entonces, fue un criterio más *garantista*, que perseguía como objetivo mejorar la calidad de la procuración y administración de la justicia penal mexicana<sup>40</sup>, es decir, buscaba justamente que las actuaciones de los órganos persecutor y juzgador se apegaran a la legalidad del Estado democrático de derecho. El establecer mayores exigencias para una actuación de calidad no podía ser entendida en el sentido de pretender que el órgano acusador sea menos eficiente, ni mucho menos<sup>41</sup> que con la reforma se buscara el incremento de la impunidad y de la inseguridad pública. Por el contrario, según lo estableció el Dictamen de las Comisiones Unidas de Gobernación y Puntos Constitucionales y Justicia:

---

37 Véase sobre el particular la exposición de motivos de la Iniciativa, que fue presentada por Diputados Federales a la LV Legislatura del Congreso de la Unión de diversos grupos parlamentarios, para reformar los artículos 16, 20 y 119 Constitucionales, en la que se expresa simplemente que en el segundo párrafo del artículo 16, que se refiere a la orden judicial de aprehensión, se precisan los elementos de fondo que deben de cumplirse para que la autoridad judicial pueda dictar dicha orden (Doc. 067/LV/93(II P.O.).

38 Que fue motivo de otro proyecto de Decreto que reforma el artículo 19 y deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución, fue igualmente presentado por diversos Diputados Federales; *cfr.* Doc. 074/LV/93 (II P.O.).

39 Hago esta afirmación porque también tuve que ver con el diseño de dicha Reforma Constitucional. La razón de la reforma no fue como algunos Procuradores de Justicia pensaron en su momento; además, con ella no se introdujo la concepción *finalista* del tipo penal, como algunos de ellos dijeron, ya que hablar del *tipo penal* no es hablar de una aportación del finalismo; la concepción finalista es una forma de entender el tipo penal y una forma de estructurarlo, y es la que permite que los objetivos político-criminales del principio de legalidad se alcancen de mejor manera, que es ofrecer seguridad jurídica para los individuos.

40 Si ésta hubiese aplicado los criterios más racionales en la interpretación de las exigencias para la orden de aprehensión y el auto de formal prisión, de suerte que se evitaran los excesos, no habría existido necesidad de reformar los artículos 16 y 19 constitucionales.

41 Como se hizo creer desde el ámbito del órgano de acusación, mientras se instrumentaba la contrarreforma que entró en vigor en 1999.

*“Otra de las aportaciones importantes al concepto de orden de aprehensión, es la precisión de los extremos de prueba que se tienen que acreditar para motivar la afectación de la libertad de un gobernado con el fin de someterlo a la jurisdicción penal, al establecer que deberán existir ‘datos que acreditan los elementos que integran el tipo penal y la responsabilidad del iniciado’. Además, en consonancia con lo que se propone para el artículo 19, se busca equiparar a la orden de aprehensión los extremos de prueba que se exigen para un auto de formal prisión. Por lo que, tanto en el artículo 16 como en el 19 constitucionales, se busca precisar conceptos que en lo procesal se vinculan de mejor manera con la teoría del Derecho Penal Sustantivo, para que ambas ramas jurídicas como brazos articulados de una misma política criminal del Estado Mexicano y no como teorías disasociadas, lo que en ocasiones ha generado distancias considerables, y hasta contradicciones innecesarias entre conceptos procesales y sustantivos en materia penal. Por otra parte, al comentarse la reforma al artículo 19, se señala la necesidad de compatibilizar la exigencia de los extremos de prueba que rigen para la orden de aprehensión con los del auto de formal prisión o en su caso de sujeción a proceso, superando el complejo término de cuerpo del delito por el concepto de la acreditación de los elementos que integran el tipo penal; con lo que se clarifican los requisitos que deben ser considerados por el juez para fundar y motivar su auto de formal prisión o de sujeción a proceso”.*<sup>42</sup>

Lo anterior puso de manifiesto la necesidad de vincular estrechamente los conceptos sustantivos con los procesales y evitar las contradicciones innecesarias que con frecuencia se dan entre tales conceptos. Pero, si bien con la reforma se afectó de manera importante una tradicional categoría procesal, tan fuertemente arraigada en la doctrina, en la jurisprudencia y en la práctica procesales, quedaba aún por precisar los alcances de esa nueva categoría, en virtud de que la Constitución no

---

42 Véase el Dictamen respectivo.



proporcionó mayores detalles sobre el particular<sup>43</sup>; por lo que, no obstante dicha *reforma*, prevalecía aún la diversidad de criterios en torno al concepto de *tipo penal* y a los *elementos* que lo estructuran. Por lo tanto, surgió la necesidad de su mayor precisión para que dicha Reforma Constitucional alcanzara sus objetivos en la realidad práctica; precisión que correspondía hacerlo a la jurisprudencia y a la doctrina o, en su caso, a la legislación secundaria. Y, dada la experiencia de que tanto la doctrina como la jurisprudencia mexicanas se desarrollan muy lentamente y no siempre se adopta el mejor criterio para desentrañar los alcances de esa nueva categoría utilizada por la Constitución, el legislador secundario se dio a la tarea de precisarlo en la ley, como en efecto sucedió, con las reformas procesales de 1994.<sup>44</sup>

b) En enero de 1994 se publicaron reformas tanto al Código Federal de Procedimientos Penales como al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal<sup>45</sup>, que obedecían a la necesidad de ajustarlos a los nuevos contenidos de la Constitución, así como de precisar los contenidos del tipo penal y de la responsabilidad penal<sup>46</sup>. Con ese propósito, en los últimos meses de 1993 se confeccionó el proyecto de reformas a la legislación procesal<sup>47</sup>, siguiendo la nueva nomenclatura utilizada por los artículos 16 y 19 constitucionales; por lo que, se sustituyó la expresión *cuerpo del delito* por la de *elementos del tipo penal* y se precisaron cuáles son éstos, como se previó

---

43 Algo análogo sucedió con la reforma de 1983/84 a los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital, que trató de establecer un paralelismo o equiparación entre los contenidos del *cuerpo del delito* y los del *tipo penal*.

44 Toda vez que las Reformas Constitucionales que entraron en vigor el 4 de septiembre de 1993 se originaron en un período extraordinario de sesiones, mientras funcionaba la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, se planteó la necesidad de esperar al siguiente período ordinario de sesiones -que se inició el 1° de noviembre de 1993- para analizar las reformas legislativas correspondientes al Código Penal y a los Códigos de Procedimientos Penales.

45 V. Diario Oficial de la Federación de 10 del enero de 1994. Asimismo, se publicaron reformas al Código Penal Federal y a otras leyes secundarias. Sobre las reformas de 1994 al Código Penal Federal, véase: Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal*, 1999, pp. 186 y ss.; Valdes Osorio, Guadalupe A., "La funcionalización del derecho penal: Actividad legislativa e impartición de justicia", en *Iter Criminis*, 5, INACIPE, México 2000, pp. 165 y ss.

46 Cfr. Exposición de Motivos de la Iniciativa presidencial y Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados.

47 Participaron en el diseño de dicho proyecto representantes de la Procuraduría General de la República, de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y de la Comisión de Justicia de la Cámara de Diputados; destacando, entre ellos: Ricardo Franco Guzmán, Moisés Moreno Hernández, Álvaro Búnster Briseño, Marcos Castillejos Escobar, Miguel Sarre Iguiñez, Rubén Valdés Abascal y José Elías Romero Apis.

en los artículos 168<sup>48</sup> y 122<sup>49</sup> de los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital, que describen los elementos del tipo que deben ser acreditados por el Ministerio Público y constatados por la autoridad judicial -para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión y del auto de formal prisión-, y que son los siguientes:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos, y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere:

- a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo;
- b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;
- c) El objeto material;
- d) Los medios utilizados;
- e) Las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;
- f) Los elementos normativos;
- g) Los elementos subjetivos específicos, y
- h) Las demás circunstancias que la ley prevea”.

Este listado contiene elementos del tipo que son generales o comunes a todo delito y otros que sólo se plantean según las exigencias de cada tipo penal en particular. Es decir, algunos

---

48 Resulta importante destacar aquí lo que sobre el particular estableció el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados, al exponer la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, que señalaba que “aparte de la mera adecuación terminológica, resulta de gran importancia práctica el contenido que la iniciativa le asigna al artículo 168, pues de manera muy clara señala cuáles son los elementos que integran el tipo penal, así como la forma de determinar la probable responsabilidad del inculpado, para cuya acreditación se podría hacer uso de cualquier medio probatorio” (p. XXXI y sig.). “Tanto doctrina como jurisprudencia en materia penal han tenido diversidad de criterios por lo que hace al concepto y a los elementos del “cuerpo del delito”; y no obstante que en 1983 (D.O. 27/dic.) fue reformado el párrafo segundo del artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales -así como el 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal-, con lo que se estableció que el cuerpo del delito se integra de los elementos del tipo penal, el problema no se aclaró mucho, sobre todo para quienes aplican la ley, pues cada quien ha tenido un criterio distinto respecto de lo que es el tipo penal y son sus elementos, porque la ley no lo precisa. De ahí la importancia del nuevo contenido del artículo 168, que sirve para orientar al Ministerio Público y a la autoridad judicial, ya sea para los efectos del ejercicio de la acción penal o bien para la orden de aprehensión o los autos de formal prisión y de sujeción a proceso” (p. XXXII).

49 Por lo que hace al nuevo contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Dictamen respectivo de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados establece que “este nuevo contenido, que sin duda es de una gran importancia práctica, que orienta en forma amplia la actividad del órgano estatal y ofrece determinantes criterios de interpretación, aparte de propiciar el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, redundará en beneficio de una mejor aplicación de la ley” (p.XLI).

de los elementos típicos necesariamente tienen que ser analizados y constatados en todo caso, mientras que otros sólo si el tipo penal en cuestión lo requiere expresamente. Entre esos elementos, por otra parte, se pueden distinguir elementos *objetivos* y *subjetivos*; los primeros, a su vez, pueden ser objetivos “*descriptivos*” o “*normativos*”, en la medida en que para su constatación puede bastar la mera aplicación de los sentidos o bien que para ello se requiera de un determinado juicio de valoración; entre los *subjetivos* se encuentran el *dolo*, la *culpa* y los *especiales elementos subjetivos en el autor* (ánimos, propósitos, deseos, finalidades, etcétera), estos últimos si el tipo penal así lo requiere expresamente.

Si con relación a este contenido del tipo penal se quisiera preguntar si el legislador se afilió a una determinada concepción teórica del delito, podría yo afirmar que -a diferencia de lo que se dijo de la reforma de los artículos 16 y 19 constitucionales- dicho contenido está en consonancia con las elaboraciones teóricas más modernas en torno a la estructura del tipo penal, cuyo desarrollo es atribuible principalmente a la teoría de la acción finalista.<sup>50</sup> De esa manera, entonces, se estableció una estrecha vinculación entre los contenidos sustantivos y los procesales.<sup>51</sup> Pero, no hay que olvidar que antes de la reforma de 1994 ya se planteaban diversos criterios de interpretación en torno a los *elementos del tipo penal*: a) El de quienes manejan la idea más antigua en torno al tipo penal (BELING), que únicamente lo estructuran de *elementos objetivos* de carácter descriptivo;<sup>52</sup> b) otros, todavía con relativa mayoría, siguiendo un criterio un poco más avanzado (MEZGER), sostienen que en algunos casos el tipo también se estructura de *elementos subjetivos* distintos al *dolo*, así como de *elementos normativos*, cuando el tipo penal de manera

---

50 Que, como es sabido, fue iniciada por Welzel, Hans desde la década de los treinta del siglo XX.

51 En efecto, las mencionadas reformas procesales revisten particular importancia teórico-práctica y permiten una muy estrecha vinculación entre los contenidos del Derecho penal sustantivo y los del Derecho procesal penal. Por ello, resulta igualmente de gran interés el análisis detallado de cada uno de los elementos del tipo penal y de la responsabilidad; pero, por no ser objeto de esta exposición, sólo los describo y remito a la lectura de otros trabajos en donde he realizado ya ese análisis.

52 Que es la opinión que ha prevalecido en la doctrina penal y procesal penal mexicana hasta la década de los sesenta. Es decir, en este grupo prevalecía el pensamiento de BELING y del *sistema causalista naturalista*.

expresa así lo exige<sup>53</sup> y c) otros, que debieran ser los más, por tratarse de la opinión que se ajusta a las elaboraciones teóricas más avanzadas o modernas (WELZEL), sostienen que todos los tipos penales se componen tanto de *elementos objetivos* como de *subjetivos*, y que entre éstos están el *dolo* y la *culpa*.<sup>54</sup> Lo anterior quiere decir que en la práctica había diversidad de criterios en torno a esas dos categorías procesales -tipo penal y responsabilidad-, que hicieron que la aplicación de la ley haya sido igualmente diversa.<sup>55</sup> Por ello, la reforma procesal de 1994<sup>56</sup> tuvo la pretensión de superar ese problema, al precisarse con bastante claridad cuáles son esos elementos del tipo penal y los que corresponden a la responsabilidad penal, con lo que se llevó de la mano al Ministerio Público y al juzgador en el ejercicio de sus respectivas funciones. Lamentablemente, esa claridad y las bondades de la reforma no fueron debidamente entendidas por quienes tienen la función de aplicar la ley penal a los casos concretos, sobre todo por quienes tienen la función de investigar y perseguir los delitos; de ahí que, lejos de haberse alcanzado sus objetivos, la reforma fue sometida a una serie de cuestionamientos y, por ello, después de sólo cinco años de vigencia fue objeto de una contrarreforma.

4) En efecto, a finales de 1997<sup>57</sup> el Gobierno Federal envió al Congreso de la Unión una Iniciativa de reformas legislativas que involucraron tanto disposiciones de la Constitución Política como del Código Penal federal y de los Códigos de Procedimientos Penales (federal y distrital), con las que se pretendía -según se afirmó en la Exposición de Motivos- superar “*el rezago de nuestro marco jurídico*” y contar con herramientas que definitivamente pudieran enfrentar de manera eficaz al problema de la delincuencia y de la inseguridad

---

53 Opinión que en México empezó a desarrollarse a partir de la segunda década de los sesenta, en la que se inició la recepción de los criterios de Mayer, Hegler y Mezger (*sistema causalista normativista*), aunque autores como Jiménez Huerta y Porte Petit ya lo seguían desde antes. En esta como en la anterior opinión prevalece la idea de que el dolo y la culpa son partes integrantes de la culpabilidad, que es lo que caracteriza al *sistema causalista*.

54 Tal como lo ha establecido el *sistema finalista* iniciada por Welzel.

55 Conforme a los dos primeros criterios, el dolo y la culpa son problemas que sólo deben ser analizados en el ámbito de la *culpabilidad* y, por tanto, en el de la *responsabilidad penal*, que es lo que caracteriza al “sistema causalista”. Para la tercera opinión, en cambio, la culpabilidad adquiere otra dimensión y una estructura desprovista de dolo y culpa.

56 Calificadas en su momento como las más trascendentes de los últimos sesenta años.

57 Ante la fuerte insistencia de ciertos sectores dentro del propio sistema de justicia penal, sobre todo del sector de procuración de justicia.

pública, que en los últimos tiempos se había hecho especialmente grave; asimismo, se afirmaba que con ellas se recuperaría la “*confianza en las instituciones*”. Esa iniciativa se presentó apenas un año después de que entrara en vigor la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (1996) y aún no había pasado mucho tiempo de las reformas a los artículos 16, 20, 22 y 73, fracción XXI, constitucionales (1993)<sup>58</sup> y diversas disposiciones de los Códigos Penal y de Procedimientos Penales (1994).

Por lo que hace a las reformas a la Constitución (1997), aprobadas y publicadas a principios de marzo de 1999, tienen que ver con los *requisitos para la orden de aprehensión* y para el *auto de formal prisión*, pero que ahora fueron flexibilizados, siguiendo argumentos realmente insostenibles e incluso falaces.<sup>59</sup> Y, no obstante las críticas en contra de ello,<sup>60</sup> lo cierto es que finalmente se aprobaron las reformas que volvieron a introducir, en lugar de “*elementos del tipo penal*”, el “*cuerpo del delito*”. Pero debe resaltarse que la iniciativa de reforma a los artículos 16 y 19 constitucionales, que el Ejecutivo envió al Congreso de la Unión en 1997, no tenía la pretensión de volver al concepto de “*cuerpo del delito*” sino sólo de establecer distintos grados de acreditación de los elementos del tipo penal, dependiendo de si se trata de elementos objetivos o de subjetivos o normativos. Así, para la orden de aprehensión se hablaba en el artículo 16 constitucional que existan “*datos que acrediten la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal*

58 Las Reformas Constitucionales de 1993 -que en 1997/99 eran objeto de cuestionamientos y de nuevos cambios-sustituyeron, como señalé con anterioridad, la expresión “*cuerpo del delito*” por la de “*elementos del tipo penal*” y precisaron los *requisitos para las detenciones administrativas en casos flagrantes y urgentes*, así como para librar orden de aprehensión por autoridad judicial. Asimismo, establecieron, por primera vez, un *control jurisdiccional de legalidad* para las detenciones y precisaron el *plazo que debe durar la retención* por el Ministerio Público, asentándose que “*todo abuso será sancionado por la ley penal*” (Art. 16). Por otra parte, precisaron los *requisitos para dictar un auto de formal prisión* (Art. 19) y se adoptó un criterio político criminal respecto a la *libertad provisional bajo caución*, más acorde a las tendencias de la moderna política criminal.

59 Al afirmar que la reforma de 1993 al artículo 16 “*impuso a las autoridades encargadas de la procuración de justicia mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión*”, “*consideró posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones*”, pero que “*hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano*”; afirmando, además, que “*después de cuatro años de aplicación del nuevo texto constitucional se advierte que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados*”; que, “*por el contrario, éste ha permitido que frecuentemente, por tecnicismos legales, presuntos delincuentes evadan la acción de la justicia*”; es decir, “*evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando, consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad*”. Con base en tales argumentos, se propuso “*flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión*”, y así “*hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia*”. Véase la respectiva exposición de motivos.

60 Véase mi libro *Política Criminal y Reforma Penal*. México, 1999, pp. 219 y ss.

del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado”; mientras que, para el auto de formal prisión, el artículo 19 se refería a “datos suficientes que acrediten la *plena existencia de los elementos objetivos y la probable existencia de los demás elementos del tipo penal* del delito que se impute a dicho indiciado y hagan probable su responsabilidad”.

Esta propuesta de reforma de 1997 fue objeto de cuestionamientos, por innecesaria e inconveniente, además porque el remedio podía ser peor que la enfermedad. Pero es evidente que ha sido aún más cuestionada la reforma aprobada por el constituyente permanente en 1999, no sólo por haber vuelto al *cuerpo del delito*, sino sobre todo por el contenido que le asignó, basándose en un viejo criterio jurisprudencial ya superado y abandonado por la propia jurisprudencia posterior<sup>61</sup> y por los nuevos criterios que se iban ajustando a la ideología de la reforma de 1993 y 1994; además, porque el legislador ni siquiera se ocupó de analizar los alcances de la propuesta de 1997 ni si sus implicaciones prácticas serían aceptables o no; simplemente optó por el camino más fácil, no obstante que con ello abría la puerta a la supresión de garantías.

En efecto, de acuerdo con la reforma aprobada en esta materia y que entró en vigor en 1999, el texto del párrafo segundo del artículo 16 constitucional quedó como sigue, que son los términos aún vigentes:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad de indiciado”

Por su parte, el párrafo primero del artículo 19 constitucional establece:

“*Ninguna detención ... podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, ... sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*”

---

61 Que establecía, a diferencia del criterio viejo, que el cuerpo del delito comprendía no sólo los “elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del delito, con total abstracción de los elementos subjetivos”, sino que en aquellos casos en que el tipo penal lo exija expresamente también los elementos subjetivos o normativos serán analizados en el cuerpo del delito.

Como se observa, en esencia son los mismos requisitos para la orden de aprehensión que para el auto de formal prisión, a diferencia de lo que establecía la iniciativa presidencial de 1997. Y, si bien el texto constitucional no dice qué debe entenderse por “*cuerpo del delito*”, el dictamen del Senado, al comentar la reforma al artículo 16 constitucional, señala que por cuerpo del delito habrá que entender “*el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad del hecho previsto como delito por la ley*”; mientras que por “probable responsabilidad” habrá que entender “*la participación del indiciado en el hecho delictuoso*”.<sup>62</sup> Lo anterior indica que el legislador optó por la concepción más tradicional de cuerpo del delito que, como se ha dicho, había sido ya ampliamente superada por los propios criterios jurisprudenciales desarrollados con posterioridad; no obstante, esta reforma fue bienvenida para quienes añoraban por la figura del cuerpo del delito.

### **c) Los requisitos en la Reforma Constitucional de 2008**

La Reforma Constitucional (2008) que se comenta, según se ha dicho, vuelve a modificar los requisitos materiales para el ejercicio de la acción penal y para la orden de aprehensión, así como para el auto de formal prisión (*vinculación a proceso*). En efecto, tanto el artículo 16 como el 19 de la Constitución dejan de hablar de *cuerpo del delito* y, en su lugar, hablan ahora de “*datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión*”. La novedad de la nueva fórmula, entonces, es que ya no habla de *cuerpo del delito* ni de *probable responsabilidad*, categorías procesales que habían sido desechadas en 1993 y que fueron nuevamente introducidas con la reforma de 1999 y que ahora encuentra quienes pugnan por su supervivencia, incluso quienes abogaron por su exclusión en la Reforma Constitucional de 1993 y procesal penal de 1994.

La cuestión ahora consiste en saber qué habrá que entender por *hecho que la ley señale como delito*; esa será precisamente la tarea de la dogmática penal y procesal penal a partir de ahora. Y dado que dicho contenido, como cualquier otro, es objeto de interpretación, seguramente

---

62 Véase el Dictamen del Senado, p. 31.

habrá opiniones en el sentido de darle un contenido equivalente al de “cuerpo del delito”, así como los que le atribuyan un contenido mayor, equivalente al de “elementos del tipo penal” según la concepción dogmática más moderna, sobre todo si se sigue una consideración *garantista* que esté acorde con el pensamiento que se ha hecho valer en estas reformas.<sup>63</sup> Y ese podría ser el criterio que se llevara a la legislación procesal penal, que ahora necesita reformarse para ajustarse a los lineamientos que establece la Constitución.

Pero, es evidente que si el Constituyente decidió no hablar de ninguna de las categorías ya conocidas: “*elementos del tipo penal*” o “*cuerpo del delito*”, es porque tuvo la pretensión de modificar el *estándar de pruebas*, es decir, de disminuir las exigencias probatorias para los efectos del ejercicio de la acción penal, de la orden de aprehensión y del (ahora llamado) auto de vinculación a proceso, como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de reformas. Lo anterior indica que lo que se ha querido con ello es facilitar aún más este tipo de resoluciones tanto ministeriales como judiciales que tienen que ver con la preparación del proceso; pero es evidente que la idea de “reducir el estándar probatorio” no va con la concepción “garantista” que se dice está detrás de las reformas. Por ello, considero de gran importancia que esta cuestión se pueda esclarecer en la etapa de implementación de las reformas y, sobre todo, en la determinación de los contenidos de la legislación procesal penal, en donde es de esperarse que se atienda mayormente las exigencias del Estado democrático de derecho, que debe reflejarse en su sistema de justicia penal.

Yo desde ahora podría adelantar un criterio a seguir, que hiciera compatible la idea de reducir el estándar probatorio con la idea garantista que debe caracterizar a la reforma al sistema penal, en el sentido de precisar el contenido de la categoría “*hecho que la ley señala como delito*”, equiparándolo al de “*elementos del tipo penal*” del delito de que se trate, en donde habrá que analizar tanto elementos objetivos como subjetivos, atendiendo a las exigencias del principio de legalidad y a la idea de proporcionar mayor seguridad jurídica a los individuos. Es decir, por razones de seguridad jurídica no resulta admisible ni conveniente

---

<sup>63</sup> Ciertamente, puede optarse por el contenido del *cuerpo del delito* o por el de *elementos del tipo penal*, pero es claro que aún no existe uniformidad de criterios respecto de cuál es el contenido que le corresponde a cada una de esas categorías, como antes se ha señalado; no hay duda que el concepto moderno de “elementos del tipo penal” sería el más recomendable, ya que estaría acorde con la idea garantista de la reforma.



que en esta primera categoría procesal se disminuyeran las exigencias probatorias; por lo que, en ella deben acreditarse todos los elementos del tipo penal, según las exigencias que plantee el delito de que se trate, en los términos en que la legislación procesal penal lo previó con la reforma de 1994; lo que, por otra parte, no excluye que el estándar probatorio pueda ser menor que el exigido con relación a esa misma categoría para los efectos de la sentencia. En cambio, las exigencias probatorias disminuirían por lo que hace a la tradicional categoría de “*probable responsabilidad*”, ya que -a diferencia del alcance que a ésta le dio la legislación procesal penal-<sup>64</sup> por disposición constitucional se la entiende ahora como “*la probabilidad de que el indiciado cometió el hecho o participó en su comisión*”;<sup>65</sup> con esta precisión, ya no tendrá que analizarse y acreditarse -ni siquiera de manera probable- todos los demás elementos del delito (*antijuridicidad* y *culpabilidad*), como lo establece la legislación procesal aún vigente,<sup>66</sup> sino solamente habrá que determinar si existen datos que hagan probable que el sujeto indiciado tuvo o no participación en la comisión del hecho penalmente relevante, ya sea como autor o como partícipe, pero sin prejuzgar todavía sobre su culpabilidad.<sup>67</sup> Lo que, sin duda, representa una disminución razonable del estándar probatorio.

#### **4. Implicaciones de la Reforma Constitucional en materia de juicios orales**

##### **a) Los juicios orales en el sistema procesal penal mexicano y la tendencia reformista**

1) Como ya se ha destacado, en el México del siglo XX no es una novedad la presencia del sistema procesal acusatorio, pues nuestro país desde 1917 suprimió la figura del *juez de instrucción* -quien tenía no sólo la facultad de juzgar sino también la de investigar los delitos- y la facultad de investigación fue otorgada al Ministerio Público. Además, aún cuando la Constitución Política de 1917 no hizo expresa referencia al sistema procesal acusatorio, es evidente que,

64 Sobre todo a partir de la reforma de 1994.

65 Que sin duda es el sentido que el Constituyente de 1917 le quiso dar.

66 Véase, por ejemplo, lo que establece el artículo 168 CFPP, o el 122 CPPDF.

67 Lo afirmado, por supuesto, no excluye que en este tipo de resoluciones se tengan que tomar en consideración las causas que excluyen la antijuridicidad o la culpabilidad, si existen datos que las acreditan.

de acuerdo con los contenidos de diversas de sus disposiciones, ese fue el tipo de sistema procesal que previó; así, por ejemplo, el artículo 21 estableció la necesaria diferencia entre la función investigatoria y de *acusación*, que corresponde al Ministerio Público, y la función de *decisión*, que es potestad del juzgador; el artículo 20, por su parte, previó la función de la *defensa*, así como que las Audiencias serán *públicas*, ya sea ante un juez o ante un jurado de ciudadanos; entre otros. Lo propio puede decirse con relación a los *juicios orales*. Ciertamente, el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) de 1934 no desarrolló cabalmente el sistema acusatorio y, por ello, los principios de *oralidad*, *inmediación*, *contradicción* y *publicidad* no pudieron tener una más amplia aplicación, si bien no se encuentran excluidos; de ahí que, el sistema procesal desarrollado en el CFPP no sea un sistema predominantemente *acusatorio* sino que ha sido caracterizado como un *sistema mixto*. Así, por lo que hace a *la oralidad* en el procedimiento penal federal mexicano, se contempla en tres momentos procesales: 1) en la declaración preparatoria (Art. 155 CFPP); 2) en el desahogo de la prueba testimonial, confesional y de los careos (Art. 207, 249 y 267), y 3) en la audiencia de vista, donde el defensor podrá hacer una defensa oral del acusado, sin perjuicio de lo alegado por escrito (Art. 87). *La inmediación* se establece en el artículo 16 CFPP, al tiempo que se señala que el juez presidirá todas las diligencias que se practiquen, acompañado por el inculcado, su defensor, la víctima y/o su representante, el Ministerio Público, la policía judicial, así como por sus secretarios, o dos testigos de asistencia. *La contradicción* se instituye en el artículo 306 CFPP, al señalarse que en la audiencia podrán interrogar al acusado sobre los hechos materia del juicio, el juez, el Ministerio Público y la defensa y que podrán repetirse las diligencias de prueba que se hubieren practicado. *La publicidad* de las Audiencias se desprende de lo dispuesto en el Art. 20 de la Constitución, apartado A), fr. VI,<sup>68</sup> que expresamente establece que en todo proceso penal el inculcado será juzgado en *audiencia pública* por un juez.<sup>69</sup>

---

<sup>68</sup> Nos referimos a los textos constitucionales que han regido hasta ahora.

<sup>69</sup> Véase sobre esto, "Opinión de Juzgadores Federales sobre los Juicios Orales y las Propuestas de Reformas Penales", convocada por la Coordinación General de Magistrados de Tribunales Colegiados y Unitarios de Primer Circuito, febrero de 2007.

Quienes se han manifestado en contra de la tendencia reformista de prever la oralidad y la publicidad, han rechazado esa necesidad argumentando que ellas se encuentran ya previstas en la Constitución, como se ha señalado desde el ángulo judicial. Sin embargo, el admitir la existencia de esos criterios o principios orientadores de la actuación judicial y no haberlos observado en la aplicación concreta de la ley, implica, sin duda, un alto grado de responsabilidad para quien omite hacerlo, pues está haciendo a un lado la disposición constitucional; lo que no se subsana por el simple hecho de sugerir medidas de control, inspección y vigilancia para su cumplimiento. Si la ausencia de claridad de la norma ha sido utilizada como excusa de su falta de observancia, que por supuesto no es admisible, ahora no puede haber excusa, porque se establecen con mayor claridad dichos principios.

Lo cierto es que, en la parte final del siglo XX se observa un amplio proceso de reforma al sistema de justicia penal mexicano; pero, un gran número de las reformas se concentró en la *legislación penal sustantiva* o material, es decir, en el Código Penal, siendo menos relevantes las reformas que se produjeron en el ámbito del derecho procesal penal, salvo las que tuvieron que ver con la delincuencia organizada. De ahí que, a finales del siglo XX muy poco se hablara de la necesidad de transformar el sistema procesal penal y casi nada de que se implantaran los *juicios orales*.

2) Puede decirse que la idea de una reforma procesal penal a fondo en nuestro país se inició apenas a principios del siglo XXI, la que fue impulsada desde distintos ámbitos importantes del sistema de justicia penal, como la Conferencia Nacional de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia (CONATRIJ) y la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia; pero también en otros ámbitos públicos y privados, entre ellos el sector académico, gracias al impulso de organismos internacionales como los ya citados al principio. Todos estos protagonistas empezaron a manejar propuestas coincidentes con la que se venía observando en la reforma procesal de la región latinoamericana, de fortalecer el sistema procesal *acusatorio* y de implantar los *juicios orales*, y hablar de ellos pronto empezó a ser común tanto en los ámbitos académicos como en los del propio sistema de justicia penal. Fueron algunos estados de la República

los que dieron los primeros pasos en implantar este tipo de juicios, como Nuevo León, Chihuahua y Oaxaca, entre otros; y desde mediados de 2008 contamos ya con una Reforma Constitucional que prevé las bases claras del nuevo sistema de justicia penal y que ahora son objeto de implementación en todo el país.

Para ello, sus impulsores tuvieron que destacar los puntos *críticos* del sistema de justicia penal vigente, llegando al punto -según se ha dicho- de denigrarlo como el peor de los sistemas penales existentes en el ámbito latinoamericano.<sup>70</sup> Por el contrario, se resaltaron los aspectos positivos y las grandes *virtudes* tanto del sistema procesal acusatorio como de los juicios orales, provocando la sensación de que los juicios orales serían una especie de *panacea*, con la que se resolverían los distintos males que padece el actual sistema de justicia penal y alcanzarían los objetivos que se le atribuyen. Esta tendencia ha encontrado amplia simpatía, pues pronto aparecieron diversos artículos sobre el tema, en diferentes medios de comunicación<sup>71</sup> y en revistas especializadas,<sup>72</sup> así como en algunos libros sobre la materia.<sup>73</sup>

---

70 Afirmación que, por supuesto, es cuestionable, pues no hay duda que en el actual sistema penal no todo es negativo.

71 Como es el caso del periódico *Reforma*, que ha sido uno de los grandes impulsores de la implantación de los juicios orales en México desde los inicios de la idea. Véase, también, Arellano Sarmiento, L.P., "Diputados quieren juicios orales para acabar con rezago", en ZETA-Reportajes-Justicia Alternativa, edición 1691; Castillo García, G., "Improcedentes, juicios orales en el país, afirman abogados", en La Jornada, 8 de septiembre de 2007; Castillo, Jesús, "Los juicios orales no terminarán con la corrupción, afirma Cuenca Dardón", El Regional.com.mx, 5 de marzo de 2008; Ruiz Saldaña, D., "Ante insuficiencias deben aplicarse juicios orales" (comentarios a lo afirmado por el Rector de la UNAM en el mismo medio, 19 de mayo de 2006), El Porvenir.com, 11 de junio de 2008; Jorge, "Juicios orales a la mexicana", en tva.com.mx, 2008-03-13; Diario de México, "No son los juicios orales la panacea jurídica: Ebrard", edición 14915, 4 de enero de 2008; Iván Arenal, "Foro Juicios Orales", en forojuiciosorales.com/opinión, 18 de abril de 2008.

72 Véase, por ejemplo, Duce Mauricio, J., "El Ministerio Público en la reforma procesal penal en América Latina", en Revista Mexicana de Justicia No. 6, México, julio-dic., 2005; asimismo, distintos artículos sobre el tema en la revista *Defensa Penal. Interpretación y Análisis Jurídico*, publicación mensual, y en *Foro Jurídico*, órgano oficial de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, Colegio de Profesionales, A.C., entre otras.

73 Así, por ejemplo: *El Sistema de Justicia Penal y su Reforma. Teoría y práctica*, de S. González, E. Buscaglia, E. Mendieta y M. Moreno, Ed. Fontamara, México, 2005 (2ª. Ed., 2006); "Proceso Acusatorio oral y delincuencia organizada", de Octavio Sferlazza, Ed. Fonatamara, México, 2005; Macedo Aguilar, Carlos, *Derecho Procesal Penal. Juicio predominantemente oral*; Flores editor, México, 2007 Daza Gómez, Carlos et al, *Principios Generales del Juicio Oral Penal*, Flores editor, México, 2007; Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio Oral. Teoría y Práctica*, 2ª ed., Porrúa, México, 2008; Ornoz Santana, Carlos M., *El juicio oral en México y en Iberoamérica*, Edit. Cárdenas Elasco, México; González Obregón, Cristal, *Manual Práctico del Juicio Oral*, Ubijus-IFP, México, 2008; *El Sistema Penal Acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el poder judicial de la federación*, SCJN, México, 2008; SCJN, *El Sistema de Justicia Penal en México: Retos y Perspectivas*, México, 2008; Andrés Baytelman A. y Mauricio Duce J., *Litigación penal, Juicio oral y prueba*, FCE e INACIPE, México, 2008; Nataren Nandayapa, Carlos, y Ramírez Saavedra, Beatriz, *Litigación oral y práctica forense penal*, Oxford, México, 2009; Nataren/Ramírez, *Aspectos relevantes de la litigación oral en el nuevo proceso penal acusatorio*, UBIJUS, IFP, México, 2008; Ovalle Favela, José, *El procedimiento penal oral en el estado de Chihuahua*, IJJ-UNAM, Gobierno del estado de Chihuahua, México, 2008; entre otros.

## b) Implicaciones del juicio oral con relación al juicio escrito

1) Según se observa de los diversos planteamientos mexicanos, no parece haber uniformidad de criterios respecto de los alcances de la “oralidad” o del “juicio oral”, como tampoco la hay sobre los del sistema acusatorio y cuáles son sus rasgos característicos y sus diversas implicaciones teórico-prácticas. Sobre esto último, se ha dicho que el sistema procesal acusatorio es el que más se ajusta a las exigencias del *Estado democrático de derecho*, ya que -según la visión teórica- es el sistema que se sustenta en el reconocimiento y respeto de los *derechos humanos* y, por ello, reconoce *límites a la potestad punitiva* del Estado y a la intervención penal. Se ha insistido en que el sistema procesal que más se acomoda al tipo de sistema penal rector en el Estado mexicano, como Estado democrático de derecho, es el sistema acusatorio; por lo que, dicho sistema debe quedar claramente precisado en la legislación procesal que se origine. En efecto, atendiendo a los rasgos característicos de los diferentes sistemas procesales <<acusatorio, inquisitivo y mixto>> que se han diseñado en diferentes momentos de la historia de la justicia penal, así como a la experiencia que proporciona el derecho comparado contemporáneo, se llega a la conclusión de que el que responde de mejor manera a los objetivos de la justicia material es el *sistema procesal acusatorio*, pues permite, por un lado, diferenciar claramente las distintas partes procesales: *acusador, defensor y decisor o juzgador* y, por otro, garantizar en mayor medida los derechos del acusado, procurando un mayor equilibrio entre las partes, sin olvidar por supuesto los *derechos de las víctimas*,<sup>74</sup> teniendo el Estado en todo caso la carga de la prueba, asegurando el castigo a los culpables y la protección a los inocentes; entre otros rasgos característicos.

2) Por lo que hace al “juicio oral”, es claro que éste no se caracteriza por el simple hecho de decir que es opuesto al “juicio escrito”, o que es aquel en que se utiliza la “palabra hablada”, pues con ello no se indica cuáles son sus diferencias político-criminales o sus ventajas

<sup>74</sup> Por tal razón, se ha planteado la necesidad de revisar y precisar los alcances de la función que corresponde al Ministerio Público como titular de la acción penal, para superar los vicios de inquisitivos; pero, igualmente, se ha planteado la necesidad de revisar y redimensionar la intervención que corresponde al *juzgador*, así como el papel que la *víctima* debe jugar en el proceso, de suerte que, de la misma manera que se observan los derechos del acusado, se observen también los que corresponden a la víctima del delito.

prácticas. Existe cierta uniformidad por lo que se refiere a los *procedimientos escritos*, en cuanto que la generalidad de los autores opina que éstos se basan en “integrar el expediente”; lo que significa que el Ministerio Público y el juez tienen que redactar cientos o miles de hojas, ya sea para integrar la averiguación previa o bien dejar constancia del proceso en el expediente y dictar sentencia por parte del juez, aún y cuando en muchas ocasiones ni siquiera se tuvo a la vista al inculpado. Según un estudio del CIDE,<sup>75</sup> el 92% de los implicados en un proceso judicial jamás vieron al juez. En cambio, por lo que hace al juicio oral, se afirma que se trata de *un nuevo proceso penal que transparenta y acerca la justicia a la sociedad, poniendo en evidencia el trabajo de jueces, ministerios públicos, policía investigadora, peritos y defensores.*<sup>76</sup>

También se ha dicho que el sistema escrito provoca serias deficiencias en el proceso, pues en muchas ocasiones, tienen que pasar meses y a veces años para que un caso sea resuelto. Por otro lado, que el hecho de que el juez no esté presente en las Audiencias y no exista un juicio formal donde se escuchen a las partes, genera incentivos a la corrupción, además de desconfianza social a las instituciones de justicia. Es por ello que muchos han justificado la urgencia de pasar de un sistema de justicia escrito e impersonal a uno de tipo oral y público, con Audiencias transparentes en que el juez esté siempre presente, argumentándose que con ello se reducirá al mínimo los incentivos a la corrupción y se acelerará la eficiencia de los procesos, elevando así la calidad de la justicia, entre otras tantas bondades.

Pero, ante esta fuerte tendencia hacia la implantación de los juicios orales en el sistema procesal penal mexicano, que ha resaltado muchas ventajas de este tipo de juicios, también se han despertado

---

75 “Compendio de estudios sobre el sistema de justicia penal en México”. Costos y beneficios de la justicia desde la perspectiva de las garantías individuales y la legitimidad. <http://www.juiciosorales.com/materia/penal.rtf>

76 O, como dice González Ruiz, “... se habla de los juicios orales de manera general, como un proceso, que comprende varios elementos, uno de ellos es la posibilidad de una justicia más cercana, una justicia en la que incluso se puede negociar el tipo de acusación, el tipo de delito, donde los juicios son mucho más rápidos y eso naturalmente genera que no vayas a tener ya las colas tan largas en la agencias...”. Samuel González Ruiz, en la entrevista exclusiva por el conductor Ciro Gómez Leyva el dos de enero del 2008.

Véase, [http://webmail.cepolcrin.org.mx/webmail2/?action=view\\_att&part=2&folder=Inbox&me\\_02/01/2008](http://webmail.cepolcrin.org.mx/webmail2/?action=view_att&part=2&folder=Inbox&me_02/01/2008)

ciertas suspicacias o sospechas, así como diversas *interrogantes*<sup>77</sup> sobre los reales motivos, intereses u objetivos, de quienes han impulsado con tanto ímpetu su implantación, sin que se atienda cabalmente las realidades socio-culturales y jurídicas nacionales. De las distintas interrogantes, también resaltan las siguientes: ¿por qué, si los juicios orales tienen tantas virtudes, sólo se piensa aplicarlos excepcionalmente?; ¿por qué, si es un derecho de todo procesado, sólo algunos pocos tendrán el privilegio de que se les aplique?; ¿por qué, si los juicios orales propician mayor transparencia, no se aplican para la mayoría de casos que más impactan a la sociedad?; pues, todo parece indicar que el propósito de quienes lo promueven es evitar que el caso llegue al juicio oral, haciendo valer en su lugar las *salidas alternativas*, empezándose a escuchar con mucho entusiasmo de la *justicia alternativa*, que otros más bien entienden como la *“alternativa a la justicia”*. Es claro que los países que tienen el juicio oral, como es el caso de los Estados Unidos de América en el mundo anglosajón, sólo lo aplican en un porcentaje reducido (alrededor del 5% o menos);<sup>78</sup> uno parecido se observa en algunos estados de la República que lo han implantado,<sup>79</sup> mientras que otros sólo lo aplican para casos realmente intrascendentes,<sup>80</sup> que incluso no debieran ser siquiera problemas del derecho penal; todo lo cual parece revelar que no se tiene mucha confianza en los juicios orales, o es que no se cuenta con los jueces capacitados para llevarlos a cabo, o bien que son muy costosos o difíciles de realizar.

---

77 Por ejemplo: ¿Cuáles fueron las razones para que en México súbitamente se mostrara tanto interés por la implantación de los *juicios orales*?; ¿por qué de pronto se han encontrado tantas virtudes en los juicios orales, no obstante su larga historia y sus serios cuestionamientos?; ¿por qué a los *procesalistas* mexicanos, tan destacados algunos, no se les había ocurrido tal cosa, no obstante que desde siempre se han ocupado de las cosas procesales y de la búsqueda de mejores alternativas para la justicia?; ¿se trata acaso de una moda pasajera o existe realmente el convencimiento de sus bondades para que tenga una vida larga?; ¿por qué países latinoamericanos que tienen ya una larga tradición en sus juicios orales, como Argentina, no han hecho tanto alarde y resaltado que ese tipo de juicios ha traído como consecuencia la superación de los males que padece el sistema de justicia penal y, por ende, sugerido como modelo a seguir en todos los sistemas procesales de la región?; ¿por qué al emprender una reforma procesal penal en el Estado mexicano, no se toman en cuenta sus realidades (socio-culturales, jurídicas, etc.) ni se procura diseñar un modelo que responda a esas realidades, en lugar de querer trasplantar modelos que tal vez pueden resultar extralógicos? Esta última afirmación, por supuesto, no excluye que se tomen en consideración las experiencias extranjeras y las aportaciones del derecho y de los sistemas comparados, cuya utilidad es innegable, pero es conveniente confiar también en las aportaciones nacionales.

78 Cifra que es diferente en otros modelos; habrá que ver, por ejemplo, el porcentaje de casos que llega a los juicios orales en la justicia española.

79 Véase, por ejemplo, la estadística en los Estados de Chihuahua y Zacatecas.

80 Como ha sucedido, por ejemplo, en el Estado de Nuevo León en su primera etapa.

3) Entonces, si uno de los aspectos de la reforma que más expectativas ha despertado en la sociedad es el relativo a los *juicios orales*, precisamente por la gran promoción que se hizo de ellos y por resaltar sus grandes ventajas frente al vigente sistema procesal penal, habiéndose hecho creer que con ellos se pueden solucionar los diversos problemas que padece la justicia penal en México, habrá que plantearse como importantes *retos*, sobre todo por quienes tienen en sus manos la delicada tarea de implementar la Reforma Constitucional: a) explicar los alcances reales de los juicios orales, aclarando que tantas virtudes no le son propias, para mitigar el entusiasmo existente y evitar mayores desencantos; o, b) demostrar que los juicios orales sí tienen la capacidad para alcanzar los objetivos que se les han atribuido y que se pueden revertir los actuales porcentajes, ampliando su aplicación a un mayor número de casos, sobre todo a los de mayor impacto social, en los que, sin duda la gente tendría mayor interés en saber cómo se desarrollan los procesos.

Por razón de lo anterior, ante las grandes expectativas que los juicios orales han despertado y la perspectiva de que su aplicación sea muy limitada,<sup>81</sup> o ante el convencimiento de que es difícil ampliar su ámbito de aplicación, habrá que emprender en el proceso de implementación de la Reforma Constitucional también la tarea de *desmitificación* de los juicios orales, explicando sus verdaderos alcances y lo que se puede esperar de ellos, para evitar los desengaños. Pero, para ello, habrá que tomar la decisión sobre si los juicios orales se aplicarán para el mayor número de casos y, sobre todo, para los de superior relevancia, que -como se ha dicho- seguramente son los que a la gente interesará saber cómo se desarrollan, o si sólo se aplicarán de manera excepcional y para casos poco trascendentes. Lo anterior, se reitera, para no seguir creando falsas expectativas y evitar los desencantos ante la falta de resultados.

4) En virtud de que también se ha generado la idea de que con los juicios orales se garantizará de mejor manera la *seguridad pública*, paralelo a lo anterior habrá que explicar que con ellos, aún cuando se podrá mejorar la transparencia y la calidad de la justicia penal,

---

81 Como está ya sucediendo actualmente en donde se han implantado.



no habrá una incidencia significativa en el problema de la *inseguridad pública*,<sup>82</sup> pues es claro que con dicho tipo de juicios no se garantiza un combate más eficaz de la delincuencia. Para este objetivo serán necesarias otras medidas político-criminales, por ejemplo, aquellas que permitan una actuación más eficaz del Ministerio Público y de la policía de investigación, pero igualmente las *medidas de prevención general* del delito o los *mecanismos alternativos de solución de conflictos*, que ahora aparecen como los verdaderos medios para despresurizar el sistema de justicia penal y posibilitar que éste sea más funcional, sin que por ello se les deba considerar como parte esencial del sistema penal.

**c) Juicios orales, criterios de oportunidad y mecanismos alternativos de solución de conflictos**

1) Ahora bien, en los últimos tiempos se escucha con frecuencia que el éxito de los juicios orales dependerá mucho de la aplicación de *criterios de oportunidad*<sup>83</sup> o del uso de *mecanismos alternativos de solución de conflictos*;<sup>84</sup> pero, es claro que ello encierra un contrasentido, y resulta poco honesto defenderlo, sobre todo si se admite que los juicios orales tienen sus propias virtudes. Considero, por ello, que habría sido más honesto resaltar las bondades de lo que efectivamente podría traer como consecuencia la despresurización del sistema de justicia penal, que es precisamente la introducción de mecanismos alternativos de solución de conflictos y del principio de oportunidad, aunque sean productos que se “venden menos”, pues de otra manera parece que se les trata de encubrir con los juicios orales, que sin duda si “venden más”.

2) Pero, cualquiera que sea la razón, lo cierto es que entre los mecanismos alternativos de solución, o en la aplicación de criterios de oportunidad, destaca la utilización de la *negociación*, que es un mecanismo característico del sistema procesal angloamericano,

---

<sup>82</sup> Ya que ellos no tienen efectos *preventivo-generales*; tampoco son más rápidos o menos caros que los juicios escritos, como con frecuencia se afirma.

<sup>83</sup> Que se pueden aplicar sobre todo en la etapa de la averiguación previa.

<sup>84</sup> Aún cuando dentro de este rubro se trata de introducir todo lo relativo a la llamada *justicia restaurativa*.

que ha sido objeto de diversos cuestionamientos de aplicación.<sup>85</sup> Por lo que, considero que en el uso de esos mecanismos alternativos y en la aplicación de *criterios de oportunidad*, habrá que considerar seriamente los riesgos que implicaría para nuestro sistema de justicia penal la práctica de la negociación o acuerdo entre las partes, que no sería sino la práctica del *plea-bargaining* del sistema norteamericano,<sup>86</sup> pero cuyo uso en el sistema procesal mexicano puede convertirse en una fuente más de *corrupción y extorsión*, entre otras consecuencias no deseables. Además, debe tomarse en cuenta que se trata de una experiencia no deseable que ya la han tenido algunas legislaciones en América Latina<sup>87</sup> e incluso en Europa<sup>88</sup> y que el legislador mexicano no debe pasar por alto,<sup>89</sup> para evitar que el sistema procesal de corte liberal y democrático se desvirtúe.

3) No obstante lo anteriormente señalado, habrá que aprovechar el hecho de que ahora la Constitución habla expresamente de "*mecanismos alternativos de solución de conflictos*", para desarrollar todo un *sistema* de ellos que realmente permita despresurizar todo el sistema de justicia penal y posibilitar que esté en mejores condiciones de cumplir con su alta misión. En efecto, como ya destacué al principio, es recomendable la idea de utilizar *mecanismos alternos* en vez de los meramente *represivos* de carácter penal para la *solución de conflictos*, pues además se compagina con la idea del *principio de intervención mínima* del Derecho penal. Y si bien el artículo 17 constitucional habla primeramente en términos generales de ellos,

85 Para mayor información sobre el procedimiento penal angloamericano. Véase "Criminal Procedure Project", en *The Georgetown Law Journal*, Vol. 80, num. 4, abril 1992. Departamento de Justicia de los Estados Unidos. División de lo Criminal. Oficina de Desarrollo y Capacitación Profesional. Versión en español: *Revista Jurídica de Georgetown*, "Proyecto Décima Octava Revisión del Procedimiento Penal: Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos y Tribunales de Apelaciones 1987-1988"; R. A. CARP y R. Stidham, *Judicial process in America*, Washington, 1990; entre otros.

86 Cuya idea, no hay duda que se encuentra presente en las dos instituciones anteriores, que han sido incluidas en la Reforma Constitucional.

87 Cfr. Zaffaroni, E. R. (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. Ed. Porrúa, México, 2000; del mismo, "*Independencia y autonomía del poder judicial*" (conf.), ELD-CEPOLCRIM, 2005.

88 Sobre el derecho procesal penal europeo. Véase: Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991; Baumann, G., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 3. ed., München, 1979; Gimeno Sendra, *El nuevo proceso penal* (con otros), Valencia, 1989; Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Bosch, Barcelona, 1985; Maier, Julio, *La ordenanza procesal penal alemana*, vol. 2, Depalma, B. Aires, 1978-1982; entre otros. Véase, sobre todo Schuenemann, Bernd, "Crisis del procedimiento penal" (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*: "Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

89 Habría que tomar en consideración las opiniones críticas en torno al sistema procesal anglo-americano, motivadas precisamente por el uso del mecanismo del *plea-bargaining*. Véase, por ejemplo, Cooper, H.H.A., "El ocaso del juicio oral en los Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, No. 5, Sept.-Oct., 1972, pp. 63 y ss.

es decir, sin referirse a determinado tipo de conflictos, y luego hace mención a los conflictos en materia penal, esta referencia es para efectos de precisar que las leyes que los regulen “asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos que requerirán supervisión judicial”; con lo que, agrega algunas limitantes que lo diferencian de otros sistemas penales que no le dan mayor importancia a las víctimas.

Sin embargo, habrá la necesidad de precisar los tipos y alcances de esos mecanismos en la legislación secundaria, tanto para no abusar de ellos como para que su uso efectivamente resulte coherente con la idea de *despresurizar* el sistema de justicia penal, así como que sea coherente con los objetivos del resto de las Reformas Constitucionales en materia penal. En el diseño de un *sistema de mecanismos alternativos* y en la determinación de los alcances de éstos existiría la posibilidad de que el legislador precisara los tipos de conflictos sociales que se dan, es decir, la naturaleza de los mismos, y así establecer los tipos de soluciones y los medios o métodos que habrá que aplicar, en el entendido de que la medida penal debe ser la última y sólo para los casos más graves. Por lo que, antes de convertir un conflicto en problema penal, o antes de darle a un conflicto una solución penal, habrá que hacer uso de soluciones alternativas, que por supuesto serían soluciones no penales, sobre todo para los problemas de menor gravedad.

Un camino como el sugerido nos llevaría, en primer lugar, a que en la legislación penal material únicamente se regularan como delito aquellas conductas que afectan de manera grave los bienes jurídicos de mayor importancia para la vida ordenada en comunidad, sean dichos bienes individuales o colectivos, en lugar de primero convertir el problema en penal -al llevarlo al ámbito de la legislación penal- y luego tratar de buscar una solución no penal; por lo que, las afectaciones de poca gravedad o de bienes de poca importancia deben ser reguladas en otras áreas del derecho. Este criterio político-criminal nos llevaría, a aplicar un proceso de *descriminalización*, *destipificación* y *despenalización* de ciertas conductas actualmente previstas como delito en el Código Penal, si los bienes jurídicos son de poca importancia o las afectaciones poco trascendentes, para darles

otro tipo de solución;<sup>90</sup> pero, esta tendencia sólo es factible si se tiene el convencimiento de que el derecho penal no es la única vía para la solución de los conflictos o para tratar de proteger bienes jurídicos; además, es claro que dichos bienes no quedan desprotegidos, e incluso la solución puede ser más rápida que la penal.

Lo anterior quiere decir, que de las Reformas Constitucionales igualmente se derivarán importantes implicaciones para la reforma a la *legislación penal sustantiva*; por lo que, también habrá reformas a los Códigos Penales y será necesario diseñar un modelo a seguir, que permita si no la *unificación* de la legislación penal al menos su mayor *armonización*, de igual manera que se plantea con relación a la legislación procesal penal.

## 5. Necesidad de unificar o armonizar la legislación procesal penal

### a) La actual dispersión de criterios legislativos

1) Hasta antes del movimiento de reforma en materia procesal penal, que empezó a manifestarse a principios del siglo XXI, podría decirse que en México existía cierta uniformidad en cuanto a los criterios político-criminales que han caracterizado a la legislación procesal penal en el país, ya que -salvo algunas excepciones- la mayoría de los Códigos seguía como modelo al Código Federal de Procedimientos Penales (1934) y, por ende, al sistema procesal de corte *mixto*. Algunas de esas excepciones se dan sobre todo en la parte final del siglo XX, ya sea por la introducción en el ámbito federal de ciertas medidas que son exclusivas para enfrentar a la delincuencia organizada,<sup>91</sup>

<sup>90</sup> Ejemplo de este camino es el seguido en el Distrito Federal con relación a los delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, que ahora son atendidos por la justicia cívica o administrativa; y ello puede suceder con relación a otras conductas actualmente delictivas.

<sup>91</sup> En 1993 se reformó incluso la Constitución Política, con la finalidad de posibilitar a los órganos del Estado, particularmente al Ministerio Público, a ser más eficaces frente a la delincuencia cada vez más organizada y violenta que se observaba en México, haciéndose referencia por primera vez a la *delincuencia organizada* en el artículo 16 constitucional, para permitir la duplicación del término para retener a una persona en casos de delitos flagrantes o urgentes, que luego en 1994 se manifestó en los Códigos de Procedimientos Penales, federal y distrital, y en el Código Penal federal para vincularla con el narcotráfico. Desde 1992 se tuvo un anteproyecto de *Ley Federal para el Control de Drogas*, cuyas medidas político criminales para hacerle frente al narcotráfico sin duda diferían de las que tradicionalmente existían, pero que eran respuesta a las exigencias establecidas en instrumentos internacionales adoptados por el gobierno mexicano, como es el caso de la Convención de Viena de 1988. Finalmente, en 1996 se reformó nuevamente la Constitución, para introducir algunos mecanismos procesales, y se dio origen a la *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada* que los desarrolló de manera más amplia, además de introducir otras estrategias político-criminales de carácter procesal para actuar contra la delincuencia organizada. Véase Moisés Moreno Hernández, "Iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada", en Moisés Moreno Hernández, *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, 1999, pp. 383 y ss.

o porque algunos Códigos de Procedimientos Penales locales empiezan a reformarse y a apartarse de ciertos criterios del CFPP.<sup>92</sup> De esa manera empieza a observarse, sobre todo en el ámbito de la legislación federal, la concurrencia de criterios político-criminales encontrados, a raíz de la introducción de ciertas medidas cautelares y otros mecanismos procesales frente a la delincuencia organizada; algunos de ellos respondiendo a exigencias de corte *democrático*, mientras que otros van observando tintes *autoritarios*, por obedecer a compromisos internacionales que México fue adquiriendo a partir de la suscripción de instrumentos como la Convención de Viena (1988) y la Convención de Palermo (2000) en materia de delincuencia organizada transnacional. Es decir, en el terreno de la justicia penal mexicana coexisten tendencias político-criminales con ideologías distintas, que incluso han sido llevadas al plano constitucional y que habrá que compaginar en el plano de la legislación procesal penal.

2) Es cierto que la Reforma Constitucional de 2008 establece las bases de lo que a partir de ahora debe ser el sistema procesal penal en México, señalando los principios que habrán de orientarlo; pero, debe admitirse que no existe un modelo *único* de proceso acusatorio ni un modelo único de juicio oral; por ello, cada país ha ensayado o puede ensayar el que más se acomode a sus realidades. De ahí que hasta ahora prevalece aún cierta *incertidumbre* sobre este particular, debido precisamente a que, siendo el órgano legislativo al que le corresponde principalmente llevar a cabo la reforma a la legislación secundaria, no siempre existe la garantía de lograr la mayor coherencia respecto de su ideología y los alcances de ciertos contenidos constitucionales; tampoco la seguridad de que la legislación procesal penal que genere el legislador contendrá la mejor opción, debido a que aquí campea la mayor diversidad de criterios político-criminales en torno a los tantos temas fundamentales de la Reforma Constitucional, e incluso diversidad de intereses, que no siempre constituyen una muestra clara de si lo que más interesa es la justicia y la seguridad de los ciudadanos, para responder a las reales expectativas de la sociedad y a las exigencias del Estado democrático de Derecho, o si sólo se quiere dar la sensación de que algo se hace aunque ello no tenga implicación práctica alguna.

---

<sup>92</sup> Como sucede, por ejemplo, con los Códigos de Procedimientos Penales de Tabasco, Morelos y Guerrero; Véase sobre esto, Sergio García Ramírez, "El procedimiento penal en los Estados de la República: Los casos de Guerrero, Morelos y Tabasco", México, 1998.

Por otra parte, no obstante las bases constitucionales existentes, es evidente que muchos de sus contenidos serán vistos desde diferentes perspectivas y, por ende, serán objeto de diversos criterios de interpretación; lo que seguramente traerá como consecuencia que cada uno de esos contenidos constitucionales sea desarrollado de diferente manera en la legislación secundaria, como se observa ya en las legislaciones procesales de los lugares en que dicha reforma ha empezado a implementarse. Incluso algunos estados de la República iniciaron la transformación de su sistema de justicia penal antes de que la Reforma Constitucional fuese aprobada; por lo que, han adoptado ya un determinado modelo de proceso acusatorio y de juicio oral en sus legislaciones procesales,<sup>93</sup> de los que algunos observan un mayor grado de avance y de experiencia que otros; y, aún cuando cada uno de esos estados pueda legítimamente aspirar a servir de modelo en este proceso de reforma, uno de los primeros aspectos que habrá que revisar es si ellos han observado cabalmente los lineamientos constitucionales y, por otra, si han atendido a sus propias realidades y necesidades. De todos modos, sus experiencias deberán ser tomadas en cuenta en el proceso de implementación por las respectivas instancias de coordinación.

3) Asimismo, la existencia de diversos criterios legislativos se constata por la presencia de varios proyectos de legislación procesal penal que buscan incidir en este proceso de implementación. Así, por ejemplo, en el Congreso de la Unión existen desde hace algún tiempo sendas iniciativas de Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP); una que fue presentada por legisladores del PRI, encabezados por el entonces Diputado Camacho Quiroz,<sup>94</sup> y otra por legisladores del PRD; ambas tienen la pretensión de orientar el rumbo de la legislación procesal penal en el ámbito federal. Existe también un proyecto de Código Procesal Penal (CPP), conocido como el proyecto de la CONATRI,<sup>95</sup> que se ha presentado como un *modelo* de Código Procesal Penal para las Entidades Federativas, correspondiendo a cada una de estas decidir si lo sigue o no. Finalmente, algunos

---

<sup>93</sup> Como es el caso de Nuevo León, Chihuahua, Oaxaca, Estado de México, Morelos, Durango, Zacatecas, entre otros.

<sup>94</sup> Elaborada, según *communis opinio*, por la *Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso*.

<sup>95</sup> Comisión Nacional de Presidentes de Tribunales de Justicia, elaborado por algunos investigadores de la UNAM y, en principio, no varía esencialmente del proyecto de PRODERECHO, o del modelo chileno y del de otros países latinoamericanos.

miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, de la Asociación Nacional de Doctores en Derecho, del Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM) y de la Barra Mexicana Colegio de Abogados, entre otros organismos académicos, han estado trabajando desde hace algún tiempo en un proyecto de CFPP, que se conoce como el *Proyecto Alternativo de Código Federal de Procedimientos Penales*, que se presenta como una alternativa ante los proyectos “oficiales”; y si bien este último igualmente puede ser tomado en consideración por las entidades federativas en su proceso de implementación, lo cierto es que su existencia es muestra de la diversidad de criterios.

No obstante lo anterior, es claro que hasta ahora no se ha precisado el *modelo* de sistema procesal acusatorio y de juicio oral que habrá de implantarse en México, sobre todo por lo que hace al ámbito federal, siendo claro que dicho modelo procesal, además de responder a los lineamientos constitucionales, debe constituir una respuesta a las realidades y necesidades nacionales y a las expectativas de la sociedad. Por ello, la Secretaría Técnica trabaja actualmente en la confección de un *Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales*, conjuntamente con las instancias federales del Poder Ejecutivo, que próximamente se dará a conocer a la opinión pública, que sin duda también podrá orientar los trabajos legislativos en las entidades federativas.

## **b) El reto de lograr la unificación o la armonización de la legislación procesal penal**

1) Por razón de observarse una cierta dispersión de criterios legislativos, que sin duda no es lo que la Reforma Constitucional espera, uno de los grandes *retos* del proceso de implementación es *cómo* lograr la mayor *armonización de la legislación procesal* en el país; si es a través de un “*Código Tipo*” o “*Código Procesal Modelo*”, como es el caso del llamado “*Modelo CONATrib*”, que ha sido diseñado para las entidades federativas, o si es por medio de una “*Ley General*”, que fuese aprobado por el Congreso de la Unión, como se sugiere por la Red Nacional a Favor de los Juicios Orales y el Debido Proceso, que desde 2007 presentó un “*Anteproyecto de Ley General del Debido Proceso Penal*”; ambas son vías que de todos modos

podrían ser adoptadas y transformadas en los Estados con ciertas modalidades particulares, es decir, que cada uno podría desarrollarlo de manera diferente, sin que se garantice la armonización deseada. Por ello, en esa búsqueda y en esas discusiones, también se plantea incluso retomar lo que para muchos juristas desde hace tiempo ha sido un ideal, el de analizar cuáles serían las viabilidades de contar con una *legislación procesal penal única* para todo el país, y evitar así la dispersión o diversidad de criterios en la forma de procurar y administrar justicia en las entidades federativas y en todo México.

2) En efecto, con el movimiento de reforma al sistema de justicia penal a principios del presente siglo, que consideró la conveniencia de transitar hacia un sistema predominantemente acusatorio y oral y que desde 2003 encontró eco en la Conferencia Nacional de Procuradores de Justicia y en la de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, entre otras.<sup>96</sup> En noviembre de ese mismo año el partido Convergencia presentó dos iniciativas de ley, siendo la primera para adoptar un *Código Penal único* para toda la República Mexicana, argumentando que éste obedece a la “finalidad de fortalecer las estructuras judiciales locales y federales y simplificar la función de los órganos estatales encargados de prevenir el delito y procurar y administrar justicia”.<sup>97</sup> Sin embargo, el primer gran intento para transformar el sistema procesal penal mexicano se da en la iniciativa del presidente FOX de 2004, la que, además de proponer un *modelo procesal predominantemente acusatorio* y el destierro de todo rasgo inquisitivo, para garantizar la *presunción de inocencia, juicios rápidos y equilibrados, orales, transparentes y públicos*, sugirió la elaboración de un *Código Federal de Procedimientos Penales* que, acorde con las reformas que se proponen a la Constitución, transforme estructuralmente el procedimiento penal, simplifique la averiguación previa, establezca el proceso penal acusatorio, oral y público y mecanismos jurídicos para garantizar los derechos de las víctimas u ofendidos del delito, así como instrumentar medidas alternativas de solución de conflictos, entre otros. Como es sabido, estas propuestas no llegaron a ser

---

<sup>96</sup> Esa misma tendencia se observó en las recomendaciones del Sr. Rudolf Giuliani al gobierno del Distrito Federal, de “sustituir el juicio escrito por el juicio oral ante el juez”. *Cfr. Reporte Giuliani-SSP*. México, D.F., a 7 de agosto de 2003.

<sup>97</sup> Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 1367-II, miércoles 5 de noviembre de 2003.



discutidas por el órgano legislativo pero encerraban ya la idea de lo que tarde o temprano sucedería en nuestro sistema de justicia penal. Lo propio puede decirse con relación al programa de gobierno que en 2006 presentó el presidente CALDERÓN, que también señaló la necesidad de “establecer un *Código Penal Modelo*, para homologar el catálogo de delitos a nivel nacional y acabar con la diferenciación en la impartición de justicia”, así como “transitar hacia un sistema de corte acusatorio basado en juicios orales, que permita hacer la justicia pronta y expedita, así como transparentar la labor de quienes integran el sistema de impartición de justicia”.

Con el impulso anteriormente descrito, puede decirse que la idea de cambiar el actual sistema procesal por el *sistema acusatorio y oral* era ya irreversible, si bien hasta entonces no se planteaba como ineludible la idea de la unificación de la legislación procesal penal.

3) En cambio, el 4 de octubre de 2007 los diputados federales Marcela Cuén Garibi y Arturo Flores Grande (PAN) presentaron al pleno de la Cámara de Diputados una iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 73 y 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, “a fin de establecer un sistema de codificación penal único”. Se propuso reformar el primer párrafo de la fracción XXI, del artículo 73, así como el inciso h) de la fracción V, Base Primera, del apartado C, del artículo 122, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>98</sup> La propuesta fue turnada a comisiones pero aún no ha sido dictaminada; no obstante, debe destacarse que en la *exposición de motivos*<sup>99</sup> de la propuesta se señala que “uno de los grandes problemas que ha venido enfrentando el sistema de coordinación existente en la actualidad en materia de seguridad pública, ha sido la falta de una política criminal coherente, unificada y debidamente estructurada entre los distintos órdenes de gobierno”.

<sup>98</sup> Para quedar como sigue: “Artículo 73. ... XXI. Para fijar faltas contra la Federación, así como para expedir leyes en materia penal y de ejecución de sentencias penales para toda la República, mismas que serán aplicadas por las autoridades de la Federación, los estados y el Distrito Federal, de conformidad con la competencia que al efecto determine el Congreso de la Unión, en cuyo caso corresponderá a las autoridades federales el conocimiento de los delitos que impliquen una afectación directa a la Federación, sin perjuicio de los demás casos que prevea esta constitución”.

<sup>99</sup> La exposición de motivos de la iniciativa no tiene desperdicio, se recomienda retomar e incluso profundizar en el tema. Se citan los trabajos que en la materia han escrito especialistas como Franco Guzmán, Ricardo (*La Necesidad de Unificar la legislación Penal en toda la República*, <http://www.bibliojuridica.org/libros/1/419/9.pdf>), Raúl Carrancá y Trujillo (“La unificación de la legislación penal mexicana”, en *Criminalia*, año VII, núm. 4, 1º de diciembre de 1940), el ministro José María Ortiz Tirado, Felipe Sánchez Román y Luis Jiménez de Asúa. Faltó quizás analizar los trabajos que sobre el tema ha escrito Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (“Unificación de códigos procesales mexicanos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, núms. 37 a 40, 1960).

Como se ha dicho, de acuerdo con el actual diseño constitucional, cada entidad federativa y la Federación pueden establecer sus propias disposiciones penales tanto sustantivas como adjetivas, con relación a determinados delitos. En efecto, de la interpretación al actual artículo 73, fracción XXI, con relación al 124 constitucional, “la facultad legislativa en materia penal por parte del Congreso de la Unión se constriñe únicamente al establecimiento de delitos y sus correspondientes sanciones, respecto de actos que impliquen una afectación directa a la Federación; por lo que, a contrario *sensu* y tomando en consideración lo previsto en el artículo 124, que establece que las facultades que no se encuentren expresamente previstas en la Constitución a funcionarios federales se entienden conferidas a los estados, todas las demás conductas que desde el ámbito penal no impliquen una afectación directa a la Federación, pertenecen en cuanto a su facultad legislativa a los congresos estatales y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal”. Lo anterior ha traído consigo la existencia de 33 criterios legislativos diversos e inclusive discordantes en cuanto a sus postulados básicos, al existir 31 congresos locales que legislan en materia sustantiva y adjetiva penal, una Asamblea Legislativa del Distrito Federal que realiza lo propio para el Distrito Federal y el Congreso de la Unión, que es el facultado de expedir disposiciones sustantivas y adjetivas penales para regular las conductas y sanciones que implican una afectación directa a la Federación. Que “esta notable dispersión normativa en materia penal ha originado que hoy en día existan más de cien cuerpos normativos penales federales, estatales y del Distrito Federal, que prevén disposiciones penales tanto sustantivas como adjetivas, ello sin considerar las leyes especiales tanto del fuero federal como del fuero común que prevén delitos especiales, situación que viene a aumentar aún más esta considerable cifra”.

Y, “si bien hace varias décadas, el criterio unificador de la legislación penal operaba de facto, en donde generalmente las leyes penales de los estados adoptaban el diseño federal, esta situación obedecía a la existencia de un partido único en el gobierno, en donde la Federación prácticamente instruía la conformación de los marcos normativos penales existentes en los estados. No obstante, la existencia de congresos locales más democráticos e independientes

en cuanto a sus decisiones, ha hecho que el proceso de codificación penal presente variantes e incluso discrepancias entre una legislación estatal y otra, al grado de existir prácticamente un alto grado de dispersión legislativa". Por ello, se estima que "una solución viable a esta problemática que ha venido presentando el actual diseño legislativo, es el transitar hacia un sistema de codificación penal única para todo el país, en donde sea una sola instancia legislativa (Congreso de la Unión) la encargada de establecer las disposiciones legales, tanto sustantivas como adjetivas, que sean observables por todas las autoridades del país, respetando en todo momento los distintos ámbitos de competencia en cuanto a su implementación, así como respecto de la conformación orgánica a nivel legal de los órganos de prevención, procuración y administración de justicia de las entidades federativas".

4) Habrá que reconocer que, a diferencia de otros países que cuentan con una sola jurisdicción, el proceso de implementación resulta ser una tarea muy compleja, que dificulta la armonización legislativa, provocada principalmente por la *doble jurisdicción*, por la diversidad legislativa y de criterios en torno a distintos contenidos de la Constitución, como muestran los proyectos legislativos que se encuentran en el Congreso de la Unión y el que sirve de modelo para las Entidades Federativas, y que también se observa con los Códigos de Procedimientos Penales que ya se encuentran en vigor en algunos estados de la República. Por ello, ante la dificultad de lograr la *armonización* de la legislación procesal penal en México, para responder a los objetivos de la Reforma Constitucional de 2008, por las razones señaladas se impone la necesidad de *unificar* la legislación procesal penal, para que los criterios político-criminales que habrán de observarse en el procedimiento penal igualmente se unifiquen y evitar que en el país haya distintas formas de procurar y administrar la justicia penal.<sup>100</sup>

En virtud de lo anterior y de la enorme tarea que implica la implementación de la Reforma Constitucional, corresponde a la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la

---

100 Pero, mientras ello sea viable, habrá al menos que procurar la mayor uniformidad.

Implementación del Sistema de Justicia Penal,<sup>101</sup> encargarse de coordinar en primer lugar que dicha reforma se implemente en la legislación procesal penal, tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas, y será precisamente él quien señale los criterios y directrices a seguir, tanto por lo que hace a los alcances de los contenidos constitucionales -que no siempre son lo suficientemente claros- como con relación a lo que más puede convenir de acuerdo a las exigencias del Estado democrático de derecho y de nuestras realidades. Y todo ello, como lo señala el mismo decreto de creación del Consejo, con el respeto absoluto de las atribuciones que tienen tanto las instituciones y autoridades que intervienen en el Consejo de Coordinación como los gobiernos federal y locales, a quienes se prestará todo el apoyo necesario para la implementación de la Reforma Constitucional en materia de justicia penal.

### **III. OTROS RETOS CONCRETOS EN LA IMPLEMENTACIÓN DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL**

#### **1. Gradualidad de la implementación de las reformas e instancia de coordinación**

##### **a) Plazo para implementar la reforma al sistema de justicia penal:**

Como se dijo al inicio, se cuenta ya con las Reformas Constitucionales que establecen las bases y directrices que habrán de regir al nuevo sistema de justicia penal en el Estado mexicano. Pero, dada la amplitud y complejidad de dichas reformas, se consideró necesario establecer en los artículos transitorios del decreto respectivo, plazos específicos para que fueran entrando en vigor de manera gradual. Así, hay reformas que debieron entrar en vigor a partir del día siguiente de publicada la Reforma Constitucional en el DOF, que se derivan de los cambios a los

---

<sup>101</sup> Que es la instancia responsable que en el propio decreto publicado el 18 de junio de 2008 prevé.

artículos 16,<sup>102</sup> 18,<sup>103</sup> 21<sup>104</sup> y 22,<sup>105</sup> entre otros, de la Constitución Política; algunas en cambio, tienen un plazo de seis meses<sup>106</sup> y otras de tres años. Por lo que hace a las reformas al sistema de justicia penal, que implican el desarrollo del sistema procesal acusatorio y el establecimiento de los juicios orales, se prevé un período para su implementación que no debe exceder de ocho años; lapso de tiempo que empezó a correr desde el día 19 de junio de 2008.<sup>107</sup>

## **b) Creación del Consejo de Coordinación y de la Secretaría Técnica y sus avatares**

Asimismo, en los artículos transitorios de la Reforma Constitucional se previó crear una *instancia de coordinación*, cuyo objetivo central sería la implementación de la reforma relativa al *sistema procesal acusatorio y oral*; instancia que debía estar integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias Nacionales de Seguridad Pública, de Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales. Dicha instancia de coordinación, además, cuenta con una *Secretaría Técnica* (SETEC), que tiene como función: elaborar las propuestas del programa de coordinación para la implementación de la reforma procesal penal; coordinar el diseño de los proyectos de reformas legales, de los cambios organizacionales, de construcción y de operación de la infraestructura, así como de los programas de capacitación; coordinar las actividades de los distintos grupos y equipos de trabajo que se crearán para el desarrollo de los diversos programas de implementación; administrar el presupuesto que para cumplimiento de sus funciones le fuere asignado;

<sup>102</sup> Como son: definición de la flagrancia, suprimiendo la flagrancia equiparada; registro inmediato de la detención; regulación del arraigo sólo para delincuencia organizada; definición de la delincuencia organizada en la legislación federal; grabaciones privadas como medio de prueba; que deben hacerse en los CPP y en Leyes Orgánicas de las Procuradurías y de la Secretaría de Seguridad Pública, en su caso.

<sup>103</sup> Como: cambio de denominación de "reos" por "sentenciados", de "readaptación social" por "reinserción social", y agregar que ésta se logrará por medio de la salud y el deporte; convenios para que sentenciados extingan sus penas en establecimientos federales o viceversa; restringir el cumplimiento de penas en centros penitenciarios más cercanos a su domicilio para casos de delincuencia organizada y de internos que requieran medidas especiales de seguridad; centros especiales para prisión preventiva y ejecución de sentencias en casos de delincuencia organizada; restricción de comunicaciones en casos de delincuencia organizada o medidas especiales de seguridad.

<sup>104</sup> Reglas de investigación por el Ministerio Público y la policía y la relación entre éstos; ejercicio de la acción penal por un particular; trabajo a favor de la comunidad como sanción administrativa; asimismo, reformas en materia de seguridad pública, que tienen que ver con el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

<sup>105</sup> Regular el procedimiento de extinción de dominio a favor del Estado.

<sup>106</sup> Como la nueva Ley del Sistema Nacional de Seguridad Pública, según artículo 21 constitucional, que ya fue emitida.

<sup>107</sup> Con la salvedad de aquellos estados de la República que ya hayan establecido dicho sistema.

informar al pleno del Consejo de Coordinación cada seis meses sobre los avances de los programas de implementación, así como presentar un informe financiero sobre la administración de los fondos; entre otras.

En virtud de que en los citados artículos transitorios no se especificó la forma en que dicha instancia de coordinación sería creada,<sup>108</sup> ni la forma en que sería designado el Secretario Técnico, se generaron diversos criterios de interpretación en torno a los artículos transitorios de la Constitución. Mientras que para algunos, sobre todo del lado legislativo, la creación de la citada instancia de coordinación debería ser a través de una *Ley*, por lo que correspondería hacerlo al Congreso de la Unión, y de ahí que poco tiempo después de la publicación de la reforma fue presentada en el Congreso una propuesta de *Ley* para la creación de dicho organismo, en la que también se preveía la forma de designación del Secretario Técnico, pero sin que dicha propuesta haya sido discutida; para otros, en cambio, la facultad de implementar las Reformas Constitucionales compete al Ejecutivo Federal, por lo que éste podría hacerlo a través de un *Decreto* y que a él correspondería también el nombramiento del Secretario Técnico.

Lo cierto es que, al agotarse el tiempo máximo para que dicha instancia de coordinación se creara<sup>109</sup> sin que se hubiese generado ni el decreto ni la ley,<sup>110</sup> finalmente el Ejecutivo Federal designó al Secretario Técnico en el mes de septiembre y, más adelante, expidió el *Decreto* por el que se crea la citada instancia, con el nombre de *Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal*, publicado en el DOF del 13 de octubre de 2008, en el que se señalan los objetivos, miembros que lo integran y atribuciones de la citada instancia de coordinación, así como las funciones que corresponden a la Secretaría Técnica, entre otras cuestiones.

Como era de esperarse, no faltaron las opiniones que cuestionaron tanto la forma de designación del Secretario Técnico<sup>111</sup> como la forma en que dicha instancia fue generada y la adscripción que se le asignó.<sup>112</sup>

108 De si sería a través de una *ley* expedida por el Congreso de la Unión o por medio de un *decreto presidencial*.

109 Que era de dos meses, contados a partir del 19 de junio de 2008.

110 Lo que fue atribuible no sólo al Ejecutivo Federal sino también al Poder Legislativo.

111 Por haber sido hecha sin que previamente se creara el Consejo de Coordinación.

112 Algunas de esas opiniones proceden del ámbito legislativo, otras del sector judicial o del académico. Así, por ejemplo, la opinión vertida por el Diputado César Camacho Quiroz, quien afirmaba que "*La Presidencia de la República, a través de la Secretaría de Gobernación, sin base legal, ni fundamento lógico que lo sustente, necea en crear una instancia de coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, contraviniendo el texto y el espíritu de la Reforma Constitucional en la materia recientemente aprobada*" (fuente: *El economista*, jueves 16 de octubre de 2008).

No obstante, por tratarse de una reforma de gran trascendencia y por la enorme importancia de la tarea que había que emprender para su implementación, también era de esperarse que se dieran los mejores consensos entre los distintos actores para que el Consejo de Coordinación y su Secretaría Técnica pronto mostraran su gran vitalidad en bien de la justicia penal en nuestro país.

En efecto, después de publicada la Reforma Constitucional tuvo que pasar exactamente un año para que los principales actores de esta tarea, los tres poderes federales, Legislativo, Ejecutivo y Judicial, suscribieran un **Acuerdo** (el 10 de junio de 2009) para dar cumplimiento al mandato constitucional de instalar la instancia de coordinación prevista en el artículo noveno transitorio del Decreto de Reformas Constitucionales y establecer las bases para la operación del Consejo de Coordinación, reconociendo, por una parte, “la necesidad de que las Reformas Constitucionales al sistema de justicia penal y de seguridad pública en nuestro país tengan efecto y cuenten con el respaldo institucional que corresponde a una adecuada política de Estado” y, por otra, que el Consejo de Coordinación tiene por objeto el “analizar y acordar las políticas de coordinación nacionales necesarias para implementar, en los tres órdenes de gobierno, con la concurrencia de la sociedad civil y la academia, el nuevo Sistema de Justicia Penal”. Asimismo, se dispuso que “la **Secretaría Técnica** del Consejo de Coordinación quede a cargo del titular del Órgano Administrativo Desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que fue creado mediante Decreto del Ejecutivo Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de octubre de 2008, que tiene entre sus fines institucionales el de coadyuvar y brindar apoyo a las autoridades locales y federales en la implementación del Sistema de Justicia Penal”. Y, que “corresponderá al pleno del Consejo de Coordinación conocer y sancionar la normatividad interna que sea necesaria, a efecto de dar cabal cumplimiento a lo previsto en el presente instrumento y, en general, para que ese órgano pueda cumplir adecuadamente con su objeto”. Con base en el anterior acuerdo, el 18 de junio de 2008 se instaló por primera vez el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, y cada uno de sus miembros ratificó el compromiso de actuar coordinadamente con los demás para atender la demanda ciudadana de un mejor sistema de justicia, con respeto irrestricto a garantías individuales.

Con ello, la Secretaría Técnica asumió formalmente sus funciones como órgano que es del Consejo.

No obstante que en el mes de junio de 2010 la Reforma Constitucional cumplirá dos años de haberse publicado, de acuerdo con lo anterior la instancia coordinadora de la implementación cumple apenas un año de haber asumido su función. Sin embargo, al año de aprobadas las reformas la tarea de implementación fue objeto de duros cuestionamientos por parte de miembros de la Red Nacional a favor de los Juicios Orales en un primer foro sobre “*Seguridad y Justicia*” (junio 2009), por sus pocos resultados. Lo propio sucede pocos días antes de cumplir dos años la reforma, en un *segundo foro* sobre “*Seguridad y Justicia*”, realizado por la misma Red los días 24 y 25 de mayo de 2010, en que se insiste sobre los “magros” resultados obtenidos por la instancia coordinadora de la implementación, si bien ahora se reconoció que esos pocos avances se deben a los escasos apoyos económicos existidos; incluso alguien dijo que la Reforma Penal no avanza porque se encuentra “secuestrada”.

Lo cierto es que en algunas de las diversas manifestaciones expresadas a propósito de este segundo aniversario, que sin duda tienen como principal destinatario a la Secretaría Técnica, así como a la labor que ésta realiza, tal vez porque es muy poco conocida, son aún perceptibles las mismas motivaciones de aquellas primeras afirmaciones que se hicieron al crearse la Secretaría y al cumplir un año las reformas. Pero, de la misma manera que expresé con relación a las dificultades del parto en que surgió la Secretaría Técnica, y lo que hace al desfase temporal del inicio del proceso de implementación de las Reformas Constitucionales, por la necesidad de acordar la forma y criterios a seguir, creo que sigue siendo oportuno el momento para alcanzar mejores acuerdos entre todos los actores para lograr los grandes objetivos de la reforma.



## 2. Criterios que deben orientar la implementación de la Reforma Constitucional

### a) Es función de la Secretaría Técnica el generar y sugerir los criterios a seguir

1) De acuerdo con la normatividad existente, será el Consejo de Coordinación y la Secretaría Técnica los que se encarguen de establecer la forma y los criterios a seguir, con el concurso de los representantes de las distintas instituciones y organismos públicos y privados que deben intervenir. Y, así como se ha discutido sobre el *cómo* debe ser la reforma al sistema de justicia penal y de seguridad pública, para que resulte funcional y responda a las exigencias del Estado democrático de Derecho y a las expectativas de la sociedad, en esta etapa de implementación corresponde precisar la *forma* que se seguirá y los *criterios* que se aplicarán por quienes se encargarán de esta importante tarea, que a su vez serán observados tanto en el ámbito federal como de las entidades federativas para que los objetivos de la reforma se logren de la mejor manera.<sup>113</sup> Lo anterior pone también de manifiesto, como se ha dicho, la necesidad de buscar las mejores vías para lograr una mayor *armonización de la legislación procesal penal* o, de ser posible, la *unificación de la legislación procesal* en nuestro país. Y eso es precisamente uno de los temas de los que se ocupará la SETEC, que consiste en establecer algunos criterios respecto de los alcances de diversos contenidos de la Reforma Constitucional, que servirán para orientar la reforma a la legislación procesal penal en todo el país.

2) Por ello, no obstante la base constitucional ya establecida, considero que el punto que prioritaria y mayormente tiene que atenderse es aquél que tiene que ver, entre otras cosas, con el *tipo de sistema procesal acusatorio y oral* que se adoptará y aplicará en el sistema de justicia penal mexicano. Lo anterior, como he dicho, si partimos de la idea de que no hay un *único modelo* de sistema procesal acusatorio ni de juicio oral. La diversidad de modelos y de prácticas obliga a buscar el que mejor se acomode a las realidades y

---

<sup>113</sup> Pero también puede suceder que los objetivos no se logren y, consecuentemente, el proceso de implementación fracase, si no se dan los consensos necesarios en torno a la mejor forma de hacerlo, o si la implementación se reduce simplemente a trasplantar un determinado modelo procesal, que tal vez no se acomode a las realidades nacionales.

posibilidades nacionales; pero, para ello, es necesario contar con un previo *diagnóstico* de nuestra realidad socio-cultural y jurídica, así como del sistema de justicia penal, tanto en el ámbito federal como en el local, para determinar y conocer sus problemas y necesidades, establecer lo que se requiere hacer en materia procesal penal y planificar su gradual implementación.

De acuerdo con lo anterior, de ninguna manera puede recomendarse el camino fácil de copiar y simplemente trasplantar algún modelo, por el sólo hecho de que en algún lugar haya sido funcional; lo que, por supuesto, no excluye que en los procesos de implementación se tomen en cuenta las experiencias de otros países, no sólo con relación a los éxitos sino también por lo que hace a los fracasos, para orientar debidamente el rumbo a seguir, que indudablemente tendrá que basarse en las mejores prácticas. Es decir, no se niega la importancia que para estos efectos puede tener la experiencia comparada, precisamente porque ella nos muestra qué prácticas son exitosas y cuáles no. Pero, también es innegable que uno de los aspectos que necesariamente deben ser considerados en este proceso son las diferencias socio-políticas, culturales, jurídicas y judiciales que existen en los distintos países, aún cuando sean de un mismo continente, para evitar implantes extralógicos que, lejos de aportar soluciones, puedan provocar mayores desencantos.

3) Entre los grandes *desafíos* de la reforma al sistema de justicia penal, que la SETEC debe procurar que se atiendan, destacan, en primer lugar, los que tienen que ver con sus propios *objetivos*, como son:

- La reforma debe responder a las *expectativas* de la sociedad, que espera mayor protección de sus bienes jurídicos frente al delito;
- Se debe recuperar la *credibilidad* y la *legitimación* del sistema de justicia penal y de sus instituciones, que actualmente se encuentran afectadas por los pocos rendimientos que ha tenido con relación a sus objetivos;
- Dar respuesta a las exigencias del *Estado democrático de derecho* y hacer realidad los principios y garantías del derecho penal sustantivo o material de corte democrático y liberal;

- Habrá que superar los obstáculos que pueden darse al interior del propio sistema de justicia penal, por las resistencias al cambio;
- Habrá que superar algunos *mitos* en torno a la reforma al sistema procesal penal y evitar falsas expectativas sociales; entre otros.

## b) Función de las instancias implementadoras de la reforma en los estados

1) Toda vez que el sistema procesal penal que diseña la Constitución ahora será desarrollado en la legislación secundaria, ello será tarea de las instancias de coordinación de la implementación que se establezcan en cada una de las entidades federativas; por lo que, corresponderá en primer lugar a los legisladores, pero también a los demás actores que se ocupen de implementar los cambios en los distintos sectores y niveles del sistema de justicia penal (procuración y administración de justicia, así como ejecución penal), aplicar los mejores criterios y prácticas proporcionados por el derecho comparado, para que los grandes objetivos de la Reforma Constitucional se hagan realidad de manera óptima, siempre dentro del marco del Estado constitucional de derecho, procurando eliminar o reducir al mínimo la discrecionalidad y la arbitrariedad, para garantizar mayores espacios a las libertades humanas.

Por otra parte, así como resulta ineludible la introducción de ciertas novedades en nuestro sistema de justicia penal, también habrá que reconocer que en el actual sistema penal existen cosas positivas que deben seguirse aplicando a pesar de la modernidad y de los juicios orales. Una de ellas es, sin duda, el *juicio de amparo*, cuyo rol en el sistema procesal acusatorio y oral será imprescindible, aunque en todo caso tenga que redimensionarse.

2) Asimismo, debe tenerse claro que la reforma procesal penal no puede verse como una cuestión aislada, sino como parte esencial de un todo que es el *sistema de justicia penal*; éste, a su vez, debe ser considerado como una de las importantes manifestaciones de la *política criminal* del estado mexicano.<sup>114</sup> Por ello, en el diseño y

<sup>114</sup> La *política criminal*, entendida como la política pública frente al crimen, no debe limitarse sólo al uso de medidas meramente represivas de carácter penal sino que debe contar con otras alternativas, tal vez más funcionales, entre las que destacan las medidas de *prevención del delito*, como se destaca en la reforma al artículo 21 de la Constitución Política (DO, 18 de junio de 2008) en donde se señala que la prevención del delito debe ser uno de los programas más importantes de que debe ocuparse el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

desarrollo del sistema procesal penal acusatorio, en los términos del decreto que le dio origen, necesariamente habrá que considerar a los otros aspectos del sistema de justicia penal, así como aspectos del sistema de seguridad pública. Sólo de esa manera se puede garantizar que el nuevo sistema procesal penal resulte congruente y funcional y se sustente en criterios y principios uniformes como lo impone el *Estado democrático de derecho*. Es decir, la reforma procesal penal debe partir de una visión de *integralidad*, para que esté en condiciones de cumplir con su importante cometido, así como de *uniformidad* en cuanto a su orientación filosófico-política, para que se ajuste a la ideología constitucional.

Lo anterior quiere decir que, si bien el artículo segundo transitorio del decreto de Reforma Constitucional<sup>115</sup> se contrae expresamente al sistema procesal acusatorio y oral, es evidente que, al hacer referencia a contenidos de diversas disposiciones constitucionales (artículos 16, 17, 19, 20 y 21), la tarea no puede limitarse a atender sólo a una de las fases del proceso sino a todas, incluyendo a la que tradicionalmente se ha conocido como *averiguación previa* -que comprende la investigación de los delitos por parte del Ministerio Público y de la policía, el ejercicio de la acción penal- y a la que tiene que ver con la *ejecución de sanciones*. Por lo que, el sistema procesal penal acusatorio debe ser visto en sus diversas interrelaciones o vinculaciones dentro del propio sistema de justicia penal (*intrasistémicas*), que involucra la actuación de todos los actores del sistema penal; pero también en sus vinculaciones *extrasistémicas*, con los actores de otros ámbitos de la política criminal, como los del sector de la seguridad pública propiamente dicha, sobre todo cuando al lado del sistema penal habrá que desarrollar todo un amplio programa de *prevención del delito* (sea general o especial), o bien cuando muy estrechamente con el proceso penal habrá que implementar los *mecanismos alternativos de solución de controversias*, etc. Lo que implica que también deberá existir una muy estrecha coordinación entre las distintas áreas involucradas.

---

115 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Para ello, los diversos actores deben estar conscientes de las dificultades que implica la implementación de las Reformas Constitucionales si no se trabaja de manera coordinada. Por ello, se espera que todos los participantes en este proceso, con especial énfasis las instituciones directamente involucradas tanto en el ámbito federal como en cada una de las entidades federativas, se involucren seriamente en este proceso de hacer realidad los objetivos importantes de las Reformas Constitucionales. Ciertamente para ello se cuenta con ocho años, de los cuales ya sólo quedan seis; y si bien parece ser mucho tiempo, es claro que para una reforma de esta magnitud, que implica la transformación de todo el sistema de justicia penal, es decir, tanto un cambio de fondo de la forma de funcionar de las cosas como un cambio de fondo en la forma de pensar y en la actitud de sus distintos actores, ese tiempo puede resultar muy corto si no se empieza desde ahora a planificar y poner en marcha su implementación.



# LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

---

DR. RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA<sup>1\*</sup>

AQUEL QUE DUDA Y NO INVESTIGA,  
SE TORNA NO SÓLO INFELIZ,  
SINO TAMBIÉN INJUSTO.

BLAS PASCAL

<sup>1\*</sup> Presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.



## **SUMARIO**

Introducción. **I.** Evolución del derecho a la presunción de inocencia. **II.** Vigencia de la presunción de inocencia en instrumentos internacionales. **III.** Sobre el concepto de presunción de inocencia. a) ¿Derecho o principio? **IV.** Reconocimiento jurídico de la presunción de inocencia en la legislación nacional. **V.** El necesario desarrollo del derecho humano a la presunción de inocencia. **VI.** Reflexión final.





---

## INTRODUCCIÓN

El tema de la presunción de inocencia conviene tratarlo no sólo como una constante en la situación o estado jurídico de los imputados y en su defensa, cuyo impacto se ha referido al proceso penal, que es su campo original y prioritario, sino que se traslada a cualquier procedimiento sancionador, por la analogía material entre el *ius punendi* del Estado y la capacidad sancionatoria de la administración.

Motivo por el cual su análisis no se limita a un principio teórico del derecho, por el contrario, demanda su inclusión plena en las leyes, como una limitante del proceder de las autoridades y, sobre todo, los medios de que puede hacer uso el particular al momento en que sufre consecuencias por serle vulnerado un derecho que se le reconoce en su favor.

Atento a lo anterior, resulta importante señalar que aun cuando el derecho a la presunción de inocencia ha quedado plasmado de manera explícita en el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en virtud de la reforma del 18 de junio de 2008, no existe una legislación secundaria clara que desarrolle y dé contenido al precepto constitucional, por lo que resulta preciso avanzar en la materia y regular los términos y condiciones bajo los cuales podrá hacerse efectivo, ya que no existe nada más lamentable que tener un derecho pero no contar con los lineamientos para hacerlo efectivo.

## I. EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La tradición empirista de la prueba,<sup>1</sup> influyó considerablemente en la fractura lógica que separa indefectiblemente los datos probatorios y los hechos probados, y que ningún artificio legal está en condiciones de colmar: conforme a ello, Filangieri, Pagano y Carmignani sostuvieron que al no ser demostrables lógicamente las conclusiones de hecho, sino sólo aceptables argumentadamente con preferencia sobre otras, la «certidumbre» de la verdad judicial fáctica nunca es absoluta u objetiva sino tan solo «moral» o «subjetiva».<sup>2</sup>

Asimismo, la afirmación de los principios de atribución y de estricta legalidad, según los cuales la pena debe ser una consecuencia del hecho previsto por la ley como delito y no de otro hecho previsto por ella como probatorio: a pesar de su confianza en la racionalidad de la ley y su desconfianza hacia el arbitrio de los jueces, los ilustrados no podían dejar de comprender que la legalidad de las pruebas es incompatible con la legalidad de los delitos y las penas.<sup>3</sup>

De ahí que fuera posible distinguir entre el principio *in dubio pro reo* y el derecho humano a la presunción de inocencia, y ya en el año 1764,<sup>4</sup> Beccaria estableció la manera en que el proceso penal inquisitivo se conduciría para el indiciado, pues en el trato que recibía tenía el carácter de culpable; de tal manera que si pretendía eludir la condena era

---

1 Véase particularmente, Hume, David, *Tratado de la naturaleza humana*, trad. Félix Duque, Madrid, Tecnos, 2002; Locke, John, *Tratado del entendimiento humano*, México, 2000, Fondo de Cultura Económica; Leibniz, Gottfried Wilhelm, Freiherr von, *Nuevo tratado sobre el entendimiento humano*, trad. Eduardo Ovejero y Maury, Buenos Aires, Aguilar, 1970. Es importante recordar que esta tradición empirista (inglesa) fue consecuencia de la primera enunciación legal del principio de jurisdiccionalidad que se halla en el artículo 39 de la Magna Charta inglesa de 1215, así lo expresa Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, et al., Trotta, Madrid, 2004, p. 539. «Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni modificada su posición de cualquiera otra forma, ni nos procederemos con fuerza contra él, ni mandaremos a otros a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país». En esta formulación clásica, el principio expresa ya más o menos explícitamente tres garantías fundamentales -comenta Ferrajoli-: a) el *habeas corpus*, es decir, la inmunidad del ciudadano frente a restricciones arbitrarias de su libertad personal y, en general, frente a castigos o intervenciones de autoridades que lesionen sus derechos; b) la *reserva de jurisdicción* en materia penal, es decir, la atribución de la averiguación y represión de los delitos únicamente al «juicio legal» de un sujeto imparcial e independiente; c) la *presunción de inocencia*, en virtud de la cual nadie puede ser tratado o castigado como culpable, sin un «juicio legal» y antes de que éste concluya».

2 Ferrajoli, Luigi, *op.cit.,supra*, p. 138. Sin embargo, deja patente Ferrajoli que el principio de presunción de inocencia se remonta directamente al derecho romano, pero lo que acontecía en la Baja Edad Media con las prácticas inquisitivas impidió su aplicación, «baste recordar que en el proceso penal medieval la insuficiencia de prueba, cuando dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve», *idem*, p. 550.

3 Ferrajoli, Luigi, *op. cit., supra*, p. 138.

4 Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, México, Porrúa, 1999.

necesario probar su inocencia, situación que parecía contraria al ideal de justicia, es decir suponer la culpabilidad salvo prueba en contrario.

En este sentido, Beccaria negó rotundamente a la denominada “casi prueba” y “semiprueba”, en virtud de que era tan rechazable como suponer que un hombre pudiera ser semi impune o semi absolvable, y afirmaba “parece como si las leyes o el juez tuvieran interés no en buscar la verdad, sino en probar el delito; como si no hubiera peligro mayor de condenar a un inocente cuando la probabilidad de la inocencia supera a la del delito”.<sup>5</sup>

El impacto de las ideas de Beccaria propiciaron el necesario cambio y adecuación del sistema de justicia de la época,<sup>6</sup> al grado de prohibirse el tormento en el año de 1780, con motivo del interés de Luis XVI respecto del tema.

Más adelante, a raíz de la Revolución francesa, de 1789, se coloca el sufragio en el centro del nuevo orden político como un medio necesario para la legitimación de la autoridad pública. El *sufragio* permite el desarrollo de la igualdad individual. La noción clásica de ciudadanía plantea, el valor de la igualdad, expresado en derechos y fórmulas jurídicas idénticas para todos.

En este sentido, los derechos del hombre y del ciudadano establecieron las premisas para el reconocimiento de la tolerancia como fundamento del Estado liberal democrático. En consecuencia, el respeto por “el otro” constituye un principio que nace del proyecto político de la Ilustración y que se sustenta en una igualdad democrática de los derechos.<sup>7</sup>

---

5 De ahí el interés por que se revisen temas tales como el marco jurídico del arraigo y los testigos protegidos, pues no existe nada más lamentable que hacer sufrir consecuencias jurídicas a una persona que no tiene vinculación alguna con la comisión de un delito.

6 En este sentido, se ha expresado Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal, parte general*, 12ª ed., México, Porrúa, 1995, p. 61, que el libro de Beccaria “...logró convulsionar a la sociedad de su época, estableciendo una serie de principios o derechos mínimos del delincuente...La influencia del libro de Beccaria se tradujo en notables reformas en la legislación penal, entre ellas la abolición, en muchos casos, de la pena capital y de la tortura; consagró la proporcionalidad de la pena a la gravedad de los delitos; limitó los poderes del juez y, en lo posible, hizo más expedita la justicia”.

7 Ferrajoli, Luigi, *op. cit. supra*, pp. 138 y s. “Sólo en la medida en que se reconozca, conforme al carácter no deductivo sino inductivo del razonamiento probatorio, que ninguna prueba implica necesariamente el delito, se puede decir, conforme al principio de estricta legalidad, que la condena y la pena no provienen de la prueba sino del delito. En este sentido, el principio de libre convicción del juez no representa un criterio positivo de decisión sobre la verdad alternativo al de las pruebas legales como suficientes para determinar la condena y la pena, precisamente, aquél significa: 1) la no presunción legal de culpabilidad en presencia de tipos de prueba abstractamente previstos por la ley; 2) la presunción de inocencia en ausencia de pruebas concretamente convincentes de su falsedad; 3) la carga para la acusación de exhibir tales pruebas, el derecho de la defensa de refutarlas y el deber del juez de motivar conforme a ellas la propia convicción en caso de condena; y 4) la cuestionabilidad de cualquier prueba, que siempre justifica la duda como hábito profesional del juez y, conforme a ello, permite la absolución”.

Ahora bien, fue con motivo de la aparición del principio de libre ponderación de los medios de prueba (siglo XIX), que se hace necesario aludir al *in dubio pro reo* como sinónimo de garantía.<sup>8</sup> Sin embargo, con la llegada del fascismo se reflejó una crisis en el principio de presunción de inocencia, y con ello, el claro abuso de la prisión preventiva que desde entonces se ha vivido en toda Iberoamérica.<sup>9</sup>

## II. VIGENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El derecho de presunción de inocencia se encuentra reconocido en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1 de diciembre de 1948;<sup>10</sup> asimismo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.2; de igual modo lo prevé la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su artículo XXVI; la Convención Americana sobre Derechos Humanos;<sup>11</sup> y, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Reclusos de 1955;<sup>12</sup> así como el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.<sup>13</sup> Estos ordenamientos jurídicos reconocen de manera expresa el compromiso

<sup>8</sup> Para Ferrajoli, Luigi, *op. cit. supra*, p. 235, "es una cuestión de legitimación sólo parcialmente interna la del «cómo juzgar», que en parte está condicionada por la anterior, es decir, por las técnicas de prohibición adoptadas. Allí donde queda satisfecho ese específico de estricta legalidad o de taxatividad de los delitos, llegar con los límites que conocemos a la verificación o al desmentido formal de los supuestos típicos juzgados, gracias a una serie de garantías procesales como la carga de la prueba, la presunción de inocencia, a la falta de prueba en contrario, el procedimiento contradictorio y la regla *in dubio pro reo*. A la inversa, en los ordenamientos y en las doctrinas que ignoran de la desviación penal, quedan legitimados internamente poderes dispositivos y procedimientos indagatorios que apuntan hacia modelos de verdad sustancial o considerada como tal por el juez a partir de criterios subjetivos de legitimidad externa. En cualquier caso, esa parte de «poder» que concurre con el «saber» en la determinación de las decisiones judiciales remite inevitablemente a criterios de justificación externa".

<sup>9</sup> Véase entre otros, Hernández Pliego, Julio Antonio, "Presunción de inocencia y prisión preventiva", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 2ª época, No. 1, diciembre, México, 2001; Nader Kurí, Jorge, "Ampliación de la garantía de presunción de inocencia", pp. 502 y ss, de igual manera, Véase el minucioso trabajo de Sanz Mulas, Nieves, *Alternativas a la prisión. Su viabilidad en las legislaciones centroamericanas, española y mexicana*, México, INACIPE, 2004.

<sup>10</sup> En su artículo 11, refiere: "Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...".

<sup>11</sup> El artículo 8.2., señala: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".

<sup>12</sup> El artículo 84.1, señala "... El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia sin perjuicio de las disposiciones legales relativas a la protección de la libertad individual o de las que fijen el procedimiento que se deberá seguir respecto a los acusados..."

<sup>13</sup> Previsto en su numeral 6.2, "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada".

de los Estados de garantizar que: *toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.*

De la misma manera acontece en las constituciones de países tales como: Bolivia,<sup>14</sup> Chile,<sup>15</sup> Colombia,<sup>16</sup> Ecuador,<sup>17</sup> Nicaragua,<sup>18</sup> Perú<sup>19</sup> y Paraguay,<sup>20</sup> que prevén expresamente la presunción de Inocencia.<sup>21</sup> Aunado a que las resoluciones de la Corte Europea de Derechos humanos sobre los casos Kebilene y Salabiaku, han declarado la inconstitucionalidad de las leyes que aluden a la presunción de culpabilidad.

Por otro lado, las conclusiones que se obtuvieron del XII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), celebrado en Hamburgo en 1979, incluyeron que la presunción de inocencia es un principio fundamental de la justicia penal integrado por un elemento distintivo, el cual consiste en que ante la duda la decisión definitiva debe ser la más favorable al inculpado.

La tendencia en materia de reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia se presenta de manera ejemplar en los países europeos, muestra de ello son los sistemas jurídicos español y francés; en el caso del primero se ha planteado hasta ahora la tendencia del

14 Contemplado en el artículo 16, fracción I "Se presume la inocencia del encausado mientras no se pruebe su culpabilidad".

15 Artículo 80 A.- "Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales..."

"El ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen".

16 Artículo 29, párrafo cuarto, señala: "Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho". Más en detalle, véanse Muñoz Molano, Gerardo, "Debido proceso, presunción de inocencia, derecho a la defensa, *in dubio pro reo* y principio de legalidad frente a la libertad de información", en *Derecho penal y criminología*, vol. XXII, No 71, enero-abril, Bogotá, Colombia, 2001; Parra Quijano, Jairo, "Presunción de inocencia", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, nos 18-19, Bogotá, Colombia, 1995.

17 Artículo 24.7 "Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada".

18 Artículo 34.1. "A que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley". Sobre el Derecho nicaraguense Véase Arana Poveda, Arcadio Xavier, "Prisión provisional y presunción de inocencia", *Justicia. Revista del Poder Judicial*, segunda época, año 8, no. 28, junio, Managua, Nicaragua, 2003.

19 Artículo 24, inciso e. "Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad".

20 Artículo 17.1. 1. "Que sea presumida su inocencia".

21 Desde un punto de vista de Derecho comparado constitucional, Véase particularmente, Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano comparado*, México, Porrúa, 1999.

Tribunal Constitucional por reconocer y hacer efectivo el derecho a la presunción de inocencia, y en el caso del segundo, vale la pena mencionar el contenido de las reformas de junio del año 2000, en las cuales se plantea un pleno reconocimiento y desarrollo del derecho a la presunción de inocencia.

En torno a lo anterior, se debe analizar cómo el Tribunal Constitucional en España sostiene desde su sentencia 31/1981 que, “una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial (*in dubio pro reo*) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata”. El mismo concepto se expresó con toda claridad en la sentencia del Tribunal Constitucional 55/1982<sup>22</sup>, en la que se afirmó que “para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba” y se derivó esta exigencia del derecho a la presunción de inocencia.

“La presunción de inocencia, que en su formación latina <<*in dubio pro reo*>> ha estado presente en nuestro ordenamiento jurídico como principio general (...), ha venido a ser, desde su constitucionalización en el artículo 24.2 de la Constitución Española, un auténtico derecho fundamental, vinculante para todos los Tribunales de Justicia y dotado de la garantía del amparo constitucional”.<sup>23</sup> La discusión en torno a la tesis central de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, como se puede ver, no versó sobre el carácter de derecho fundamental de *in dubio pro reo*, sino, en realidad, sobre el aspecto institucional referente al control de su observancia por parte de la judicatura ordinaria en el marco del recurso de amparo, es decir, por parte del Tribunal Constitucional. El alcance de la discrepancia es sumamente importante porque el voto particular, que puso en duda la competencia del Tribunal constitucional al respecto, en verdad, subrayó que tal control estaba constitucionalmente reservado por el artículo 117.3 de la Constitución española a la exclusiva

<sup>22</sup> De 26 de julio (“BOE” núm. 197, de 18 de agosto), Sala Segunda, recurso de amparo.

<sup>23</sup> Cfr. *Jurisprudencia constitucional*, ed. conjunta del Tribunal Constitucional y “Boletín Oficial del Estado”, t. II, p. 222. Véase más en detalle, Bacigalupo, Enrique, “Presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, y recurso de casación”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLI, fasc. II, mayo-agosto, Madrid, 1988; Martín Santos, María del Pilar, “La Constitución de 1978 y la presunción de inocencia como derecho fundamental”, en *Derecho y opinión*, no. 1, diciembre, Córdoba, 1993; Romero Arias, Esteban, *La presunción de inocencia; estudio de algunas de las consecuencias de la constitucionalización de este derecho fundamental*, Pamplona, Aranzadi, 1985; Jaén Vallejo, Manuel, *La presunción de inocencia en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Akal, 1987.

jurisdicción de los tribunales del Poder Judicial, afirmando implícitamente, que éstos debían considerar el principio *in dubio pro reo* como parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por otra parte, las reformas insertas en la ley francesa número 2000-1354, del 30 de diciembre de 2000, plantean estrategias en materia de procedimientos penales a fin de evitar la victimización innecesaria de los miembros de la sociedad.

La redacción legal francesa plantea fórmulas tales como:

- A. Toda persona sometida a un procedimiento ante el Ministerio Público o el juez debe ser beneficiada con la presunción de inocencia hasta en tanto no se establezca de manera clara su culpabilidad.
- B. Toda persona tiene derecho a que le sea respetado su derecho a la presunción de inocencia.
- C. En caso de que una persona sea señalada como responsable de un delito y posteriormente el juez determine su inocencia, el juez queda facultado para que, sin perjuicio de lo relativo a la reparación del daño, pueda dictar algunas medidas tales como la inserción en medios públicos de los comunicados correspondientes a fin de acreditar ante la sociedad la imagen correspondiente.
- D. El fortalecimiento del derecho a la defensa y del derecho a contradecir a la autoridad investigadora.
- E. El fortalecimiento de los derechos y garantías en materia de detenciones provisionales.
- F. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
- G. La limitación de cualquier atentado contra la buena imagen o reputación del justiciable; recordemos que la verdadera condena de un hombre de bien se cumple fuera de la cárcel, porque cuando ya no puede exhibir su talante o autoestima, o cuando a pesar de hacerlo, sabe que no es creído por la opinión pública. La inocencia tiene autoridad, que se pierde cuando a pesar de no existir prueba que la desvirtúe, fue hollada por los medios de comunicación. La justicia es humildad y no espectáculo.
- H. El derecho de la persona que haya sido detenida de manera injustificada a recibir una indemnización por parte del Estado, así como a recibir una determinación final sobre el tema de su responsabilidad que pueda ser exhibida públicamente.

- I. La pretensión de la buena imagen, sobre la base de una cuantificación de los montos de indemnización que pueden ser demandados al Estado cuando se vulnere la presunción de inocencia. El monto que inicialmente se aprobó en las reformas francesas plantean un máximo de 100,000 francos, así como la publicación correspondiente que aluda a la inocencia de la persona.

### III. SOBRE EL CONCEPTO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El diccionario de la Academia Real de la Lengua Española, señala que la palabra presunción deviene del latín *praesumptio*, *-ōnis*, que significa «Acción y efecto de presumir» así, como «Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado».<sup>24</sup> Con este elemento gramatical, de la presunción se puede realizar un análisis pormenorizado y en su caso comprender el derecho a la presunción de inocencia, que resulta insoslayable partir del desarrollo del derecho común como alternativa para enfrentar temas tales como la inseguridad de la prueba, la pena por sospecha y la *absolutio ab instancia*.

No obstante, al tema de la presunción de inocencia es común que se le confunda y pretenda abordarse, como si se tratara del relativo a *in dubio pro reo*, aun cuando éste último sólo implica uno de los diversos contenidos en materia de dicho derecho. Existen referencias en torno a la presunción de inocencia, como idea general, enunciado instrumental procedimental, fórmula de garantía de la libertad personal o, lo que es lo mismo, como derecho que concreta la contención del poder estatal.

La formulación latina del *in dubio pro reo* ha estado presente en nuestro ordenamiento y en la propia jurisprudencia penal como un principio general. Ésta se ha dirigido al juzgador como norma de interpretaciones, y establece que los casos en que se ha realizado una actividad probatoria normal, si las pruebas dejaren duda en el ánimo del juzgador de la existencia de la culpabilidad del acusado, deberá por humanidad y justicia absolvérsele; con ello, mientras el primer principio se refiere a la existencia o no de una prueba que lo desvirtúe, el segundo

---

<sup>24</sup> Más en detalle sobre el concepto de presunción, véase González-Salas Campos, Raúl, *La presunción en la valoración de las pruebas*, INACIPE, México, 2003.



envuelve un problema subjetivo de valoración de la misma o, en algunos otros casos, como en el rubro de las penas alternativas, lo cual se ha de ejemplificar con la tesis II.2o.P.93 P, con no. de registro: 183,006, del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, correspondiente a la novena época, tomo: XVIII, octubre de 2003, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, y visible en la página 1071, bajo la siguiente rubrica y texto:

PENA ALTERNATIVA. EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO* NO OBLIGA A LA APLICACIÓN FORZOSA DE LA SANCIÓN PECUNIARIA, NI IMPIDE LA IMPOSICIÓN DE LA PRIVATIVA DE LIBERTAD, PUES DE LO CONTRARIO DESAPARECERÍA EL ARBITRIO JUDICIAL. No se inflige afectación al sentenciado por el hecho de que el órgano judicial, ante un marco punitivo alternativo, opte por la imposición de la pena de prisión, en la medida que funde y razone esa determinación, precisamente en el ejercicio de la facultad en la aplicación de las penas que compete al órgano jurisdiccional, pues en tal supuesto no es verdad que se atente contra el principio *in dubio pro reo*, pues éste, en principio y en estricta puridad técnica, no puede entenderse en forma genérica e indiscriminada, en tanto que, precisamente, presupone un estado de duda, incertidumbre o hesitación, ante el cual se faculta al juzgador a optar por lo más favorable al reo; sin embargo, ello no acontece cuando dicho órgano no se ubica en tal circunstancia, sino que, por el contrario, de manera razonada motiva el porqué opta por una u otra sanción. Además, si por obligación tuviere que imponerse siempre la pena más favorable, desaparecería el arbitrio judicial y no tendría ningún sentido ni razón de ser la existencia de preceptos que contemplaran penas alternativas.

De igual manera véanse en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta* de la novena época, en el tomo XIV, diciembre de 2001, visible en la página 1770, la tesis VI.1o.P.150 P, de rubro: “PENA ALTERNATIVA. APLICAR UNA SANCIÓN DISTINTA A LA DE PRISIÓN, NO ES UNA OBLIGACIÓN SINO UNA FACULTAD DISCRECIONAL DEL JUZGADOR”, así como la que se encuentra en el tomo XVI, agosto de 2002, página 1304, tesis I.3o.P.54 P, de rubro: “INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. ES INCORRECTA LA DETERMINACIÓN DEL JUEZ

## DE LA CAUSA DE IMPONER UNA MULTA EN TRATÁNDOSE DE DELITOS SANCIONADOS CON PENA ALTERNATIVA, CON APOYO EN EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*".

Ahora bien, un sector de la doctrina reconoce el derecho a la presunción de inocencia como uno de los principios rectores de toda la legislación penal y procesal del Estado, inspirado en su acción política y ordenamiento.

Por otra parte, no debe pasar desapercibido que la presunción de inocencia no es dable entenderla sólo como el resultado de una presunción, si por tal entendemos, como lo afirma Serra: "aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en la fase de fijación, por la cual se afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existente entre ambas afirmaciones". La presunción de inocencia, indudablemente, va más allá de los elementos y estructura de la presunción, que son la afirmación base, la afirmación presumida y el enlace entre ambas como consecuencia de la aplicación de la máxima de la experiencia.

La evolución del concepto de la presunción de inocencia se presenta con diversas variantes: en épocas llegó a ser negada su existencia y declarada su inutilidad; por otro lado, es reconocida por el derecho y consagrada como categoría jurídica en protección del derecho sustancial de la libertad; incluso para Altavilla: "la presunción de inocencia no tiene un contenido real, sobre todo cuando se emite una orden de captura y se ha llamado a juicio, todos éstos son signos evidentes de que se ha creado una presunción de culpabilidad, que sólo puede invertirse cuando contra la absolución el Ministerio Público introduce una impugnación".<sup>25</sup>

En oposición a la presunción de inocencia se encuentra la presunción de culpabilidad, la cual se ofrece hoy como un contrasentido del Estado democrático de derecho. En la época clásica del derecho penal se utilizó el libre albedrío, y sobre su base sustentaban el *dolus in re ipsa*, y por ello resultaban en total oposición a la presunción de inocencia, situación sólo atendible y explicable para la época aludida pues en la actualidad es plenamente rechazable.

---

<sup>25</sup> Cfr. Sociología judicial, trad. Jorge Guerrero, Bogotá, Colombia, Temis, 1975.

En efecto, pretender dejar la carga de la prueba sobre su inocencia al indiciado es retrotraer el sistema de justicia penal a oscuras épocas en que el hombre, inerme ante el Estado absoluto, debía aventurarse a presentar la prueba de su inocencia y así desvirtuar la presunción de culpabilidad que sobre él pesaba por el sólo hecho de haber ejecutado un comportamiento que de manera aparente coincidía con el contenido de la ley, tal y como lo ha sustentado el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con la tesis jurisprudencial P. XXXVII/2002, y no. de Registro: 186,270, correspondiente a la novena época, tomo: XVI, agosto de 2002, la cual se encuentra publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, y visible en la página 13:

ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO. LA PRUEBA CIRCUNSTANCIAL DE ILICITUD DEL INCREMENTO PATRIMONIAL QUE RECONOCE EL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL NO ES ATENTATORIA DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. El artículo 224 del Código Penal Federal al expresar que “Existe enriquecimiento ilícito cuando el servidor público no pudiere acreditar el legítimo aumento de su patrimonio”, reconoce la existencia de una presunción de ilicitud del enriquecimiento, sustentada en hechos que deben demostrarse plenamente, consistentes en que un servidor público incrementó sustancialmente su patrimonio, de manera desproporcionada a sus ingresos. Esta forma indirecta de probar uno de los elementos del delito no es atentatoria del principio de presunción de inocencia que le asiste al inculpado, por más que lo vincule a demostrar la legítima procedencia de sus bienes para poder desvirtuar la prueba presuntiva que pesa en su contra, ya que es propio del proceso penal que al Ministerio Público le corresponde allegar pruebas incriminatorias y al procesado las de su defensa, entre ellas, las que tiendan a destruir o a desvanecer las aportadas por su contraparte.

Ahora bien, el contenido del derecho a la presunción de inocencia no puede entenderse reducido al estrecho campo del enjuiciamiento de funciones probablemente delictivas, sino que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos.

## a) ¿Derecho o principio?

Los principios suelen ser reconocidos como enunciados, que deben ser admitidos coercitivamente en la teoría y en la práctica sustantiva y procesal, como fundamentos del derecho penal contemporáneo el cual debe girar en torno a ellos, emanados de la concepción del Estado democrático de derecho e inmersos en la Constitución.

La teoría de los derechos humanos y del moderno derecho procesal democrático plantean al principio *in dubio pro reo* como un componente sustancial del derecho a la presunción de inocencia, afirmación que en su caso algunos autores suelen negar, y hasta desdeñar, confunden a uno con el otro, y de hecho pretenden que el contenido del derecho a la presunción de inocencia lo constituye el principio *in dubio pro reo*.

Al respecto, comenta Andrés Ibáñez que: “hay, cuando menos, dos tópicos que están profundamente instalados en la cultura judicial heredada. Uno de ellos es que el proceso contradictorio garantiza derechos pero comporta pérdida de eficacia en la persecución de la delincuencia. El otro, estrechamente vinculado a éste, es que el principio de presunción de inocencia implica una cesión de terreno a favor del que delinque, pues, dado que ya tiene frente al Estado la ventaja de haber *salido primero*, no habría por qué concederle ninguna otra”.<sup>26</sup>

Sin embargo, la presunción de inocencia ha sido reconocida en instrumentos jurídicos de índole internacional, que de conformidad con la dinámica actual tiene una fuerza obligatoria por encima de las leyes federales en un plano de jerarquía por debajo de la Constitución. A partir de la reforma del 18 de junio de 2008, el principio de presunción de inocencia ha quedado previsto en el máximo ordenamiento jurídico del país.

De igual forma, resulta importante reconocer el sentido y alcance que otorgara la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación al derecho a la presunción de inocencia, en un criterio jurisprudencial emitido por el Pleno de la Suprema Corte de la Nación, con la tesis p. XXXV/2002, no.de registro: 186,185, relativa a la novena época, tomo: XVI, agosto de 2002, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, la cual se encuentra visible en la página 14, con la siguiente rúbrica y texto que a continuación se transcribe:

<sup>26</sup> Cfr. “Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción”, en Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Miguel Carbonell y Pedro Salazar, coordinadores, Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Madrid, 2005, p. 66 y s.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desprenden, por una parte, el principio del debido proceso legal que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios, y seguido un proceso penal en su contra en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 19, párrafo primero, particularmente cuando previene que el auto de formal prisión deberá expresar “los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado”; en el artículo 21, al disponer que “la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público”; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole “buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos”. En ese tenor, debe estimarse que los principios constitucionales del debido proceso legal y el acusatorio resguardan en forma implícita el diverso principio de presunción de inocencia, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado,

al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Ello no obstante, en su carácter de derecho fundamental, la presunción de inocencia es directamente aplicable, caracterizándose no sólo por informar u orientar, sino, por constituir un criterio normativo directo reclamable como garantía del proceso penal ante los propios órganos jurisdiccionales.

Hoy en día, existe una tesis que analiza la jurisprudencia antes aludida, para determinar el alcance legal de la presunción de inocencia, que textualmente señala:

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES LEGALES DEL PRINCIPIO DE.** De acuerdo con la tesis de jurisprudencia de rubro: “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estableció que este principio aparece implícito en el contenido de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero, y, 102 apartado A, párrafo segundo; esencialmente, según se dispuso en la ejecutoria respectiva, en los principios de debido proceso legal y el acusatorio, de los que se desprende que el acusado no está obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que incumbe al Ministerio Público acreditar la existencia de los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del inculcado. Al tenor de estos lineamientos se colige que el principio de inocencia se constituye por dos exigencias: a) El supuesto fundamental de que el acusado no sea considerado culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria; lo que excluye, desde luego, la presunción inversa de culpabilidad durante el desarrollo del proceso; y, b) La acusación debe lograr el convencimiento del juzgador sobre la realidad de los hechos que afirma como subsumibles en la prevención normativa y la atribución al sujeto; lo que determina necesariamente, la prohibición de inversión de la carga de la prueba. Respecto

del primer aspecto, representa más que una simple presunción legal a favor del inculpado, pues al guardar relación estrecha con la garantía de audiencia, su respeto impone a las autoridades, entre otras obligaciones, que en el juicio que se siga, se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, para garantizar al acusado la oportunidad de defensa previa al acto privativo concreto. Con relación al segundo aspecto, se traduce en una regla en materia probatoria, conforme a la cual, la prueba completa de la responsabilidad penal del inculpado debe ser suministrada por el órgano de acusación, imponiéndose la absolución si esta no queda suficientemente demostrada, lo que implica además que se deben respetar los lineamientos generales que rigen para la prueba en el proceso penal y su correcta justipreciación, pues los elementos de convicción que se consideren para fundar una sentencia de condena, deben tener precisamente el carácter de pruebas y haber sido obtenidos de manera lícita. Así, la presunción de inocencia se constituye en el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que su responsabilidad penal haya quedado demostrada plenamente, a través de una actividad probatoria de cargo, obtenida de manera lícita, conforme a las correspondientes reglas procesales y que sea capaz de enervar al propio principio.

En razón de lo anterior, podemos concluir que la presunción de inocencia es un derecho humano, en atención a su carácter fundamental para la persona, así como por el reconocimiento que desde el ámbito constitucional se le otorga, con un contenido que va más allá del principio *in dubio pro reo*, pues éste sólo constituye uno de los aspectos, a los que debemos vincularlo.

En este sentido, se puede inferir que la presunción de inocencia supone un reconocimiento de su naturaleza de derecho humano y no como un mero principio general, si bien, existirá alguna polémica respecto a su inclusión en el texto constitucional, ésta ha quedado salvada a partir de la reforma del 18 de junio de 2008.

#### IV. RECONOCIMIENTO JURÍDICO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Nuestra ley fundamental, a raíz de la Reforma Constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, lo que supera una añeja deficiencia que exigía la homologación de nuestro orden jurídico con los instrumentos legales internacionales en materia de derechos humanos, reforma que establece en el artículo 20, apartado B fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

**Art. 20.** El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación.

**B.** De los derechos de toda persona imputada:

**I.** A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa;

Al emitir la reforma antes aludida, el legislador en su segundo artículo transitorio dictó una *vacatio legis* que establece; *“El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”*.

Es en el actual contexto de creciente delincuencia, y en la necesidad de que el estado garantice el derecho de sus ciudadanos a la seguridad pública, respetando al tiempo los derechos humanos de todos los individuos, que resulta imprescindible que las autoridades locales reglamenten este derecho y cumplan con celeridad dicho requisito. Aunque sabemos que uno de los principales obstáculos es la cantidad de códigos penales y de procedimientos en la materia, sería deseable en consecuencia se incorporara este derecho en los 32 códigos adjetivos locales más el federal para modernizar nuestro derecho.

En este orden de ideas en nuestro orden jurídico mexicano, así como en otros Estados, se establece la prohibición a las personas de hacerse justicia por propia mano (artículo 17), resultando que sólo a



través de los órganos e instituciones previamente establecidos se está en posibilidades de resolver sobre la inocencia o culpabilidad de una persona, y que será la institución jurisdiccional la que obtenga la prueba de que un sujeto ha cometido un delito y con ello se pueda iniciar un juicio regular.<sup>27</sup> En este sentido, ningún delito puede considerarse cometido y, en consecuencia, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena, sin juicio previo, en palabras de Ferrajoli “el principio de jurisdiccionalidad postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena...La culpabilidad y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpabilidad la que forma el objeto del juicio”,<sup>28</sup> por ello, es que dice “cada vez que un imputado inocente tiene razón para temer a un juez, quiere decir que éste se halla fuera de la lógica del Estado de derecho: el miedo, y también la sola desconfianza y la no seguridad del inocente, indican la quiebra de la función misma de la jurisdicción penal y la ruptura de los valores políticos que la legitiman”.<sup>29</sup>

Esto ha quedado plasmado en la tesis aislada emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, II.2o.p.115 P, correspondiente a la novena época, tomo: XVIII, octubre de 2003, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, la cual se encuentra visible en la página 1086, con la siguiente rúbrica y texto:

**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO NO SE TRANSGREDE CUANDO SE DICTA ORDEN DE APREHENSIÓN POR ENCONTRARSE ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO.** En atención a que los datos que arrojó la averiguación previa, así como las probanzas aportadas por el Ministerio Público se consideran aptas y suficientes para tener por acreditados los elementos

<sup>27</sup> Desde la Constitución de Apaztzingán se estableció en su artículo 30 que “Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado”; más en detalle Véase Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2003; Rabasa, Emilio, *Historia de las constituciones mexicanas*, México, UNAM, 2000; Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2001.

<sup>28</sup> Cfr. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, p. 549. En este sentido se encuentra la postura de Montesquieu, Charles de Secondat, Baron de, *Del espíritu de las leyes*, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1995, básicamente, capítulo XII, quien estableció el nexo entre libertad y seguridad de los ciudadanos “la libertad política consiste en la seguridad o al menos en la convicción que se tiene de la propia seguridad” y “dicha seguridad no se ve nunca tan atacada como en las acusaciones públicas o privadas”; de modo que “cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad”.

<sup>29</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pp. 549 y s.

del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad penal del quejoso en su comisión, no existe potencial repercusión en detrimento del principio de presunción de inocencia, con todo y que éste se contenga implícitamente en la Constitución Federal. Y es que al justificarse los extremos exigidos constitucionalmente para el libramiento legal del acto que se reclama (orden de aprehensión), es evidente que para efectos de la etapa procesal de que se trata, resulta inaplicable la argumentación relativa al aludido principio de presunción de inocencia, pues éste no se transgrede de forma alguna, en tal supuesto.

Lo anterior busca proteger a las personas en cuanto a los límites mínimos para que pueda perder o ver limitado algún derecho,<sup>30</sup> como ocurre cuando recibe algún tipo de consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito o bien de una infracción administrativa, las cuales de conformidad con el principio de culpabilidad *nullum poene nullum crimen sine lege* sólo pueden imponerse una vez que la culpabilidad ha sido comprobada en un procedimiento que se agote en cumplimiento a las formalidades esenciales.

El axioma anterior impide la imposición de sanciones sin una resolución que la ordene, derivada de un procedimiento previo ajustado a la Constitución y a la ley, fundado correctamente y sujeto a que en el curso de ese procedimiento el indiciado no reciba *a priori* el trato de culpable.

En los términos anteriores, todas las personas, aún las sometidas a un proceso judicial o administrativo, deben presumirse como inocentes hasta que no exista una resolución definitiva y firme que disponga lo contrario y que ésta se dicte con motivo de la tramitación de un proceso en el cual se garanticen al procesado el ejercicio efectivo y cierto de su derecho de defensa, el cual no sólo comprende estar representado por un abogado, sino el derecho a contradecir las resoluciones con las que pueda disentir, amén de ser juzgado por un tribunal imparcial.

La ausencia en la legislación secundaria vigente de la norma que reglamente la Reforma Constitucional antes citada, fundamentalmente en materia del reconocimiento al derecho a la presunción de inocencia, conlleva a la tentación de algunos servidores públicos, especialmente

---

<sup>30</sup> Ya en su momento dejó esta preocupación Zamora-Pierce, Jesús, "La presunción de inocencia. (trabajo de ingreso), Revista Criminalia, México, año LIV, nos. 1-2, enero-diciembre, 1988.

la de aquellos con facultades para investigar delitos o infracciones, a ceder al señalamiento de culpables sin contar con una resolución a ese respecto. Es por ello que resulta menester destacar que el derecho a la presunción de inocencia no impide el ejercicio de la función que tiene el Estado de brindar una adecuada seguridad pública a la sociedad.

Tampoco impide la aplicación de medidas de coerción durante el procedimiento, y no significa que la autorización para utilizar la fuerza pública durante este implique vulnerar los derechos de que gozan las personas.

Toda medida coercitiva impuesta por los órganos con que cuenta el Estado representa una afectación en los derechos de las personas, pues son aplicables a un individuo, por ello, con razón se expresa, que cualquier medida de coerción quebranta, por definición, alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Hay que tener en cuenta que la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico (artículos 16, 19, 20 apartado A, de la Constitución),<sup>31</sup> cuya finalidad no reside en la reacción del derecho frente a la infracción de una norma del deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento: averiguar la verdad y aplicar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento.

El derecho a la presunción de inocencia no sólo se relaciona a una determinación de carácter jurisdiccional sujeta a un proceso con arreglo a la ley, sino a cualquier procedimiento susceptible de afectar la esfera jurídica del gobernado, debiendo ajustarse las autoridades a los medios probatorios con que cuenten, cumpliendo así el objetivo de que la carga de la prueba o exclusión de la misma se traslade a ésta e impida la equiparación de cualquier persona sometida a un procedimiento al culpable, exceptuando cualquier anticipación de pena o ejecución provisional de condena durante el desarrollo de todo proceso, en particular a la técnica de averiguación de hechos.

---

31 En nuestra doctrina existe una interpretación más extensa, defendida por Nader Kuri, Jorge, "Ampliación de la garantía de presunción de inocencia", en *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. I. Derecho Penal*, coordinador García Ramírez, Sergio, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005, p. 499, quien considera "la libertad se desagrega en una serie de previsiones específicas que no pueden ser restringidas ni suspendidas sino en los casos y con las condiciones que la Constitución establece, y que la doctrina dominante ubica en sus artículos 1º, a 7º, 9º a 11, 15, 24 y 28".

Al emitir la legislación secundaria y reglamentar el derecho a la presunción de inocencia, texto constitucional, los estados no sólo armonizarían, en su caso, nuestro derecho con los tratados y compromisos internacionales, antes aludidos que el Estado mexicano ha asumido, y con ello proporcionaría un derecho que incida en la salvaguarda de la seguridad jurídica de las personas, toda vez que implica el deber de desplegar una actividad probatoria que comprenda técnicas de investigación tales como: diligencias, citatorios e informes, con lo que se evitaría señalar como delincuentes a las personas a partir de la simple sospecha o conjetura de la comisión de un ilícito, impidiendo así una indebida incriminación e incluso, un estigma social respecto de quien no ha sido juzgado y considerado culpable.

En el caso de nuestro país, la dilación que han mostrado la reforma a la legislación secundaria crea un vacío en el que no se le reconoce a las personas dicho principio, y el cual se recoge en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos signados por México y sólo en algunos códigos de procedimientos penales de nuestro ordenamiento jurídico, como es el caso del artículo 2do del Código de Procedimientos Penales del estado de Baja California<sup>32</sup> y el artículo 253<sup>33</sup> del Código de Procedimientos Penales para el estado de Colima, Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas, entre otros. Por el contrario, el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales establece los delitos considerados como «graves», e impide la libertad del inculpado.

En atención a lo expuesto con anterioridad, surge una interrogante que resulta necesario resolver si se presume la inocencia del indiciado ¿por qué proceder contra él? La respuesta podría ser porque se admite prueba en contrario, sería absurdo proceder si el razonamiento del

---

32 "Principio de inocencia. Todo inculpado se presumirá inocente mientras no se pruebe en el proceso su culpabilidad conforme a la ley.

El Ministerio Público tiene la carga de la prueba de los hechos imputados y de la culpabilidad. Toda duda debe resolverse en favor del inculpado, cuando no pueda ser eliminada.

Todo individuo tiene derecho a ser juzgado en el plazo señalado constitucionalmente. La prisión preventiva no podrá prolongarse por mas tiempo del que fije la ley como máximo, al delito que motivare el proceso, ni exceder del plazo señalado constitucionalmente para el proceso, salvo que el procesado renuncie a dicho plazo".

33 "El Ministerio Público recibirá las pruebas que el imputado y su defensor aporten dentro de la averiguación previa, siempre que se disponga del tiempo necesario para ello y sean idóneas y conducentes a demostrar la inocencia del imputado, la inexistencia del delito o la extinción de la acción persecutoria, mismas que se tomaran en cuenta como legalmente corresponda, al determinar su libertad o consignación. Cuando no sea posible el desahogo de dichas pruebas, el juzgador en su caso, resolverá lo conducente".

legislador fuera indestructible, de ahí que la doctrina mayoritariamente se pronuncie en el sentido de sostener que las presunciones de ninguna manera pueden considerarse como medios de prueba sino que constituyen razonamientos elaborados sobre la base de éstos.

La inocencia debe analizarse como un fenómeno jurídico, inmerso en el principio de culpabilidad en el derecho a la libertad, en el derecho penal de acto o de hecho, en el *favor rei* y en el *favor libertis*.

La presunción de inocencia bien entendida permite afirmar que la persona responsable solo es cuando luego del proceso, el Estado prueba su culpabilidad y por ello se le declara responsable, de suerte tal que lo hace merecedor de una consecuencia jurídico penal, por ello no existe justificación para una consecuencia jurídico penal si previamente no ha habido juicio y sentencia definitiva de condena.

Ahora bien, la teoría de la culpabilidad reconoce como principio el llamado derecho penal de autor y derecho penal de acción, los cuales se refieren a la responsabilidad y punición, el primero a que el agente es y el segundo atiende a lo que ha hecho el sujeto activo. Un derecho penal de autor es entendido como un derecho penal de peligrosidad, el cual, supone castigar “a las malas personas”<sup>34</sup> en aras de la seguridad pública, no permite limitar el poder punitivo del Estado, favorece una concepción totalitaria del mismo y carece de carácter científico como de naturaleza jurídica.

En cambio, el derecho penal de acto, de hecho, de acción o de conducta, se soporta en el principio de culpabilidad, lo que implica imponer una sanción para mantener el principio de seguridad jurídica,<sup>35</sup> por lo que corresponde al fundamento democrático de las limitaciones punitivas

---

34 En palabras de Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 1997, “El Estado de derecho moderno encuentra su antecedente inmediato en el Estado absolutista que lo precedió, básicamente monárquico, que estuvo caracterizado por la centralización absoluta del ejercicio del poder legítimo en la persona del monarca, dentro del marco de la filosofía política acerca del poder que señalaba Hobbes. En la medida en que era entendido que tal poder provenía de la autoridad divina, razón que explica la importancia que durante esta época y desde la Edad Media tuvo la epístola de San Pablo a los romanos, en la que aparece el señalamiento de que las autoridades terrenas han sido establecidas por Dios para castigar a quienes obren mal. Este ejercicio absoluto del poder es el que, a su vez, habría de plantearse como el objeto de impugnación de las ideas del iluminismo europeo, caracterizado, fundamentalmente, como un movimiento crítico ideológico racionalista, jusnaturalista y utilitarista, al Estado absoluto que implicó el regular abuso del poder en detrimento de las libertades de los miembros de la comunidad social”.

35 Cfr. al respecto, Jescheck, Hans-Heinrich/Thomas, Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5ª ed., trad. Miguel Olmedo Cardenote, Granada, Comares, 2002, p. 25, “El principio de culpabilidad sirve, de un lado, para la necesaria protección del autor frente a todo exceso en la intervención represiva del Estado”.

del Estado.<sup>36</sup> En este supuesto si es factible lograr diversas aproximaciones científicas que han de gozar de un respaldo jurídico<sup>37</sup> y, es a su vez, principio fundamental de la filosofía liberal.<sup>38</sup>

Asimismo, comprende, de una parte, el aforismo “no hay delito sin culpabilidad”, es decir, sin dolo o culpa; y de otra, la afirmación según la cual no cabe imponer pena si la acción no es reprochable al autor.

## V. EL NECESARIO DESARROLLO DEL DERECHO HUMANO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La transformación de la presunción de inocencia en derecho humano significó una profunda transformación en la manera como se había desarrollado la infraestructura racional de la construcción del pensamiento, la cual demandó la introducción de nuevas fórmulas, que permitieran hacer realidad dicho derecho.

Recordemos que carecer de un derecho y tener uno que no se encuentre regulado de la manera efectiva para oponerlo ante la autoridad, son cuestiones prácticamente similares; sobre dicha base de pensamiento, las modernas democracias que pugnan por un sistema de justicia penal democrático con contenidos legales adecuados a

---

36 Sobre el particular, Jescheck, Hans-Heinrich/Thomas, Weigend, *op.cit. supra.*, p. 28, refiere que existe un sentido formal y otro material del Estado de derecho, a saber: “en un sentido *formal* destacan sobre todo aquellos elementos de este principio que deben garantizar la seguridad jurídica. Dado que el derecho penal posibilita las más profundas intromisiones que con carácter general conoce el ordenamiento jurídico en la esfera de libertad del ciudadano, deben ser tomadas garantías especiales en contra de su abuso. El principio de primacía y reserva de ley se expresa, por ello, con mayor fuerza en derecho penal que en cualquier otro sector del derecho vigente... En un sentido *material* el principio del Estado de derecho indica cómo debe ser configurado internamente el derecho penal corresponderse en la mayor medida posible con la figura ideal de un Estado justo”.

37 Al respecto Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García y Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, p. 44, “El Derecho penal trata de conductas contaminadas con pena en cuanto a sus presupuestos y consecuencias; se ocupa por tanto del objeto propiamente dicho, de la “materia” de la justicia penal y se denomina por ello también “Derecho penal material”. Este derecho penal material debe delimitarse de otros campos jurídicos emparentados que sólo junto con el derecho penal regulan legalmente todo el campo de la justicia penal y que hacen del hecho, el autor y la persecución penal el objeto de los esfuerzos legislativos y científicos”, igualmente, Pavón Vasconcelos, Francisco, *Manual de derecho penal, parte general*, p. 21 y s.

38 En este sentido, Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general, I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 144, comenta que “La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquéllos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre albedrío (y en su caso arbitrariamente), sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla. Y a pesar del cambio de las circunstancias jurídicopolíticas, muchas fundamentaciones modernas del principio de legalidad se remontan a ese punto de vista”.

las demandas y necesidades sociales, así como la actuación de las instituciones públicas con miras a satisfacer las necesidades de una sociedad cada día más demandante de mayor y mejor calidad en la procuración e impartición de justicia.

Por otra parte, lo que resulta indudable es lo relativo a la posibilidad de impugnar las determinaciones que atenten contra el derecho a la presunción de inocencia, en términos de recursos claros y efectivos que en una segunda o tercera instancia puedan resarcir el derecho vulnerado.

Con la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la emisión en todos los estados de la República de su legislación reglamentaria, para incluir el derecho de toda persona a la presunción de inocencia, se evitaría la tentación de abusos de autoridad, actos de represión y falsas acusaciones, imponiendo el deber a cualquier autoridad de efectuar las diligencias que sean necesarias a fin de acreditar y desvirtuar dicha presunción, aun en los supuestos de valoración de documentales públicas emitidas por funcionarios, requiriendo así que la presunción de veracidad de su contenido signifique actividad procesal con apego a derecho.

Atento a lo anterior, dicho binomio de reforma, más la legislación que se propone, tendrá relevantes consecuencias que se traducirían en: a) el respeto al derecho a la presunción de inocencia de todas las personas hasta en tanto no existan elementos que demuestren su culpabilidad; b) el reconocimiento efectivo de los derechos básicos de toda persona sometida a un proceso o averiguación; c) la consideración de la declaración del inculpado como medio de defensa, y d) la aplicación de las medidas cautelares personales dentro de la más estricta legalidad y sólo en cuanto sean absolutamente indispensables para los fines del procedimiento.

Conviene precisar que para garantizar de plena eficacia el derecho a la presunción de inocencia, no es suficiente su inclusión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que es imprescindible generar una reglamentación secundaria con un catálogo de disposiciones que desarrollen plenamente éste derecho y permitan hacerlo efectivo, de tal modo que se traduzca en un derecho asequible a las personas, pues en caso contrario poco sirven las Reformas Constitucionales que quedan como declaraciones de buena voluntad.

#### **IV. REFLEXIÓN FINAL**

La presunción de inocencia supone un reconocimiento de su naturaleza de derecho humano y no como un mero principio general.

Los estados que se precian de contar con ordenamientos jurídicos orientados a satisfacer las necesidades sociales, suelen contar con el derecho a la presunción de inocencia como acápite central del contenido de sus disposiciones jurídicas.

El sistema de justicia penal demanda la introducción de procedimientos que permitan hacer realidad lo que hasta ahora sólo se incluye en el ámbito del derecho constitucional y en los instrumentos internacionales en que nuestro país es parte, pero sin mayor desarrollo en las disposiciones legales adjetivas.









## **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO Y EXCEPCIONES**

---

CARLOS REQUENA<sup>1\*</sup>

1\* Socio de Requena Abogados, S.C.; Coordinador de la Comisión de Derecho Penal de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados; Profesor de Derecho Penal de la Universidad Panamericana.



## **SUMARIO**

**I.** Introducción. **II.** Entre presunciones y ficciones: a) verdad material y verdad formal; b) presunción de inocencia e *in dubio pro reo*; c) incertidumbre indiciaria; d) presunción de inocencia y prueba presuncional; e) presunción de inocencia y presunciones de hecho y de derecho; f) presunción de inocencia y ficción jurídica. **III.** La presunción de inocencia como principio rector: a) elemento estructural; b) constitucionalización. **IV.** Aparentes excepciones: a) inocencia y proceso; b) prisión preventiva; c) medidas restrictivas por delincuencia organizada. **V.** Conclusiones.



---

## I. INTRODUCCIÓN

En el derecho penal sustantivo, la libertad representa el presupuesto necesario del principio de culpabilidad, al tiempo que es el bien jurídico garantizado por el derecho penal adjetivo, propio de los regímenes políticos liberales.<sup>1</sup>

La primera afirmación cobra sentido cuando se toma en cuenta que las penas sólo son atribuibles a los responsables de actos u omisiones libres (actos u omisiones desplegados deliberadamente), es decir, la responsabilidad penal es exclusiva de los sujetos capaces de realizar conductas conscientes y voluntarias.<sup>2</sup>

Respecto de la segunda aseveración inicial, el derecho penal adjetivo se configura con una finalidad garantista, esto es, procurando una intervención que no vulnere los derechos fundamentales de quienes se encuentran sujetos a proceso penal. Consecuentemente, el principio que informa un derecho adjetivo caracterizado de esta manera resulta ser, forzosamente, el de *presunción de inocencia*.<sup>3</sup>

---

1 Vegas Torres afirma en este sentido que: "...en el debate italiano, la presunción de inocencia aparece dotada de un claro significado político: La afirmación de la presunción de inocencia se vincula de modo indisoluble a la defensa de un proceso penal de corte liberal, en el que lo más importante es garantizar el respeto de la libertad individual frente a la actuación del Estado en el ejercicio de su potestad punitiva. El proceso penal, en la concepción liberal, más que instrumento de la actuación estatal, es límite de la misma... Un proceso penal construido sin tener en cuenta esa presunción puede servir en un régimen político autoritario, mientras que un proceso penal basado en el reconocimiento de la presunción de inocencia sería radicalmente incompatible con un sistema político de ese tipo": *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, Madrid, La Ley, 1993, p. 28.

2 Por estas razones, Carrara sostiene que el derecho penal sustantivo parte del presupuesto de tener ante sí a un culpable, y por ello la configuración del ordenamiento se traduce, fundamentalmente, en una defensa de los derechos del culpable; Véase Carrara, Francesco, "Derecho penal y procedimiento penal", en *Opúsculos del derecho criminal*, vol. V, pp. 8-10.

3 Carrara sostiene que el derecho penal adjetivo parte del presupuesto contrario al del derecho penal sustantivo, es decir, presume la inocencia del procesado, por lo cual protege la inocencia: *Idem*.

Este derecho procesal penal responde a un régimen político no coincidente con el autoritarismo. En efecto, la presunción de inocencia no es connatural al derecho procesal penal, pero se encuentra siempre presente en los sistemas de corte liberal para los que sólo se estima razonable edificar los procesos, de tal modo que resulten lo menos invasivos para los ciudadanos en sus derechos. Se trata de un derecho procesal penal que sólo responsabiliza a las personas al realizar actos desplegados libremente, siempre y cuando éstos hayan sido plenamente comprobados en un proceso penal en el que se hayan cumplido las formalidades exigidas por la Constitución y las leyes.

Precisamente por esta peculiaridad de relatividad política del principio de presunción de inocencia, el Maestro Caamaño postula que “la historia de los derechos fundamentales de libertad sólo puede ser escrita desde el abuso en el ejercicio del derecho de castigar y el sacrificio gratuito de los inocentes”.<sup>4</sup>

Al parecer el autor citado contempla las dos vertientes del derecho penal: la sustantiva y la adjetiva, respectivamente. Se refiere a la sustantiva cuando menciona los excesos del *ius puniendi*, puesto que sus límites son, esencialmente, los atinentes a juicios formales, como los principios de legalidad, taxatividad, fragmentariedad, etc. Por otra parte, hace referencia a la rama adjetiva cuando señala el *sacrificio gratuito de los inocentes*, toda vez que esa expresión denuncia la insuficiencia de garantías procesales a favor del imputado para evitar un tratamiento equiparable al de “condenado” cuando su probable responsabilidad no haya sido comprobada plenamente todavía.<sup>5</sup>

Aunque debe reconocerse una creciente importancia de la institución jurídica en estudio, lo cierto es que la delimitación del principio de presunción de inocencia no ha sido pacífica, y pese a que su reciente (al menos en México) constitucionalización ha impulsado desarrollos teóricos a ese respecto, aún no se cuenta con un concepto satisfactorio que ofrezca una explicación incluyente de todas sus aristas. Por esta razón, una aproximación a los alcances de dicho principio debe realizarse con especial precaución, a fin de evitar que, por motivos propios de la política criminal, pueda limitarse indebidamente por exceso

---

4 Caamaño, Francisco, *La garantía constitucional de la inocencia*, Valencia, Tirant lo blanch, 2003, p. 81.

5 En este sentido, Caamaño escribe que “Los derechos fundamentales de libertad son en buena medida el resultado de espacios políticamente conquistados y sustraídos al ámbito de acción del Derecho punitivo del Estado”. *Ibidem*, p. 84.

o por defecto. También se muestra particularmente interesante analizar si algunas figuras jurídicas que parecen constituir excepciones, guardan coherencia con el principio de presunción de inocencia, toda vez que su razonabilidad podría ponerse en entredicho desde algunas perspectivas.

## II. ENTRE PRESUNCIONES Y FICCIONES

### a) verdad material y formal

En doctrina se considera superada la distinción procesal entre verdad material, que es la verdad histórica de los hechos investigados, y verdad formal, que es la verdad comprobada durante el proceso sobre los hechos investigados.<sup>6</sup> Sin embargo, el debate no ha cesado, y aún es defendida la vetusta consideración de que la búsqueda de la verdad material es propia del proceso penal, y que la verdad formal es el objeto del proceso civil.<sup>7</sup>

La verdad material ha sido vinculada con mayor frecuencia con el proceso penal porque la imposición de una pena ha dependido casi exclusivamente del despliegue de ciertas conductas comprobables empíricamente, por lo que en esa línea de pensamiento surge el interés por cerciorarse de la verdad histórica durante el proceso, es decir, de alcanzar un alto grado de certeza.

Sin duda alguna, el proceso penal actual atribuye relevancia jurídica únicamente a la verdad formal. Muestra clara y razón de ello, al mismo tiempo, es la previsión implícita o explícita de la garantía de presunción

<sup>6</sup> Véase, por ejemplo, Guzmán Fluja, Vicente C., *Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2006, pp. 67 y ss. No obstante, aun con este matiz y reorientación, conserva su vigencia el principio *res iudicata pro veritate habetur*.

<sup>7</sup> En este sentido se pronuncia Döhring, quien dice que "... reina la sensación, en la mayoría de los países, de que las constataciones más o menos formales de los hechos resultan insuficientes, no solamente en el proceso penal, sino también en las demás especies de procedimientos. Lograr la verdad material es, a los ojos de la opinión, tan importante que se lo considera (muchas veces inconscientemente) el criterio capital para resolver los problemas relacionados con la comprobación de los hechos": *La prueba*, Buenos Aires, Valletta ediciones, 2003, p. 17.

A lo anterior se opone lo dicho en otro trabajo de nuestra autoría: "Obviamente, la demostración histórica no es en sí misma el fin de ningún tipo de procedimiento, ni siquiera de aquellos que son meramente declarativos, ni tampoco tratándose de la materia penal, puesto que todo procedimiento culmina no con un enunciado descriptivo sobre los hechos, sino que más bien se sirve de la reconstrucción probatoria de tal verdad para pronunciar una norma vigente al caso que se ha sometido al conocimiento del juez, o de la autoridad administrativa. En otras palabras, la actividad de las autoridades no está orientada hacia la obtención de una afirmación sobre la realidad, sino que busca definir una situación jurídica": Requena, Carlos, *Fraude Procesal, Dolo en los procedimientos ante autoridad judicial o administrativa*, México, Porrúa, 2009, p. XIII, tercera edición.

de inocencia, puesto que la valoración probatoria constituye el único elemento sobre el que se puede basar una sentencia; esto es, el juzgador se limita a valorar los elementos de prueba aportados con motivo del proceso conforme a las disposiciones jurídicas aplicables. Es por lo anterior que, bajo este principio, sólo es dable que las sentencias asuman una valoración dual:<sup>8</sup> absolución por inocencia o, condena por responsabilidad.

En el discurso de la presunción de inocencia no cabe hablar de absolución por responsabilidad medianamente comprobada, ni por incertidumbre. El absuelto no es una persona a la que no se le probó su responsabilidad, sino que es *un inocente*, lo que resulta de capital importancia, pues no es inocente en relación al proceso, sino de forma absoluta.

### **b) Presunción de inocencia e *in dubio pro reo***

Colocados en este extremo, se está en condición de distinguir entre presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo*. Este último contempla tres posibles resoluciones: (i) La condena por responsabilidad plenamente probada, (ii) La absolución por inocencia, y (iii) La absolución por falta de pruebas para comprobar plenamente la responsabilidad, es decir, en caso de incertidumbre.<sup>9</sup>

La forma de operar del principio *in dubio pro reo* y de la presunción de inocencia, como criterios de decisión, en caso de incertidumbre, son diferentes: el sintagma *in dubio pro reo* traduce la regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la responsabilidad del acusado es incierta.<sup>10</sup> Su propia formulación vincula “la incertidumbre” (*in dubio*) con la decisión “favorable al acusado” (*pro reo*).

<sup>8</sup> Sin perder de vista que, históricamente, sólo la Modernidad ha introducido la obligación para los jueces de emitir forzosamente una resolución (prohibición del *non liquet*). En efecto, en otras épocas (no tan remotas si se observa el panorama completo de la historia del derecho) el juez contaba con la posibilidad de no resolver, mediante juramento solemne (*non liquo*, es decir, “no veo con claridad”, en el sentido de que no había logrado disipar sus dudas a lo largo del proceso).

<sup>9</sup> “... llega a la conclusión de que no puede considerar fijada dicha culpabilidad y así lo refleja en el relato fáctico de la sentencia. Es en este supuesto cuando surge el problema característico de la decisión en caso de incertidumbre que consiste en que, no pudiendo considerarse ciertos, ni positiva ni negativamente, los hechos constitutivos del tipo penal, la norma penal no puede orientar la decisión ni en sentido condenatorio (porque no existe certeza sobre la existencia del supuesto de hecho legal) ni en sentido absolutorio (porque tampoco hay certeza acerca de la inexistencia del supuesto de hecho legal”: Vegas Torres, *op.cit.*, p. 208.

<sup>10</sup> “La diferencia entre una y otra solución tiene consecuencias prácticas. El *in dubio pro reo* permite distinguir dos clases de absoluciones: las producidas en aplicación del *beneficio de la duda*, por un lado, y las derivadas de la certeza de la inocencia obtenida dentro del proceso, por otro; la presunción de inocencia no permite tal distinción: todas las absoluciones descansan en la certeza de la inocencia del acusado”: *Ibidem*, p. 209.



La presunción de inocencia, en cambio, determina el sentido de la decisión de manera indirecta o mediata, sustituyendo la incertidumbre por “la certeza” de la inocencia del acusado, lo que conduce a su absolución por no actualizarse el supuesto de hecho de la norma penal, entendiéndose que la persona absuelta es inocente por no haberse comprobado lo contrario.”

Tal y como lo hemos expresado en otro de nuestros trabajos denominado: *Sistema legal y garantía expresa de presunción de inocencia: ¿independencia o redundancia jurídica?*, el principio *in dubio pro reo* significa exclusivamente la necesaria carga procesal probatoria de la parte acusadora. Por su parte, el principio de presunción de inocencia garantiza un tratamiento “de inocente”, en y durante todas las etapas procesales del procedimiento penal”.<sup>12</sup>

Montañés Pardo también pone de manifiesto la mayor amplitud del principio de presunción de inocencia, frente al de *in dubio pro reo*, cuando afirma que “la primera y principal diferencia entre la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*, radica en que la primera es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata, mientras que el último es una simple, aunque muy importante, regla interpretativa dirigida exclusivamente a los juzgadores en orden a la valoración de la prueba.”<sup>13</sup>

### c) Incertidumbre indiciaria

Para evidenciar la diferencia a que se ha hecho mención, puede ofrecerse como ejemplo el caso en que las únicas pruebas aportadas sean de carácter indiciario, de modo que la decisión tendría un importante grado de incertidumbre sobre la responsabilidad del imputado.<sup>14</sup> En dicho supuesto, se puede observar que el principio *in dubio pro reo* operaría en

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 208.

<sup>12</sup> Requena, Carlos, “Sistema legal y garantía expresa de presunción de inocencia: ¿Independencia o redundancia jurídica?”, Análisis y Propuesta de Mejora al Marco Jurídico Mexicano, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Edit. Themis, México, 2010, pp 1689.

<sup>13</sup> Montañés Pardo, Miguel Ángel, *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1999, p. 46.

<sup>14</sup> Sobre la estructura de la prueba indiciaria se recuerdan estas palabras: “En la prueba indiciaria, se le exige al investigador un proceder activo. Regularmente, se establece conexión con una característica de hecho. Esta característica es vinculada de tal modo con una regla experiencial (*sic*), que de ahí puede derivarse una conclusión. De una determinada característica externa, el hecho indiciario, se deduce, con el auxilio de la experiencia, la existencia de la circunstancia fáctica que se pretende esclarecer por vía de este tipo de prueba”: Döhring, *op.cit.*, p. 260.

forma distinta al de presunción de inocencia. En efecto, pues el principio *in dubio pro reo* conduciría a resolver de manera “absolutoria”, quedando incierta la responsabilidad del imputado; sin embargo, el de presunción de inocencia llevaría a la misma resolución, pero por causas diversas, es decir, que el imputado es “inocente”, al no haberse desvirtuado en el proceso dicha condición por pruebas que formen convicción plena sobre su responsabilidad.

La práctica de los tribunales no siempre ha sido capaz de mostrar un escrupuloso reflejo de las distinciones doctrinales, como es el caso del Tribunal Constitucional de España, que se ha dado a la tarea de señalar los requisitos que los indicios deben cumplir para alcanzar valor probatorio pleno: (i) Deben estar plenamente acreditados; (ii) Debe producirse una concurrencia de indicios (es decir, no únicamente uno); (iii) Se exige vincularlos por medio de un razonamiento deductivo al hecho “probado” y, (iv) Debe reflejarse en la motivación de la sentencia.<sup>15</sup>

A pesar de ser loables los intentos del tribunal peninsular por encauzar la valoración de las pruebas indiciarias, se aprecia que sus razonamientos pueden derivar en determinados casos hacia la permisión de extralimitaciones de los jueces en sus tareas deductivas, ya que difícilmente los *indicios* gozan de la fuerza necesaria que posibilite formar convicción *plena* sobre la responsabilidad penal del imputado; ello, aun y cuando entre los mismos y los hechos que se infieren exista debidamente explicitado y motivado “un enlace preciso, directo, coherente, lógico y racional, según las reglas del criterio humano”.<sup>16</sup>

La crítica se hace explícita: la activación del *ius puniendi* antes o durante el proceso, motivada por la sobrevaloración de los indicios, resultaría contraria a la prohibición de cualquier utilización preventiva de ese poder estatal. Tal prohibición se desprende de nuestra Carta Magna, al no existir una figura que pueda identificarse como principio de intervención indiciaria.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 189/1998; 91/1999; 120/1999. Los tribunales mexicanos también se han pronunciado en ese sentido. Algunos precedentes son los siguientes: “RESPONSABILIDAD DEL INculpADO, INDICIOS QUE HACEN PRUEBA PLENA PARA ESTABLECER LA” Quinta Época. Primera Sala. Número de Registro 293187. “PRUEBAS INDIRECTAS. CONFORMAN PRUEBA PLENA SI EXISTE UN NEXO CAUSAL O DE EFECTO, SEGÚN SE TRATE DE INDICIOS O PRESUNCIONES, ENTRE EL HECHO PROBADO Y EL HECHO POR PROBAR”. Novena Época. Tribunales Colegiados de Circuito. Número de Registro 171946.

<sup>16</sup> Montañés Pardo, *op.cit.*, p. 110.

<sup>17</sup> Caamaño, *op.cit.*, p. 194.

## d) Presunción de inocencia y prueba presuncional

El sintagma “presunción de inocencia” podría evocar de primera instancia la idea de estar ante una *prueba presuncional*. Ésta, en palabras de Hernández Pliego, “se resuelve en una inferencia lógica que realiza el juez, al desprender de la verdad que le ofrecen los indicios, la conclusión sobre el hecho desconocido, cuyo esclarecimiento busca”.<sup>18</sup>

Al respecto, debe tenerse presente que para la aplicación de la presunción de inocencia, como se ha entrevisto anteriormente, no es necesaria una inferencia lógica, así como tampoco se agota en el ámbito probatorio, condiciones que demuestran que no es una prueba presuncional, y que no se desprende directamente de los elementos de prueba aportados durante el proceso, ni de las relaciones entre éstos.

## e) Presunción de inocencia y presunciones de hecho y de derecho

Podría cuestionarse si, al margen de la actividad judicial, es decir, como prueba presuncional, la presunción de inocencia es reconducible al esquema de las presunciones establecidas por la ley.

En este contexto, es común encontrar la aseveración de que la presunción de inocencia pertenece a la categoría de las presunciones *iuris tantum*. Tal afirmación, sin embargo, resulta ociosa, en tanto que clasificarla como presunción *iuris et de iure* sería negar -en automático- los procesos penales, porque ello implicaría que no podrían siquiera iniciarse y, menos aún, resolverse con una condena, al ser incontrovertible la inocencia de cualquier imputado.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Resumimos un ejemplo del propio Hernández Pliego, sobre el funcionamiento de la prueba presuncional: en un homicidio, el procesado niega su responsabilidad, mientras el juez encuentra los siguientes indicios: a) el inculcado acepta haberse encontrado en el lugar y tiempo en que ocurrió el hecho delictivo; b) el cadáver presentó herida por proyectil de arma de fuego, que la necropsia reveló fueron causantes de la muerte; c) en el lugar de los hechos, se encontró una pistola que la autoridad, en su momento, informó se encontraba registrada a nombre del procesado; d) al practicarse la prueba de Harrison Gilroy, se revelaron residuos de pólvora en las manos del procesado; e) el dictamen en balística concluyó que la pistola encontrada en el teatro de los hechos había sido disparada recientemente y que las balas extraídas del cuerpo en la autopsia, habían sido disparadas por el arma recogida en el lugar de los hechos; f) entre las ropas que vestía el occiso, se encontró una nota de fecha reciente, en la que el inculcado, de manera airada le reclamaba el pago de una considerable cantidad de dinero; g) finalmente, los grafóscopos dictaminaron que el recado fue manuscrito del puño y letra del procesado: *Programa de derecho procesal penal*, México, Porrúa, 2006, pp. 251 y 252.

<sup>19</sup> En cuanto presunción *iuris tantum* (textualmente “sólo de derecho”, en contraposición a “de derecho y por derecho”, *iuris et de iure*), la presunción de inocencia “determina la exclusión inversa de culpabilidad criminal de cualquier persona durante el desarrollo del proceso, por estimarse que no es culpable hasta que así se declare en sentencia condenatoria, al gozar, entre tanto, de una presunción “*iuris tantum*” de ausencia de culpabilidad, hasta que su conducta sea reprochada por la condena penal...”. Montañés Pardo, *op.cit.*, p. 43.

Pero no sólo es ocioso referir la cualidad controvertible de la presunción de inocencia, sino que también dicha categorización parece resultar del todo imprecisa para esta institución jurídica.

En realidad, el sintagma “presunción de inocencia” no traduce una presunción en sentido técnico-jurídico puesto que no es un hecho indiciario (presunción establecida por el juez), ni un hecho presumido (presunción legal): a lo más, niega entidad alguna a los hechos que no han sido probados plenamente, por lo que no es necesaria ninguna operación mental de relación de hecho indiciario y hecho presumido.

En el mismo sentido que el apuntado, Manzini pone de manifiesto que la presunción de inocencia no es una presunción, puesto que carece de todo valor como criterio de distribución de la carga de la prueba en el proceso penal resultando que no añade ni priva de algo al derecho de defensa del imputado.<sup>20</sup>

#### **f) Presunción de inocencia y ficción jurídica**

Con el propósito de continuar el análisis que permitirá discernir la naturaleza de nuestro sintagma, es necesario examinar si es una ficción jurídica. La respuesta parece ser también negativa, en razón de que las ficciones se fundan en tomar un hecho inexistente como si realmente existiera (o viceversa), lo que claramente no se acomoda a la presunción de inocencia, ya que no se parte de la culpabilidad para ordenar la ficción de la inocencia.

Ulteriormente, podría preguntarse si se está ante el cuadro de las denominadas *verdades interinas*, esto es, aquellas que se fundan en la experiencia en general y no en la ficción, y en las que el legislador se limita a anticipar o a sentar una determinada verdad, pero con carácter eventual o transitorio,<sup>21</sup> lo que ya ha sido descartado al tratar estos aspectos íntimamente relacionados con las presunciones que admiten prueba en contrario.

Luego entonces, se concluye que la presunción de inocencia no reúne los elementos que constituyen una ficción jurídica, porque no transforma situaciones jurídicas, es decir, no toma a todo imputado por

---

<sup>20</sup> Vegas Torres, *op.cit.*, p. 27.

<sup>21</sup> Véase Montañés Pardo, *op.cit.*, pp. 37 y 38.

inocente, sino que atribuye una consecuencia jurídica, la absolución, cuando no se ha comprobado plenamente la responsabilidad. En este sentido, no transforma formalmente la responsabilidad en inocencia, porque cabe la posibilidad de que existan pruebas suficientes que acrediten dicha responsabilidad y, en tal supuesto, la presunción de inocencia habrá servido únicamente para preservar ciertas garantías del imputado durante el procedimiento penal, sin haber mutado su calidad de responsable ni excluir su condena.

Todo conduce a la consideración de la presunción de inocencia como principio, como elemento estructural, y noción capaz de regir el desenvolvimiento de un proceso, en este caso, adjetivado por el calificativo “penal”. A este análisis serán dedicadas las siguientes páginas del presente estudio.

### III. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR

#### a) Elemento estructural

Respecto de este apartado, no podemos pasar por alto que con anterioridad se ha tenido la oportunidad de estudiar la previsión implícita y explícita del principio analizado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con ocasión de la Reforma a la misma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, y su aparente redundancia dentro del sistema constitucional, por lo que cuando la exposición lo exija, se hará alguna referencia a dicho trabajo, ya citado anteriormente.<sup>22</sup>

Sin embargo, es ahora nuestro propósito dirigir este estudio hacia la conceptualización y aparentes excepciones al principio referido de presunción de inocencia.

---

<sup>22</sup> “Sistema legal y garantía expresa de presunción de inocencia: ¿Independencia o redundancia jurídica?”, Análisis y Propuesta de Mejora al Marco Jurídico Mexicano, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Edit. Themis, México, 2010, ya citado, nota 12.

Tomando como puntos de referencia algunos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, se encuentran tres conceptos distintos del sintagma “presunción de inocencia”:<sup>23</sup>

- Como concepto jurídico fundamental en torno al cual se construye todo modelo de proceso penal, concretamente el proceso penal de corte liberal, con la finalidad de establecer garantías para el imputado frente a la actuación punitiva estatal, tendientes a reservar el tratamiento de responsable para la sentencia condenatoria.
- Como postulado procesal referido al tratamiento del imputado durante el proceso penal, conforme al cual habría de partir de la idea de que el inculcado es inocente y, por lo tanto, reducir al mínimo las medidas restrictivas de sus derechos fundamentales.
- Como regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual debe resolverse absolutoriamente si la responsabilidad no queda suficientemente acreditada.

Tal regla es un reflejo del principio *in dubio pro reo*, referido anteriormente, por lo que no resulta extraño que Roxin asuma que el mismo constituye el núcleo conceptual de la presunción de inocencia.<sup>24</sup>

Como se ha mostrado, el principio de presunción de inocencia no limita su eficacia al campo probatorio, es decir, no se traduce en una mera regla de valoración probatoria del juez en la sentencia, sino que es un principio que permea e informa el proceso penal en su totalidad; es decir, suficiente para destacar la relevancia de dicho principio dentro de la estructura de los ordenamientos jurídicos (por lo menos, los de corte liberal).<sup>25</sup>

La presunción de inocencia es concebida con mucho mayor alcance al que pudiera corresponder a una institución jurídica propia de la etapa probatoria, pues impone exigencias para el tratamiento del imputado en todo el proceso. En efecto, dicho principio determina su calidad procesal,

---

<sup>23</sup> Compartimos estas acepciones con Vegas Torres, quien las extrae del artículo 27, segundo párrafo, de la Constitución italiana (“*L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva*”, o sea, el imputado no es considerado culpable más que a partir de la condena definitiva), de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (“*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable*”, es decir, todo hombre se presume inocente hasta que haya sido declarado culpable) y de los demás tratados internacionales: Véase Vegas Torres, *op.cit.*, pp. 35 y 36. En el caso mexicano son aplicables normas muy parecidas o incluso idénticas.

<sup>24</sup> Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Editoriales del Puerto, 2003, § 15, p. 111.

<sup>25</sup> Vegas Torres, *op.cit.*, pp. 22 y 23.

la carga de la prueba,<sup>26</sup> la valoración de los elementos aportados durante el proceso, y el juicio que debe hacer el juez para declarar inocente al imputado en caso de no estar plenamente probada su responsabilidad.

Desde esta perspectiva, nos adherimos a la postura de que la presunción de inocencia es garantía en el proceso penal, no sólo frente a los actos de la *autoridad judicial*, sino también frente a los *actos legislativos y administrativos*,<sup>27</sup> toda vez que dicho principio no se agota en el razonamiento del juzgador al momento de valorar los elementos probatorios, sino que se extiende a la integridad del proceso que se le sigue al imputado hasta la sentencia.

La presunción de inocencia se traduce en ciertas exigencias sobre el tratamiento de los imputados, detalladas a continuación:

- No puede darse un tratamiento de responsable a quien todavía no haya sido condenado en sentencia firme, y
- Los tribunales penales no deben declarar la responsabilidad del imputado si la misma no puede considerarse probada plenamente conforme a la ley.<sup>28</sup>

## **b) Constitucionalización**

En el presente estudio se han ensayado los posibles alcances del principio de presunción de inocencia, aunque su previsión expresa en la Ley Fundamental no está delimitada nítidamente, y su contenido parece incierto, de límites imprecisos, de acuerdo con las razones expuestas en diversas obras publicadas de nuestra autoría.<sup>29</sup>

No obstante ello, considerar simultáneamente dicho principio como una mera enunciación o como una fórmula vacía de todo contenido, quizás políticamente correcta, se percibe poco razonable y alejado de la tendencia garantista del sistema jurídico mexicano.

<sup>26</sup> Montañés Pardo, *op.cit.*, p. 81.

<sup>27</sup> Vegas Torres, *op.cit.*, p. 36. La interdicción de toda sospecha es, sin embargo, el factor que mueve el derecho de inocencia, que posee por ello mismo una marcada dimensión extraprocesal proyectada sobre el legislador, el juez y sobre quienes, sin tener la tarea específica de juzgar, gozan de la potestad para adoptar medidas de aseguramiento que garanticen el éxito futuro del proceso, como con frecuencia se reconoce a las autoridades encargadas de la instrucción del proceso sumario. Surgen, así, ámbitos nuevos y autónomos en los que ha de detenerse nuestra reflexión, como el de las llamadas presunciones objetivas de culpabilidad y la cuestión de su licitud constitucional: Caamaño, *op.cit.*, p. 194.

<sup>28</sup> Vegas Torres, *op.cit.*, p. 41.

<sup>29</sup> Requena, Carlos, "Sistema legal y garantía expresa de presunción de inocencia: ¿Independencia o redundancia jurídica?", Análisis y Propuesta de Mejora al Marco Jurídico Mexicano, Barra Mexicana, Colegio de Abogados, Colección Foro de la Barra Mexicana, Edit. Themis, México, 2010.

Por ello, de acuerdo con nuestro parecer, *las consecuencias de la reciente constitucionalización* de la presunción de inocencia debieran ser, cuando menos, las siguientes:

- i) La conversión del principio en derecho fundamental, independiente y autónomo de los criterios jurisprudenciales que, si bien en la historia reciente lo han considerado implícito en la Constitución, podrían variar ese criterio sustituyéndolo por otro que resulte contrario. En efecto, la constitucionalización del principio apunta a su consolidación en nuestro ordenamiento positivo, sin necesidad de hacerlo derivar por interpretación, aun cuando fuere realizada por el máximo tribunal federal.
- ii) La interpretación armónica del precepto con los instrumentos internacionales de los que México es parte, haciendo de éstos normas auténticamente vigentes, para delimitarlo provisionalmente, en tanto se formula por la propia Constitución, por la legislación o por la jurisprudencia, un contenido propio y auténtico, adecuado a los procesos en México de corte adversarial o propios del sistema acusatorio. Ciertamente, ante su actual indefinición, es jurídicamente viable (e incluso exigible) acudir a otros ordenamientos que doten de sentido la norma. En este caso, la tendencia interpretativa (o integradora) que se ha hecho a través de la jurisprudencia de los altos tribunales de la Federación privilegia que se acuda en primera instancia a los tratados internacionales obligatorios en México y, sólo en seguida, a las leyes federales.  
Así, en la actualidad, la presunción de inocencia debe interpretarse en armonía con tratados internacionales *vigentes* como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>30</sup> y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>31</sup>
- iii) Al ser una garantía individual, no sólo se puede oponer a los actos judiciales concretos, sino, también, a los actos generales o particulares emitidos por autoridades legislativas o administrativas.

---

30 "Artículo 11.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa".

31 "Artículo 8.2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad".



Debe ser tutelada por los jueces y tribunales integrantes del Poder Judicial y goza de la protección del juicio de amparo.

- iv) Su contenido, como garantía constitucional, no es una variable que pueda o no ser tomada en cuenta por el legislador, sino que, en todo caso, ha de desarrollarlo necesariamente por medio de leyes eficaces.
- v) La presunción de inocencia es un elemento de interpretación de las normas adjetivas que integran el ordenamiento jurídico mexicano.<sup>32</sup>

## IV. APARENTES EXCEPCIONES

### a) Inocencia y proceso

Existen ciertas figuras relevantes que ponen en duda la aplicación de la presunción de inocencia, en virtud de que, sin constituir penas, guardan tal similitud que llegan al punto de identificarse con éstas. La incorporación de tales figuras no es reciente.

En efecto, señala Vegas Torres<sup>33</sup> que para algunos autores la presunción de inocencia no puede contar siempre con una única eficacia jurídica (e incluso lógica), como por ejemplo ante la flagrancia o la confesión del procesado, o si se trata de un reincidente o de un criminal de profesión. Estos casos parecen someter a prueba el principio de presunción de inocencia, pues como indica muy elocuentemente el autor que se sigue: “Si se presume la inocencia del imputado, pregunta el buen sentido: ¿por qué entonces proceder contra él? (...) Para Voltaire [...] igual que para Beccaria, el proceso penal inquisitivo de su época trataba al inculpadado como si ya hubiera sido juzgado culpable. De la misma manera, el filósofo francés ve en el tormento y en la prisión provisional las dos más importantes manifestaciones del fenómeno consistente en tratar al inculpadado como si ya se hubiera declarado su culpabilidad. Voltaire recoge el argumento de Beccaria según el cual el tormento es rechazable, porque supone la imposición de una terrible pena a quien todavía no ha sido declarado culpable”.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Montañés Pardo, *op.cit.*, p. 35.

<sup>33</sup> *Op.cit.*, p. 25.

<sup>34</sup> *Ibidem*, pp. 27 y 17.

Si admitimos que la presunción de inocencia es, hasta cierto punto, flexible, no es porque pertenezca a las llamadas presunciones *iuris tantum*, sino porque su ámbito excede el campo probatorio e influye en todo el proceso penal.

Como se ha referido anteriormente, no es tan sólo una presunción que indica que el procesado es inocente salvo prueba en contrario, sino que indica el rol del Estado y del individuo, en razón de que el individuo-inocente puede tener la tranquilidad de que el poder punitivo no lo alcanzará si no ha cometido un delito, puesto que éste tendría que ser previa y debidamente comprobado.

Carrara soporta lo recién esgrimido: “Cuando [la doctrina criminal] prescribe estricta adhesión a la competencia; leal, completa y oportuna intimación de los cargos; moderación en la custodia preventiva; plenitud de prueba; prudencia en cuanto a la veracidad de los testigos; condiciones para la legalidad de las confesiones; exclusión de toda sugerencia; de todo fraude; de todo artificio doloso que pueda darle a lo falso aspecto de verdad; crítica imparcial en la apreciación de los indicios; libérrimo campo para el ejercicio de la defensa; amplio trato para los abogados; formas sacramentales para la sentencia; recursos de apelación y de revisión; en una palabra, cuando prescribe todo cuanto ella ordena como condición absoluta para la legitimidad del procedimiento y del juicio, no pronuncia sino estas solas palabras: «haced esto, porque el hombre de quien vosotros sospecháis es inocente, y no podéis negarle su inocencia mientras no hayáis demostrado su culpabilidad, y no podéis llegar a esa demostración si no marcháis por el camino que os señalo»”.<sup>35</sup>

Se ha dicho que el principio de presunción de inocencia permea e informa el proceso penal en su totalidad; sin embargo, existen algunas figuras jurídicas que podrían constituir excepciones al principio, o que, desde una perspectiva diversa, bien podrían justificarse.

La justificación *formal* radicaría en su previsión constitucional. En primer término, sólo estando previstas en la Constitución podrían estar plenamente justificadas desde el punto de vista formal, toda vez que el principio de presunción de inocencia tiene esa categoría, por lo que únicamente las propias normas constitucionales escapan a su crítica formal. De estar previstas en una ley secundaria, tendrían una

---

35 Carrara, *op.cit.*, pp. 14 y 15.

justificación formal débil, por su inferioridad jerárquica y, como es sabido, la ley podría reclamarse como violatoria de las garantías individuales, concretamente como contraria a la garantía de presunción de inocencia.

La justificación *material* requiere una mayor explicación, pues está vinculada a la razonabilidad de su formulación y su compatibilidad con los principios que animan la presunción de inocencia, por lo que se aleja del campo formal-sistémico, y se inscribe en el campo de la argumentación.

Al no constituir la presunción de inocencia un prejuicio de inocencia, sino una posición procesal favorable al imputado, las medidas restrictivas o cautelares son razonables *prima facie*, siendo viable erigir la proporcionalidad como criterio de razonabilidad.

En efecto, la presunción de inocencia, como regla de tratamiento del imputado, tiene especial incidencia en el ámbito de las medidas restrictivas. En las conocidas *Recomendaciones de Toledo*, adoptadas en 1992 por la Asociación Internacional de Derecho Penal, se propone que, en virtud del derecho a la presunción de inocencia, las medidas cautelares deben cumplir con el requisito de proporcionalidad, que la prisión provisional sea subsidiaria, y que se sustente en indicios de culpabilidad y en la seria perspectiva de continuidad del proceso, así como que su duración sea inferior a la de la pena que podría ser impuesta.<sup>36</sup>

## **b) Prisión preventiva**

Tal vez sea la prisión preventiva la primera de esas figuras que cualquier persona que empieza a examinar el principio de presunción de inocencia puede estimar inconciliable con éste.

De manera particular, la prisión provisional ha sido vista por el Tribunal Constitucional de España como compatible con la presunción de inocencia, siempre y cuando se reúnan los siguientes requisitos: i) Existencia de indicios de la comisión de un delito que permitan sostener que el objeto del proceso no se va a desvanecer; ii) Que tenga un fin constitucionalmente legítimo, y responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso que partan del imputado, dado que la prisión preventiva no puede tener carácter retributivo respecto

---

<sup>36</sup> Montañés Pardo, *op.cit.*, p. 40.

de una infracción aún no declarada; y iii) Su adopción y mantenimiento no se conciben como una medida excepcional, subsidiaria, necesaria y proporcionada a la consecución de los fines.<sup>37</sup>

En México, la justificación formal de la prisión preventiva se encuentra en los párrafos primero y último del artículo 18, segundo párrafo del artículo 19, y penúltimo párrafo del apartado B del artículo 20, todos de la Constitución federal mexicana.<sup>38</sup>

La prisión preventiva es sospechosa de mantener turbios parentescos con la pena de prisión, y parece extremadamente severa la medida impuesta a un imputado, sobre todo cuando, finalmente, no se comprueba su responsabilidad penal como asegura Zaffaroni, al decir que: “Un problema muy particular plantea una institución que suele considerarse procesal, que es la *prisión preventiva*. Los esfuerzos por enmarcarla en la Constitución son formidables, pero lo cierto es que en la gran mayoría de los casos la *prisión preventiva lesiona la presunción de inocencia y, por ende, es una pena anticipada a la sentencia*. Si bien, al igual que algunas penas excepcionales, puede legitimarse en ciertos casos como coacción directa, en los restantes -que son la inmensa mayoría- son válidas a su respecto las consideraciones formuladas acerca de todo el poder punitivo y, además, resulta aun más irracional, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de afirmar un

37 Ibid, pp. 40 y 41.

38 Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley.

Artículo 19. ...

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

...

B. De los derechos de toda persona imputada:

...

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

delito, es decir, de una pena impuesta por la mera *notitia criminis*. El problema es sumamente grave, considerando que casi dos tercios de todos los prisionados (*sic*) latinoamericanos lo están en función de esta institución, o sea, con pretexto procesal”.<sup>39</sup>

Un hecho cierto es que no hay una forma jurídica tan violentamente transgresora de la libertad personal como la prisión, sea que responda ésta a una medida cautelar o a una pena. En el discurso formal, sin embargo, son distinguibles, en razón de que conforme al primer párrafo del artículo 16 constitucional es imprescindible una sentencia que condene a ella, lo cual es congruente con el principio de presunción de inocencia, también contemplado por la Constitución.

En justicia, debe confrontarse la violencia de la medida con la peligrosidad de ciertos delinquentes y la violencia de sus conductas. El primer asomo de proporcionalidad lo constituye el hecho de que la Constitución permite la prisión preventiva sólo bajo ciertos supuestos, esto es, no es una medida disponible en cualquier caso; en segundo lugar, se advierte que los supuestos previstos para tal efecto son delitos especialmente graves y violentos, perpetrados por un sujeto que, por esas razones, puede ser considerado *peligroso*. La medida cautelar no es mayor a la pena, porque sólo es imponible la medida si también lo es la pena de prisión, además de que la temporalidad máxima de la medida es la señalada para la prisión.

### **c) Medidas restrictivas por delincuencia organizada**

A partir de la segunda mitad de la década que corre, en México ha sido especialmente vigorosa la tarea legislativa por lo que concierne al combate contra la delincuencia organizada. Una de esas manifestaciones ha sido la imposición de medidas restrictivas a quienes son los probables responsables de delitos de esta naturaleza.

---

39 Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al*, Derecho Penal. Parte General, México, Porrúa, 2005, p. 168.

Las normas se encuentran en los artículos 16, párrafos séptimo y noveno, 19, segundo párrafo, 20, apartado B, fracción III, y 22, segundo párrafo, de la Constitución federal mexicana.<sup>40</sup>

En el caso específico de la delincuencia organizada, parece que las medidas tomadas responden, principalmente, a dos factores: la peligrosidad de los delincuentes basada en su capacidad lesiva y, en la probabilidad de evasión de la acción de la justicia. Se aprecia que en este caso también influye la política criminal, toda vez que la delincuencia organizada en México ha observado una tendencia grave y preocupantemente ascendente.

## V. CONCLUSIONES

La presunción de inocencia es un principio rector e inherente de los procesos penales de los regímenes políticos liberales, evaluable no solo por su expresa previsión legal, sino, esencialmente, por su verdadera eficacia jurídica.

---

### 40 Artículo 16. ...

...

*La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.*

...

*Ningún inculcado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.*

*Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

...

*B. De los derechos de toda persona imputada:*

...

*III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.*

*Artículo 22. ...*

*... En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas:*

*I. Será jurisdiccional y autónomo del de materia penal;*

*II. Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas...*

La previsión expresa de la presunción de inocencia en la Constitución federal mexicana, como garantía individual, exige el análisis de sus alcances por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; tribunal que podrá conocer de juicios de amparo por inconstitucionalidad de actos y/o leyes que contravengan dicha garantía.

Al ser una garantía individual, la presunción de inocencia no sólo se puede oponer a los actos judiciales concretos, sino, también, a los actos generales o particulares emitidos por autoridades legislativas o administrativas.

El principio de presunción de inocencia informa la totalidad del proceso penal, garantizando a los imputados el tratamiento de “inocentes”, de modo que no se reduce al sintagma *in dubio pro reo*.

La Constitución federal mexicana prevé diversos supuestos que, pese a parecer contrariar la garantía de presunción de inocencia, están justificados formalmente al estar también previstos en la Ley Fundamental.

Las medidas de prisión preventiva y las que tienen como finalidad el combate a la delincuencia organizada, parecen proporcionadas en su formulación general y abstracta, por lo que corresponde a los jueces, en cada caso, preservar su coherencia con el principio de presunción de inocencia.





**LOS MEDIOS DE PRUEBA  
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO**

---

ANA PAMELA ROMERO GUERRA



## **SUMARIO**

Introducción. **I.** Conceptos. Medios de prueba. Medios de investigación de prueba. Datos de prueba. Pruebas. **II.** Los medios de prueba en las diferentes etapas del proceso. Etapa de investigación. Etapa preliminar. Juicio oral.



---

## INTRODUCCIÓN

Al hablar del nuevo sistema penal, uno de los temas más comentados y sobre el que se centra casi toda la atención, es el juicio oral, hecho un tanto contradictorio ya que el sistema acusatorio prevé diversos mecanismos para solucionar el conflicto de forma que sólo algunos asuntos lleguen a dicha etapa.

Es la etapa de investigación del delito la que construye un buen procedimiento, mismo que resultará en un buen juicio oral. Lo que se busca en esta etapa son, precisamente, los medios de prueba sobre los cuales descansarán todas y cada una de las decisiones que se deben tomar durante el procedimiento penal.

No sólo en este punto radica la enorme importancia de los medios de prueba. También debemos recordar que el proceso penal tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen,<sup>1</sup> por lo que, sin pruebas de buena calidad, esto es imposible.

Las pruebas tienen que llevar al conocimiento del juez, más allá de duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de la responsabilidad penal del acusado, como autor o partícipe.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Así lo establece la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional.

<sup>2</sup> Ley 906 de 2004 por la cual se expide el Código de Procedimientos Penales de Colombia, artículo 372, <http://www.lexadin.nl/legislation>, 15 de julio de 2008.

Es importante recordar que la prueba en el proceso penal acusatorio es el resultado de la actividad de las partes, es decir, son las partes<sup>3</sup> las que introducen los medios probatorios al juicio, momento en el cual se convierten en prueba. Antes del juicio no existen pruebas, existen fuentes de prueba.<sup>4</sup>

Existen dos aspectos fundamentales que debemos contemplar para poder hablar de los medios de pruebas en el sistema acusatorio. Primero se debe delimitar el concepto, ya que en el sistema actual inquisitivo mixto se confunde medios de prueba con medios de investigación o búsqueda de la prueba<sup>5</sup> y segundo, se deben identificar estos diferentes conceptos en cada una de las etapas procesales. Empecemos entonces, por los conceptos.

## I. CONCEPTOS

Para poder definir medios de prueba, es importante diferenciarlo de otras figuras similares. A continuación se conceptualizan los medios de prueba, los medios de investigación o búsqueda de la prueba, los datos de prueba y las pruebas.

### Medios de prueba

“El medio de prueba es un vehículo para alcanzar un fin”.<sup>6</sup> Los medios de prueba nos permiten llegar a la existencia de la misma, lo que ocurrirá cuando dicho medio se presente en juicio y sea controvertido por las partes. Es común que se confundan con los medios de investigación o de búsqueda de la prueba. Por eso, es muy importante distinguir que los medios de prueba son elementos y los medios de búsqueda son actos.

<sup>3</sup> El Ministerio Público y la defensa.

<sup>4</sup> “La prueba, señala en sus conferencias el maestro JAIRO PARRA QUIJANO, es la que se practica en el juicio, antes no hay prueba, hay fuentes de prueba, hechos que tienen vocación de ser prueba. Así, que la entrevista que se toma antes al testigo, no es una prueba, es sólo una prueba en bruto, se transforma en testimonio cuando de viva voz, se narran los hechos en la audiencia”. Vivas Botero, Álvaro, *El lugar de los hechos. Referencia al sistema penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2006. p. 221.

<sup>5</sup> Por ejemplo, en el artículo 135, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reconoce como medios de prueba: a) la confesión; b) los documentos públicos y privados; c) los dictámenes de peritos; d) la inspección ministerial y la judicial; e) las declaraciones de los testigos; y f) las presunciones. Más adelante se explicará que la sólo la inspección judicial es considerada prueba, mientras que la ministerial es un medio de investigación de la prueba.

<sup>6</sup> Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, segunda edición, McGraw Hill, México, 2004, p. 401.

A través de los medios de prueba se orienta la investigación, se descartan hipótesis, se formulan acusaciones, se verifican hechos y, en general, se sostiene cada uno de los argumentos que se llevarán a juicio oral.

Su importancia radica precisamente en este punto: no podemos sacar conclusiones de ningún tipo, sin medios de prueba que las sostengan. Cuando ocurre un delito, lo primero que hace un investigador es formular hipótesis al respecto. Puede ser que primero con la o las hipótesis claras, lo siguiente sea buscar los elementos para verificarlas y es ahí donde entran los medios de prueba, o que partiendo de los medios de prueba con los que contamos, se puedan elaborar hipótesis sobre lo ocurrido. Cualquiera que sea la forma, no podemos prescindir de las evidencias.

Por lo anterior, es sumamente importante que se ponga un especial interés en la etapa de investigación del delito, ya que en la medida en la que se realice una buena investigación, nos podremos allegar de los mejores medios de prueba.

## Medios de investigación de prueba

Los medios de investigación de prueba son actos encaminados a obtener los medios de prueba. Los actos de investigación se insertan en el procedimiento de investigación, mientras que los actos de prueba se cumplen, como regla general, en el juicio oral y público.<sup>7</sup>

En el Derecho procesal penal italiano los medios de búsqueda de las pruebas son “los instrumentos (inspecciones, allanamientos, secuestros, captaciones) ordenados a la adquisición de las fuentes de prueba, cosas materiales, rastros o declaraciones de las cuales se pueda extraer la prueba”.<sup>8</sup>

En Costa Rica, el Código Procesal Penal los contempla como medios auxiliares, entre los cuales están la inspección y registro del lugar del hecho (artículo 185), la inspección corporal (artículo 188), la requisa (artículo 189), el registro de vehículos (artículo 190), el levantamiento e identificación de cadáveres (artículo 191), la reconstrucción del hecho (artículo 192), allanamiento y registro de morada (artículo 193),

---

<sup>7</sup> Vivas Botero, *Op cit* p. 236.

<sup>8</sup> Botero C., Martín Eduardo, *El sistema procesal penal acusatorio. “El justo proceso”*, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2008, p. 275.

allanamiento de otros locales (artículo 197), el secuestro<sup>9</sup> (artículo 198), la interceptación y secuestro de comunicaciones y correspondencia (artículo 201) y la clausura de locales (artículo 202).

Por su parte, Colombia los clasifica en dos grupos: actuaciones que no requieren autorización judicial previa para su realización y actuaciones que sí la requieren. Dentro del primer grupo encontramos la inspección del lugar del hecho (artículo 213), la inspección de cadáver (artículo 214), inspecciones en lugares distintos al del hecho (artículo 215), aseguramiento y custodia (artículo 216), exhumación (artículo 217), aviso de ingreso de presuntas víctimas<sup>10</sup> (artículo 218), registros y allanamientos (artículo 219), allanamientos especiales (artículo 226), retención de correspondencia, interceptación de comunicaciones telefónicas y similares (artículo 235), vigilancia y seguimiento de personas (artículo 239), vigilancia de cosas (artículo 240), análisis e infiltración de organización criminal (artículo 241), actuación de agentes encubiertos (artículo 242), entrega vigilada (artículo 243), búsqueda selectiva en bases de datos (artículo 244), exámenes de ADN que involucren al indiciado o al imputado.<sup>11</sup>

Dentro del segundo grupo encontramos: la inspección corporal (artículo 247), registro personal (artículo 248), la obtención de muestras que involucren al imputado (artículo 249) y el procedimiento en caso de lesionados o de víctimas de agresiones sexuales (artículo 250).

Normalmente dentro de los medios de investigación están los métodos de identificación,<sup>12</sup> los cuales sirven también para obtener medios de prueba que serán llevados a juicio y en los que generalmente deberá estar presente el abogado defensor del imputado.

---

<sup>9</sup> Artículo 198. *Orden de secuestro. El juez, el Ministerio Público y la policía podrán disponer que sean recogidos y conservados los objetos relacionados con el delito, los sujetos a confiscación y aquellos que puedan servir como medios de prueba; para ello, cuando sea necesario, ordenarán su secuestro. En los casos urgentes, esta medida podrá delegarse en un funcionario de la policía judicial.*

<sup>10</sup> Este artículo establece la obligación a quien reciba o dé entrada a persona a la cual se le haya ocasionado daño en el cuerpo o en la salud, de dar aviso inmediatamente a la dependencia de policía judicial más cercana o, en su defecto, a la primera autoridad del lugar. La obligación se establece en los hospitales, puestos de salud, clínicas, consultorios médicos o establecimientos similares. En realidad esta obligación no es un acto de investigación por sí mismo, sin embargo es lo que da la pauta para que la autoridad pueda investigar un posible hecho delictuoso de forma pronta.

<sup>11</sup> Para realizar estos exámenes, la policía judicial requerirá orden expresa del fiscal que dirige la investigación. Ahora bien, para cotejar los resultados de dichos exámenes con la información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros, se deberá adelantar la revisión de legalidad ante el juez de garantías, dentro de las treinta y seis horas siguientes a la terminación del examen respectivo, con el fin de establecer su legalidad formal y material.

<sup>12</sup> Colombia contempla el reconocimiento por medio de fotografías o videos y el reconocimiento en fila de personas (artículos 252 y 253). Sin embargo, Costa Rica los ubica dentro del *Título V Otros medios de prueba* en los artículos 227 a 232.

En el Código Modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>13</sup> se mencionan como medios de investigación<sup>14</sup> el cateo de recintos particulares (artículo 256), cateo de otros locales (artículo 257), otras inspecciones (artículo 261), inspección de personas (artículo 263), revisión corporal (artículo 264), registro de vehículos (artículo 265), inspecciones colectivas (artículo 267), levantamiento e identificación de cadáveres (artículo 268), exhumación de cadáveres (artículo 269), peritajes (artículo 270), reconstrucción del hecho (artículo 272), aseguramiento (artículo 273), clausura de locales (artículo 277), incautación de bases de datos (artículo 279), procedimiento para reconocer personas<sup>15</sup> (artículo 280), pluralidad de reconocimientos (artículo 281), reconocimiento por fotografía (artículo 282), reconocimiento de objeto (artículo 283) y otros reconocimientos (artículo 284).

Es importante resaltar que la tesis principal de este trabajo, en lo que se refiere a medios de investigación, es que éstos son actos o diligencias que realiza el Ministerio Público o la policía investigadora con el fin de obtener los medios de prueba que servirán para la toma de decisiones desde la misma etapa de investigación hasta el juicio oral. Sin embargo, algunos de estos actos, cuando son realizados por la autoridad judicial se convierten en prueba. El ejemplo más claro es la inspección. Cuando se lleva a cabo por el juez es prueba; cuando es realizada por la autoridad ministerial o por la policía investigadora -durante la etapa de investigación- estamos frente a un medio de investigación de la prueba.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> De aquí en adelante Código Modelo de CONATRIB.

<sup>14</sup> Título Octavo: Procedimiento ordinario, Capítulo I: Etapa de investigación, Sección 6: medios de investigación, artículos 256 al 284.

<sup>15</sup> Como podemos observar, el Código Modelo de CONATRIB, al igual que el Código de Procedimiento Penal de Colombia, incluye los métodos de reconocimiento dentro de los medios de investigación.

<sup>16</sup> Así podemos observarlo por ejemplo, en el código procesal de Colombia. El artículo 213 contempla la inspección del lugar del hecho como parte de las actuaciones de investigación, la cual puede ser realizada por la policía judicial o la autoridad ministerial (aunque no lo dice expresamente), mientras que el artículo 382 incluye la prueba de inspección dentro de los medios de conocimiento para condenar más allá de toda duda, pero se refiere a la inspección judicial que más adelante, en la Parte V *Reglas relativas a la inspección*, en el artículo 435, se establece su procedencia señalando que el juez, excepcionalmente, podrá ordenar la realización de una inspección judicial fuera del recinto de audiencia cuando, previa solicitud de la Fiscalía o de la defensa, estime necesaria su práctica dada la imposibilidad de exhibir y autenticar en la audiencia, los elementos materiales probatorios y evidencia física, o cualquier otra evidencia demostrativa de la manera como ocurrieron los hechos objetos del juzgamiento. También señala que en ningún caso el juez podrá utilizar su conocimiento privado para la adopción de la sentencia a que hubiere lugar.

## Datos de prueba

Uno de los cambios más polémicos de la Reforma Constitucional penal del 18 de junio de 2008, es el segundo párrafo del artículo 16 y el primero del artículo 19, en los cuales cambia la obligación de acreditar el cuerpo del delito y en lugar de ésta se introduce una exigencia probatoria que está basada en datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.<sup>17</sup>

Atendiendo a este cambio, el Código Modelo de CONATrib incluye la figura de dato de prueba, en el artículo 250 (1) que señala:<sup>18</sup>

*Dato de prueba es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez, que se advierta idóneo, pertinente y, en conjunto con otros, suficiente, para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado.*

De esta forma se llena el vacío al que podríamos enfrentarnos al hacer una interpretación de los artículos 16 y 19 constitucionales, ya que el estándar probatorio que establece la reforma en estos dos artículos no descansa propiamente en medios de pruebas ni en pruebas, sino únicamente en los llamados *datos* por lo que no podría ser operativo sin delimitar exactamente en qué consisten éstos.

Este cambio, que ha alarmado a algunos abogados, no significa que se vinculará a proceso o se libraré una orden de aprehensión sin evidencia suficiente para ello. De hecho las partes, en condiciones de igualdad procesal, podrán -en la respectiva audiencia-, exponer la evidencia con la que cuentan para que el juez de control resuelva al respecto sin necesidad de desahogarla en ese momento.

---

<sup>17</sup> Artículo 16, párrafo segundo: *No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

Artículo 19, párrafo primero: *Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se le impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

<sup>18</sup> En el mismo código, más adelante, cuando se habla de los requisitos para vincular a proceso al imputado, el artículo 304 vuelve a definir dato de prueba con el mismo concepto que el artículo 250.



Es importante recalcar que los datos de prueba no son simples dichos o acusaciones infundadas, se trata de la referencia directa de los medios de prueba válidos con los que se cuenta en la realidad, mismos que por economía procesal no es necesario exhibir o desahogar cuando se está haciendo la respectiva petición al órgano jurisdiccional. Esto está basado también en la confianza que el juez o tribunal tiene en lo que las partes declaran.

En el Derecho penal italiano el dato de prueba encuentra su símil en las fuentes de prueba, que son los elementos adquiridos en el curso de las investigaciones preliminares y que posteriormente se convierten en medios de prueba.<sup>19</sup>

## Pruebas

El Diccionario de la Real Academia de lengua española define, en su undécima acepción como prueba, a la “justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley”.<sup>20</sup>

Como se desprende de esta definición, podemos decir que la prueba en materia penal es todo elemento que se presenta en el proceso para demostrar un hecho sujeto a controversia. Como regla general, por su naturaleza las pruebas en el sistema acusatorio se clasifican en dos grupos: la prueba testimonial y la prueba material.

### Prueba testimonial

La prueba testimonial consiste en las declaraciones de los testigos en la audiencia del juicio oral. Por lo tanto, testigo es todo aquél que rinde su testimonio frente al juez, pudiendo ser éste, por ejemplo, la víctima u ofendido, el inculpado, el policía que realizó la detención, un perito, un testigo presencial, etcétera.

Dentro de la testimonial encontramos la pericial, la cual, aunque se considera como un testimonio, tiene reglas distintas a las demás testimoniales, pues se trata de un testigo experto.

---

<sup>19</sup> Botero C., *Op cit*, p. 277.

<sup>20</sup> <http://www.rae.es/rae.html>, 22 de julio de 2008.

Es por eso que en los códigos procesales, la prueba pericial por lo general tiene un apartado singular pues, a pesar de ser una especie del género de la prueba testimonial, merece una regulación aparte.

La prueba pericial se distingue de los demás testimonios porque el perito es un testigo experto que rinde declaración única y exclusivamente sobre la pericia que llevó a cabo. En otras palabras, el perito sólo rinde testimonio sobre el estudio que realizó y los resultados que obtuvo. A este testigo experto no le constan los hechos, no es víctima ni ofendido y, en general, no tiene interés alguno sobre el asunto que se está dirimiendo. El perito solamente expresa su opinión científica o técnica sobre un punto en concreto.

En congruencia con el principio de contradicción, la prueba testimonial pasa por la controversia de las partes, aplicándoseles a los testigos un examen directo y un contraexamen. El examen directo es el interrogatorio que se hace a los testigos que se presentan y el contraexamen es el interrogatorio que se hace a los testigos que presenta la contraparte.

La lógica del examen directo es que el testigo vierta la información con la que cuenta para que sea escuchada por el juez o tribunal, ya que las partes no pueden producir la información; ésta debe provenir de los testimonios, por lo que las preguntas que se le hacen al testigo obedecen, en primer lugar, a acreditarlo, es decir, presentarle al tribunal quién es y por qué está presente en juicio, y en segundo lugar, orientar su testimonio al punto o a los puntos específicos que necesitan ser escuchados en la audiencia para poder producir la prueba.

Por su parte, la lógica del contraexamen representa la contradicción en su más pura acepción: la contraparte le hará preguntas que, siguiendo el mismo orden previsto para el examen directo, controviertan la prueba ya sea que pretendan desacreditarlo como testigo o desacreditar la información que vertió en su testimonio. Esto puede ser para mostrarle al tribunal inconsistencias en su testimonio, falsedad en sus aseveraciones, contradicciones con otros testigos o la falta de lógica entre lo que se pretendía probar con su testimonio y éste mismo.

## Prueba material

La prueba material es todo elemento distinto del testimonio que se lleva a juicio. Dentro de la prueba material se encuentra la documental que es la que se usa con más frecuencia y sobre la cual existen reglas más detalladas. Sin embargo, existen muchos tipos de prueba material. En Chile, el Código Procesal Penal reconoce en el artículo 323 como otros medios de prueba los no regulados expresamente, que pueden ser películas cinematográficas, fotográficas, fonográficas, videgrabaciones, y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe.

La prueba material no habla por sí misma, por lo que es importante contar con un testigo que la acredite como prueba, reconociéndola y explicando de qué se trata o qué es lo que en efecto pretende probarse con ella.

Al igual que la pericial, la prueba documental tiene una regulación aparte en la mayoría de los códigos procesales penales. Sobre esta prueba existen algunas reglas en cuanto a la presunción de autenticidad; en varios países se presumen auténticos todos los documentos presentados en juicio, salvo prueba en contrario, y en otros no existe tal presunción por lo que se deben presentar pruebas anexas que demuestren su autenticidad.

Así tenemos que en Colombia, el artículo 425 del Código Procesal señala que, salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento.

Por su parte, en el Derecho procesal penal norteamericano, los documentos no son admisibles hasta que no son autenticados por una prueba preliminar que demuestre que dicho documento es genuino.<sup>21</sup> Pero debemos recordar que auténtico no es sinónimo de verdadero. Un documento auténtico es respecto del cual se sabe la persona que lo elaboró o lo firmó. Al no presumirse la autenticidad, quien quiera acreditar un documento corre con la carga de demostrar que es auténtico<sup>22</sup> y la cuestión sobre su contenido, y la verdad o falsedad del mismo, se discutirá en la audiencia.

<sup>21</sup> Federal Rules of Evidence, Rule 901 (a) General provision. *The requirement of authentication or identification as a condition precedent to admissibility is satisfied by evidence sufficient to support a finding that the matter in question is what its proponent claims.*

<sup>22</sup> Muñoz Neira, Orlando, *Sistema Penal Acusatorio de Estados Unidos*, Legis, Colombia, 2006. p. 358.

Es importante recordar que, materiales o testimoniales, son pruebas única y exclusivamente cuando se desahogan en la audiencia bajo la observancia de todos los principios del sistema.

## **II. LOS MEDIOS DE PRUEBA**

### **EN LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO**

Como ya se mencionó, el medio de prueba es el género y la prueba, los medios de investigación y el dato de prueba, son la especie. Esto obedece a que los medios de prueba van cambiando en su denominación y alcances conforme van avanzando las etapas del proceso penal. Es vital poder identificar cuándo entran unos y cuándo los otros, ya que esto garantizará un correcto ejercicio de la actividad probatoria.

### **Etapas de investigación**

La etapa de investigación tiene varios momentos: el inicio, con la noticia criminal; la investigación por parte del Ministerio Público y la policía; la formalización de la investigación ante el inculpado y el juez; y la formulación de la acusación o vinculación a proceso del imputado con lo cual entramos a la etapa preliminar o intermedia.

Con la *notitia criminis* inicia propiamente el procedimiento penal. Pero la información que llega acompañando la denuncia o querrela debe ser corroborada antes de formular una acusación por lo que en este punto el Ministerio Público necesita allegarse de elementos suficientes para respaldar dicha acusación. Estos elementos son los medios de prueba. Sin embargo, dependiendo del momento procesal exacto en el que se encuentren, podrán tener otras denominaciones.

Cuando sucede un hecho delictuoso, ya sea que el hallazgo sea posterior al delito o que el delincuente sea atrapado en flagrancia, todo lo que se encuentra en el lugar de los hechos es de vital importancia. Por ejemplo, el cuerpo de la víctima, la ropa, los restos hemáticos, el arma que se usó, las huellas dactilares, en fin, cualquier rastro que haya quedado y que pueda tener relación con el delito.

Es precisamente en el lugar de los hechos<sup>23</sup> en donde encontramos los medios de prueba en su primera acepción: indicios, todo elemento producto del delito que sirve para determinar las condiciones y características de su comisión. Cuando éste es ligado congruentemente a una hipótesis sobre el hecho delictuoso, se convierte en evidencia, es decir, el indicio adquiere la capacidad de demostrar algo relacionado al delito.

Tradicionalmente se clasifica a la evidencia física por sus características. Colombia lo hace de la siguiente forma:<sup>24</sup>

a) **Si son encontradas en el lugar de los hechos o fuera de él.**

Son positivas cuando son dejadas en el lugar de los hechos por el presunto autor y/o partícipe del delito y negativas cuando son llevadas a otro lugar por el mismo.

b) **Según sus posibilidad de ser transportadas o no al laboratorio.**

Pueden ser descriptivas o concretas. Las primeras son las que por su tamaño o por formar parte de un inmueble son imposibles de trasladar y como consecuencia su estudio se realiza en el lugar donde se encuentran; las segundas cuando pueden ser llevadas al laboratorio.

c) **Por su posibilidad individualizadora y características de clase.**

Las primeras son aquéllas que por sus características únicas permiten realizar una plena identificación de su origen. Las segundas son las que únicamente podemos clasificar de acuerdo a sus características y a través de su relación con los demás elementos del lugar de los hechos y las circunstancias de su hallazgo.

d) **Según su naturaleza y tamaño.**

Macroscópicas. Armas de fuego, proyectiles, vainillas,<sup>25</sup> municiones; armas cortantes, punzantes o contundentes; explosivos y sustancias acelerantes o combustibles y residuos

<sup>23</sup> Las evidencias físicas pueden ser también halladas en un lugar distinto al de los hechos. Tradicionalmente la Criminalística clasifica al lugar de la investigación en lugar de los hechos, lugar del hallazgo y lugar de enlace. El primero es el sitio en donde se comete el hecho posiblemente delictuoso. El segundo corresponde al lugar donde se encuentra alguno de los indicios, por ejemplo el cadáver, pero que no es el lugar donde se cometió el delito. Y el tercero es el medio en que se transporta un indicio de un lugar a otro o algún escenario intermedio entre el lugar de los hechos y el lugar del hallazgo. En El Salvador encontramos un símil en la llamada *escena prolongada*; aquella que, no importando si es abierta o cerrada, inicia en un lugar y concluye en otro, con sus mismos protagonistas o parte de éstos. Esta escena tiene la particularidad de haber ocurrido en horas y lugares diferentes. *Manual de actuación en la escena del delito*, Fiscalía General de la República, segunda edición, San Salvador, 2002, p. 11.

<sup>24</sup> López, Jaime; Núñez, César (coord), *Manual único de policía judicial*, Consejo Nacional de Policía Judicial, Colombia, 2005, pp. 59-68.

<sup>25</sup> La vainilla es la parte metálica que contiene la carga de proyección del cartucho.

de incendio; documentos;<sup>26</sup> otros como prendas, objetos personales, vehículos, fragmentos de vidrio, sogas, cuerdas, jeringas y fibras sintéticas.

Trazas. Son aquéllas que por su cantidad, tamaño o naturaleza no son perceptibles a simple vista y requieren medios técnicos o tecnológicos para su observación, recolección e identificación. Por ejemplo: fibras, pelo, manchas.

e) **Biológicas.**

Son derivadas de las personas, animales o vegetales, que intervienen en el lugar de los hechos. Pueden ser fluidos o tejidos biológicos.

f) **Huellas y rastros.**

Se pueden clasificar como huellas latentes, de impresión o estampadas.

g) **Drogas, medicamentos, alimentos y sustancias tóxicas.**

Es común que se confunda el término evidencia con indicio o que se utilicen como sinónimos. Como ya se explicó, el indicio es un rastro que se encuentra, es un elemento sensible que puede aportar información relevante para la investigación, pero adquiere el estatus de evidencia cuando en efecto demuestra algo específico relacionado con el hecho que se investiga.

También es importante señalar que la diferencia entre evidencia y medio de prueba obedece al ámbito en el que se utilizan estos conceptos. En el fondo son exactamente lo mismo. Son elementos que prueban algo en concreto relacionado al hecho delictivo, que tienen posibilidad de convertirse en prueba una vez que sean llevados a juicio. Sin embargo, tradicionalmente el término evidencia se utiliza en el ámbito criminalístico mientras que el término medio de prueba se usa en el ámbito procesal por ser ésta la denominación que los códigos adjetivos le proporcionan.

Así tenemos que en el lugar de los hechos o en cualquier escenario conexo, podemos encontrar indicios que, concatenados con otros elementos, serán evidencia física que proporcionará información de soporte a la hipótesis del Ministerio Público sobre el probable responsable y las condiciones de tiempo y forma en que ocurrió el hecho delictuoso.

---

<sup>26</sup> Entiéndase por documentos los contemplados en los artículos 424 y 425 del Código Procesal Penal de Colombia.

Ahora bien, hasta el momento el estándar de prueba es mínimo ya que para iniciar la investigación se requiere de pocos datos. En Chile, el artículo 174 del Código Procesal Penal, señala que la denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener la identificación del denunciante, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, todo cuanto le conste al denunciante. Por su parte el Código Modelo de CONATRIB, señala en el artículo 227 que la querrela deberá contener los mismos datos que la denuncia -que son iguales a lo que dispone el código chileno-, sin embargo, Colombia solamente indica en el artículo 69 de su Código Procesal, que la denuncia contendrá una relación detallada de los hechos que conozca el denunciante y si le consta o no que los mismos hechos ya han sido puestos en conocimiento de otro funcionario y agrega que *“en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento”*.<sup>27</sup>

En México, uno de los cambios<sup>28</sup> que se hicieron a varios ordenamientos legales orientándonos hacia el sistema acusatorio, fue la adición al artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales la cual señala que cuando se trate de informaciones o denuncias anónimas, el Ministerio Público ordenará a la policía que investigue la veracidad de los datos aportados y de confirmarse la información, iniciará la averiguación previa correspondiente.

Como se observa, los requisitos de inicio de la investigación o del procedimiento propiamente dicho, no requieren estar acompañados de más datos que los que el denunciante posee y el único motivo por el cual no se iniciaría la actividad de investigación sería por que la denuncia o querrela sean claramente infundadas.

---

<sup>27</sup> En el sistema penal vigente mexicano, los requisitos son similares a lo que señala el código colombiano como se aprecia en el artículo 118 del Código Federal de Procedimientos Penales que señala: *“Las denuncias y las querrelas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos”*.

<sup>28</sup> Este paquete de reformas a varias leyes y códigos se le llamó *Miscelánea Penal* y se realizó atendiendo lo dispuesto por los artículos transitorios de la Reforma Penal y fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009.

No es sino hasta que se formaliza la investigación,<sup>29</sup> que sube el estándar probatorio. Esto no significa que ante el juez se deban de mostrar o exhibir medios de prueba que sostengan la formalización de la investigación.<sup>30</sup> En realidad es simplemente la comunicación que se le hace al imputado sobre la investigación de la cual está siendo sujeto, pero si la primera noticia que tiene el Ministerio Público sobre el posible hecho delictuoso tiene que ser corroborada y además se empieza una investigación “preliminar” para determinar si existen motivos suficientes para investigar formalmente a una persona, lo más lógico es que al momento de formalizar dicha investigación esto sea producto de la existencia de medios de prueba contundentes sobre: a) que existe un delito, y b) que esa persona tiene una probable responsabilidad en el mismo. Es decir, el Ministerio Público llegó a las conclusiones que lo llevaron a formalizar la investigación porque hasta ese momento tuvo elementos o datos de prueba suficientes para ello.

A continuación veremos cómo el estándar probatorio continúa subiendo conforme se avanza en etapas procesales, sin embargo es importante recordar que el umbral probatorio en el sistema acusatorio es distinto a el que existía en el texto constitucional anterior a la reforma del 18 de junio de 2008.

Pasemos entonces a la acusación. Concluída la investigación, el Ministerio Público puede llegar a varias conclusiones: que existen elementos suficientes para determinar que existe un delito y que se debe iniciar el proceso; que no existen elementos suficientes para determinar que existe un delito; o bien, que existen elementos suficientes para determinar que se cometió un delito pero que, por el momento, no se tienen los medios de prueba suficientes para iniciar el proceso por lo que se envía a archivo. Cuando estamos frente a la primera conclusión, el Ministerio Público debe formular la acusación y con ello entramos a la etapa preliminar o etapa de preparación del juicio oral.

---

<sup>29</sup> Artículo 229 del Código Procesal Penal de Chile. *La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.*

<sup>30</sup> De hecho, en la audiencia de formalización de la investigación en Chile, el juez le dará la palabra al fiscal para que exponga brevemente los cargos que presenta en contra del imputado y las solicitudes que efectuare al Tribunal. Después se le otorgará la palabra al imputado para que manifieste lo que estime conveniente (artículo 232 Código Procesal Penal de Chile). Pero en ningún momento se habla de que el fiscal deba presentar prueba alguna, aunque es importante que durante la breve exposición de los cargos el fiscal mencione cuáles fueron los elementos que lo llevaron a tomar dicha decisión y el imputado podrá argumentar en contra de ellos.



Para formular la acusación o vincular a proceso al imputado, es necesario contar con datos de prueba suficientes para crear la convicción en el juez o tribunal de que se encuentra frente a la probable existencia de un delito y frente a la probable responsabilidad del imputado, lo cual será decidido más tarde en juicio.

En el derecho norteamericano se puede realizar la acusación de dos formas: por *indictment* del Gran Jurado o por *information*<sup>31</sup> del fiscal. El Gran Jurado es obligatorio en procesos por delitos federales, sin embargo no lo es en los estados, por lo que aquéllos que no lo contemplan utilizan la acusación por *information* del fiscal. El Gran Jurado está compuesto por 23 ciudadanos que son citados por la Corte y no actúa ante la presencia de un juez. Su función es determinar si en un caso criminal existen o no causas probables para acusar. La causa probable es el soporte razonable que permite concluir que una persona ha cometido un crimen por lo que no se trata de una simple sospecha sino de la existencia de evidencia suficiente para justificar una acusación. Esta evidencia no representa una exigencia de prueba como aquella que se requiere para condenar. En la audiencia ante el Gran Jurado, el fiscal es quien presenta todas las evidencias que considere pertinentes pero no existe una controversia sobre las mismas como se observa en la audiencia de juicio ya que el Gran Jurado no define la responsabilidad penal del acusado<sup>32</sup> a partir de las pruebas o interrogatorios, sino que simplemente está encargado de decidir si se acusa o no. En materia probatoria, ésta acusación tiene varios detalles importantes: el Gran Jurado no puede tomar decisiones basadas en simples sospechas sino que debe haber evidencia suficiente; no tiene la limitante del Jurado de Juicio, por lo tanto, podrá acusar con base en testimonios de oídas o incluso basándose en evidencia que no ha sido obtenida siguiendo todas las reglas constitucionales. Mucho se cuestiona sobre las garantías que otorga esta figura para calificar la acusación, sin embargo, en la práctica funciona muy bien a la hora de controlar el escrito que acusa por parte del fiscal ya que tendrá que convencer a 23 personas sin ningún interés personal en el asunto.

---

31 La traducción literal de *information* sería *información*, sin embargo en esta figura jurídica se debe entender *information* como acusar. Muñoz Neira, Orlando *Op cit* p. 157.

32 Atribución que sí tiene el Jurado de Juicio.

Por su parte, la acusación por *information*, que es una declaración escrita presentada en nombre del Estado por el fiscal de distrito o de condado, no implica que no tenga ningún tipo de control judicial; en la mayoría de los estados ésta es presentada en la audiencia preliminar frente a un magistrado que calificará y determinará su procedencia. Resuelto lo anterior, ya sea por el Gran Jurado o por el magistrado, se presenta la acusación ante la secretaría del Tribunal competente para llevar a cabo el juicio.

En el Derecho Penal Internacional<sup>33</sup> el Estatuto de Roma establece los criterios para la actividad probatoria en los procedimientos que se llevan a cabo ante la Corte Penal Internacional, que revisaremos principalmente en la confirmación de cargos ante la Sala de Cuestiones Preliminares, ya que dicho ordenamiento establece un procedimiento penal que sirve como referencia en lo que a *debido proceso* se refiere.<sup>34</sup>

El propósito de la confirmación de cargos, es asegurar que ningún caso proceda a juicio sin la suficiente evidencia para establecer “motivos fundados para creer” que la persona cometió el crimen o los crímenes que se le imputan.<sup>35</sup> Este mecanismo está designado para proteger los derechos de la defensa en contra de cargos ilícitos o infundados.<sup>36</sup>

En este sentido, el artículo 61 (7) del Estatuto establece el estándar de prueba requerida durante esta etapa del proceso, limitado exclusivamente a determinar que hay motivos fundados para creer que se han cometido los crímenes que se imputan y, en su caso, la Sala de cuestiones Preliminares podrá confirmar los cargos respecto de los cuales haya determinado que existen pruebas suficientes o no confirmarlos en el caso de que se haya determinado que las pruebas son insuficientes.

---

33 Aportación de Alberto Ulises Quero García.

34 Esto debido a que el Estatuto de Roma establece un procedimiento penal que logra consensuar a ordenamientos jurídicos diversos ya que hasta el momento, más de 130 países han firmado este tratado y 110 lo han ratificado, por ser un ejemplo de procedimiento penal apegado a los principios y estándares del debido proceso penal. Dondé Matute, Javier, *¿Cómo se regula el debido proceso en el Estatuto de Roma?*, Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-457s.pdf> (13 abril 2010).

35 Estatuto de Roma artículo 61 (5) y (7).

36 Véase *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717 *Decision on the Confirmation of Charges*. Sentencia de fecha 30 de Septiembre 2008. p. 63

Es decir, el estándar de prueba requerido por este artículo es presentar evidencia concreta y tangible que demuestre una línea clara de razonamiento que soporte las alegaciones hechas por el fiscal,<sup>37</sup> con el propósito de establecer los cargos para el enjuiciamiento del imputado en la Sala de Primera Instancia.

Una vez que se han confirmado los cargos en contra del acusado, se procede a establecer un juicio ante la Sala de Primera Instancia, en el que la Corte determinará la culpabilidad y establecerá si se han configurado en su totalidad los crímenes que se han imputado, por lo que la carga de la prueba debe apuntar a determinar la configuración de los cargos anteriormente confirmados y la responsabilidad en la que se ha incurrido más allá de toda duda razonable.<sup>38</sup>

En Chile, el querellante<sup>39</sup> deberá ofrecer la prueba que estime necesaria para sustentar su acusación, en términos del artículo 259 que señala que la acusación deberá contener en forma clara y precisa: a) la individualización de él o los acusados y de su defensor; b) la relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica; c) la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren, aun subsidiariamente de la petición principal; d) la participación que se atribuyere al acusado; e) la expresión de los preceptos legales aplicables; f) el señalamiento de los medios de prueba de que el Ministerio Público piense valerse en el juicio; g) la pena cuya aplicación se solicite, y h) en su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado.

Como hemos podido observar de estos tres diferentes ordenamientos jurídicos, es importante que la acusación o vinculación a proceso contenga los datos de prueba suficientes para sostener la misma. En México, como ya se comentó: producto de la Reforma Penal, en el primer párrafo del artículo 19 constitucional, se cambia el concepto de *auto de formal prisión* al de *auto de vinculación a proceso*, una figura novedosa y propia de un sistema acusatorio y en el cual se expresará “el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la

37 Véase *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06-803-t, *Decision on the Confirmation of Charges*. Sentencia de fecha 29 de enero de 2007 p. 38-39, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, ICC-01/04-01/07-717 *Decision on the Confirmation of Charges*. Sentencia de fecha 30 de septiembre de 2008, p. 65.

38 Estatuto de Roma, artículo 66 (3).

39 Artículo 261 del Código Procesal Penal de Chile.

ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. Este cambio además es congruente con el carácter excepcional que debe tener la prisión preventiva, es decir, no todo caso que se vincule a proceso, debe significar por ese simple hecho que contemple medidas como la prisión.

## Etapa preliminar

En la etapa preliminar o intermedia<sup>40</sup> es donde se determinan las pruebas que se llevarán a juicio oral y tiene como objeto la preparación del juicio. Para esto, en la audiencia frente al juez de control se resolverá si existen problemas de forma o fondo, se fijará el objeto del debate y establecerán los medios de prueba y el tribunal que conocerá del caso. En la determinación de los medios de prueba, el juez de control está facultado para excluir la prueba ilícita<sup>41</sup> y las partes podrán realizar acuerdos probatorios.<sup>42</sup>

Una vez excluida la prueba ilícita, se debatirá sobre otros aspectos de los medios de prueba que se pretenden llevar a juicio. Hay que recordar que la información que se lleve a juicio oral debe ser de buena calidad ya que con base en ella se tomará la decisión de la sentencia. No hacerlo significaría generar errores que, a su vez, generan impunidad. Es por esto que el juez de control en la audiencia preliminar debe observar si los medios de prueba son idóneos, conducentes, relevantes, pertinentes, si no recaen sobre información prohibida en juicio o si lo que pretenden probar es un hecho notorio o claramente probado.

---

40 Véase Baytelman, Andrés; Duce, Mauricio, *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, FCE/INACIPE, primera reimpresión, 2008, p. 42 y 43.

41 Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 20 apartado A fracción IX, que señala: *Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula*. Código Modelo de CONATRI, artículo 252: *Los medios de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código*.

42 Código Procesal Penal de Chile, artículo 275. *Convenciones probatorias. Durante la audiencia, el fiscal, el querellante, si lo hubiere, y el imputado podrán solicitar en conjunto al juez de garantía que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio oral. El juez de garantía podrá formular proposiciones a los intervinientes sobre la materia. Si la solicitud no mereciere reparos, por conformarse a las alegaciones que hubieren hecho los intervinientes, el juez de garantía indicará en el auto de apertura del juicio oral los hechos que se dieren por acreditados, a los cuales deberá estarse durante el juicio oral.*

De esta forma, el juez de control puede no admitir medios de prueba que sólo podrían generar confusión o retraso en el proceso y así llevar aquéllos que sí sean capaces de generar convicción en el Tribunal. En las Audiencias preliminares se deberán observar los mismos principios que se establecen para el juicio oral.<sup>43</sup>

## Juicio Oral

En el juicio oral es donde encontramos finalmente la prueba, su aspecto más importante; sin ésta no hay controversia ni debate y no se podría tomar decisión alguna en el proceso. Para el análisis de la prueba en el juicio oral partiremos del texto constitucional.

Empezamos con la fracción II del artículo 20, apartado A que establece que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual se realizará de manera libre y lógica. En este punto encontramos claramente el principio de inmediación, el cual nos garantiza que ninguna prueba dejará de ser observada y analizada por el juez o tribunal de juicio oral. Esto nos da la certeza de que la sentencia se elaborará en relación a la información que el tribunal escuchó durante el juicio, sin que nadie supliera esta función y que concentra también la esencia de la función jurisdiccional ya que para poder valorar adecuadamente la prueba, el juez debe verla por sí mismo.

La fracción III señala que para los efectos de la sentencia sólo serán consideradas como prueba aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, lo que en congruencia con la fracción anterior, significa que ninguna información que no haya sido vertida en la audiencia de juicio podrá ser tomada en cuenta para crear convicción en el juez. No importa todo lo que exista en la carpeta de investigación del Ministerio Público, ni lo que los medios de comunicación sostengan; el juez debe hacer caso omiso a cualquier dato que no provenga del desahogo de pruebas en la audiencia de juicio oral. De no ser así, esta información “externa” no habría pasado por la contradicción de las partes, ni por la inmediación del juez, y sería una clara violación al principio de concentración.

---

<sup>43</sup> Artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción X. *Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las Audiencias preliminares.*

Por su parte, la fracción IV del mismo artículo señala que el juicio deberá ser celebrado ante un juez que no haya conocido previamente el caso y la presentación de los argumentos y elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral. Esto reviste una gran importancia pues el juez de las etapas previas al juicio oral habrá visto y tendrá conocimiento de muchos datos, que probablemente afectarían su imparcialidad a la hora de juzgar para elaborar la sentencia. En algunos países sucede que el juez de las etapas anteriores es el mismo que preside el juicio oral, sin embargo, lo anterior podría contaminar la objetividad del juzgador.

En la fracción V encontramos lo referente a la carga de la prueba, que corresponderá a la parte acusadora y la igualdad procesal de partes para sostener la acusación o la defensa. Lo último de suma importancia, pues se trata de acabar con la idea de que el órgano acusador es quien tiene todo el poder y que la defensa se encuentra débil ante esto. En el sistema acusatorio la defensa tiene el mismo derecho de acceso a la información y los mismos derechos procesales para regir su actividad probatoria.

Y por último la fracción IX, ya mencionada con anterioridad, señala que cualquier prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales será nula. En resumen, los aspectos más importantes sobre los cuales se regirá la actividad probatoria en juicio son:

- a) Encontramos a los medios de prueba hasta antes de la audiencia de juicio en la cual, para que sean considerados como prueba, deberán presentarse frente al juez,<sup>44</sup> bajo los principios de publicidad, contradicción, oralidad, concentración y continuidad. Lo cual nos brinda la certeza de que el juez es quien valorará las pruebas y tendrá oportunidad de obtener los elementos necesarios para crearse una convicción y dictar una sentencia basada en información de buena calidad.
- b) El juicio deberá celebrarse ante un juez que no haya conocido previamente el caso. Como ya se comentó, en algunos sistemas, el juez que celebra la audiencia preliminar, en la que se establecen los medios de prueba que se llevarán a juicio, es el mismo que preside la audiencia de juicio. Sin incorporar en este trabajo los

---

44 Principio de intermediación.

elementos suficientes para realizar una crítica a estos sistemas, lo ideal para garantizar objetividad en la valoración de las pruebas, es que el juez no conozca el caso antes de llegar a juicio. Así se garantiza la imparcialidad de dicha valoración.

- c) La valoración de la prueba será libre y lógica. Este cambio de sistema probatorio es uno de los aspectos más positivos en lo que a pruebas se refiere ya que el sistema probatorio tasado<sup>45</sup> o el mixto, que le otorgan un valor predeterminado a las pruebas, restringen gravemente la posibilidad de abordar la prueba desde diferentes enfoques, lo cual coarta aspectos esenciales de la función del juez.
- d) La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora. Sin embargo, en la práctica en el sistema aún vigente el probable responsable es quien debe demostrar su inocencia. El sistema acusatorio incorpora la carga de la prueba al Ministerio Público a nivel constitucional para que sea de rigurosa observancia en el proceso penal.
- e) Las partes tendrán igualdad procesal para presentar y contradecir las pruebas y libertad para decidir qué pruebas presentar y en qué orden. Dicha igualdad procesal contiene la esencia del sistema adversarial que, como su nombre lo indica, se trata de dos adversarios que se enfrentan en condiciones equitativas e iguales, ya no es la gran figura del inquisidor que opacaba por completo a la defensa.
- f) La prueba deberá ser obtenida de manera lícita, con un absoluto respeto a los derechos fundamentales para poder ser admitida en juicio.

---

45 Barragán Salvatierra, *Op cit.* pp.403 y 404. Sistemas probatorios. “*Libre*: tiene su fundamento en el principio de la verdad material, se traduce en la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso, además valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que debe tener en el cumplimiento de sus funciones, lo cual se reduce a dos aspectos básicos: libertad de prueba y libertad de valoración. *Tasado*: este sistema (históricamente llamado “de las pruebas legales”) se sustenta en la verdad formal, dispone sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración el juez está sujeto a las reglas prefijadas legalmente. *Mixto*: es una combinación de las anteriores; las pruebas las señala la ley, sin embargo el funcionario encargado de la averiguación puede aceptar todo elemento que se le presente como prueba, si a su juicio puede constituirla constatando su autenticidad por el camino legal pertinente. En cuanto a su justipreciación, se extiende para ciertos medios de prueba o reglas fijadas; en cambio para otros existe libertad... En México el sistema probatorio es mixto con tendencias al sistema libre en cada reforma a las leyes adjetivas”.

La prueba anticipada, cuya naturaleza requiera de desahogo previo, se presentará conforme a los requisitos que la ley establezca para su admisión en juicio.<sup>46</sup>

Como podemos observar, estos lineamientos sobre los cuales se desarrollará la actividad probatoria, son totalmente congruentes con un sistema acusatorio que equilibra la balanza entre las partes procesales para tener un juicio justo y transparente.

---

<sup>46</sup> Artículo 20, apartado A, fracción III de la Constitución.







**LOS MEDIOS ALTERNATIVOS  
DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

---

**ERIKA BARDALES LAZCANO<sup>1\*</sup> Y CARLOS VILLEGAS<sup>2\*</sup>**

**NO PUEDE HABER GRANDES DIFICULTADES  
CUANDO ABUNDA LA BUENA VOLUNTAD.  
NICOLÁS MAQUIAVELO**



## SUMARIO

Introducción. **I.** Principios de la Justicia Alternativa. **II.** Generalidades y puntos a tomar en cuenta dentro de la Justicia Alternativa en México. **III.** Suspensión del Proceso a Prueba. **IV.** Procedencia de la Justicia Alternativa: 1. Tipo de delitos por los que procede la justicia alternativa; 2. Los acuerdos reparatorios o restitutorios; 3. La reparación del daño. **V.** Recomendaciones para una implementación exitosa. **VI.** Conclusión. **VII.** Fuentes de referencia y recomendación.

1\* Es licenciada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y maestrante del Instituto Superior de Derecho y Economía ISDE en Madrid España, entre sus logros destacan ser acreedora de la beca "jóvenes hacia la investigación" otorgada por la UNAM. En el ámbito académico cuenta con cinco certificaciones internacionales en Juicios Orales. En su experiencia profesional ha sido, Investigadora-Asistente del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Fue colaboradora externa del Maestro Cuauhtémoc Vázquez González de la Vega en la Secretaría de Seguridad Pública Nacional y actualmente es colaboradora en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el ámbito penal. Asimismo es profesora del sistema acusatorio en toda la República Mexicana por instituciones como el INACIPE, CONATRI y CEPOLCRIM.

2\* Es licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Zacatecas; y maestrante en Derecho Procesal Civil de la Universidad Bonaterra en Aguascalientes, Ags. y del mismo modo es maestrante en "Administración de Justicia" de la Escuela Judicial del Poder Judicial del Estado de Zacatecas, cuenta con la Especialidad en Derecho Judicial por la Escuela Judicial del Tribunal Superior de Justicia en el Estado de Zacatecas en coordinación con la Universidad Nacional Autónoma de México; en el ámbito académico cuenta con seis certificaciones internacionales en Juicios Orales. En su experiencia profesional ha sido, Secretario Proyectista de la entonces Única Sala Civil y de lo Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas; Juez de Primera Instancia del Estado de Zacatecas y, Juez de Garantía y Tribunal de Juicio Oral del Estado de Zacatecas a partir del año 2009 (actualmente en Licenciada). Actualmente se desempeña como Director del Área de Planes y Programas de Estudio de la SETEC (Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal). En el ámbito académico se ha desempeñado como docente en el sistema acusatorio adversarial en toda la República Mexicana.



---

## INTRODUCCIÓN

Frente a los conflictivos momentos que vive nuestro país, la manera ordinaria de dar solución a una controversia en el sistema jurídico mexicano, es a través del sistema penal, sin embargo, existen diversos factores por los cuales dicho proceso ha perdido eficacia y eficiencia en la solución de los asuntos que son sometidos a consideración de las diferentes instancias jurisdiccionales, tanto federales como locales. La ciudadanía se duele de que la procuración y administración de la justicia en México, es demasiado especializada, lo que a su vez, la hace costosa, compleja y tardía.

La tendencia del derecho procesal moderno, procura la racionalización de los recursos y de la carga de trabajo de todos los encargados de la procuración e impartición de justicia, diversificando la respuesta del Estado ante la comisión de un hecho delictivo ofreciendo alternativas más útiles y atendiendo a principios de razonabilidad, entre otros.

En México, de acuerdo a las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 18 de junio de 2008, el Estado Mexicano puede disponer de otros medios alternos al proceso judicial para solucionar y dirimir las controversias suscitadas entre los gobernantes, logrando por un lado que los conflictos sean solucionados lo más óptimamente posible y, por el otro, que la impartición de justicia sea pronta, eficiente y eficaz, desahogando la carga de trabajo en los tribunales. Esto con fundamento en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece “*Las leyes*

*preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”.*

Se pretende que los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC) sean herramientas que ayuden a la administración de justicia con acciones sociales tales como: autonomía; solidaridad; responsabilidad; cooperación; participación activa de las personas inmersas en el conflicto, y que está ligada al ejercicio de la libertad de decisiones. Este método emplea distintas técnicas que se fundamentan en la búsqueda de nuevas modalidades de composición de conflictos, ante el serio cuestionamiento al que está sometido el modelo judicial tradicional, y a la conveniencia de reformular algunas reglas de solución para determinados asuntos que demandan una solución inmediata. Para este fin, se intentan métodos de diálogo, en vez de coacción, requiriendo de las partes un esfuerzo para adoptar actitudes colaborativas que reduzcan los obstáculos en la comunicación.

Indudablemente que estos MASC rompen con la tradición jurídica basada en el principio de legalidad que contempla nuestra Carta Magna en su artículo 21, relativo a la obligación-facultad que tiene el Ministerio Público de Ejercitar la acción penal en el supuesto en que existan datos que establezcan la comisión del hecho delictivo y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, basándose en la premisa de que a toda infracción corresponde una sanción sin excepción, con lo cual se pretendía generar certidumbre jurídica en el justiciable, dando un trato igual a todo aquél que se colocaba en el supuesto prohibitivo de la norma penal y con miras de evitar la impunidad.

Sin embargo, es un hecho que el Estado ha sido incapaz de hacerle frente a la problemática de la criminalidad, no solamente a nivel procesal sino también en cuanto al sistema penitenciario, pues los centros de reclusión no han podido lograr los fines del confinamiento (la reinserción del individuo a la sociedad), por el contrario, la sobrepoblación de los mismos ha generado que incluso dichos centros se conviertan en escuela de la criminalidad; todo ello a cambio de una alta erogación de recursos económicos por parte del Estado.

Así, los MASC, tratan de evitar las formas de selección informal de la justicia penal que pueden ser: 1. En sede Ciudadana, derivada de la falta de denuncia (por lo tardado y costoso del proceso); 2. En sede Ministerial,

sea por la falta de medios de convicción (antecedentes) que permitan obtener una respuesta favorable por parte del órgano encargado de la impartición de justicia, o la deficiencia en la investigación, o bien; 3. En sede Jurisdiccional, por los diversos criterios y estándares de convicción que requiere el juzgador, o en su caso, por la sobrecarga de trabajo y la excesiva delegación de funciones del *a quo* respecto de sus subordinados. Todo lo cual -se realizaba sin contar con mecanismos de transparencia en esa selectividad que al no estar normados se transformaban en actividades, en muchos de los casos, fuera del marco legal favoreciendo la corrupción- en la mayoría de los casos.

## **I. PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA**

A propósito de las Reformas Constitucionales ya mencionadas, es que tanto a nivel federal como local se deben prever figuras jurídicas donde se procura la amigable composición del conflicto surgido con motivo de la comisión del hecho delictuoso, atendiendo a las finalidades del proceso penal que se ha precisado en el artículo 1ero de los Códigos de las Entidades Federativas que han implementado de manera estructural la nueva forma de enjuiciamiento penal, como lo son: Oaxaca, Chihuahua, Morelos, Zacatecas, Durango y Estado de México, “restaurar la armonía social”, como son: la conciliación, negociación y mediación entre otras, como medios alternativos de solución de conflictos, que procuren asegurar la reparación del daño y en algunos casos sujetos a supervisión judicial, ello con la finalidad de generar economía procesal y presupuestal al Estado, además de alcanzar un objetivo fundamental, como es el de lograr que la víctima de un delito esté cobijada y que el inculpado se responsabilice de sus acciones, reparando en lo posible, el daño causado.

Como sabemos, los mecanismos alternativos de solución de controversias son las diferentes posibilidades que tienen las personas envueltas en una controversia para solucionarla. Así, dichos mecanismos consisten en una opción diferente al proceso judicial para resolver conflictos de una forma ágil, eficiente y eficaz con plenos efectos legales, habida cuenta de que el proceso penal podía concebirse, metafóricamente hablando, como una autopista sin salidas, ni áreas



de descanso, pues todo aquél que entraba a la misma, su meta final, prácticamente, era la sentencia definitiva. El objetivo es saber, bajo qué principios deben estar basados los MASC para garantizar certeza y seguridad jurídica, para ello se estudiarán los siguientes principios como bases de la justicia alternativa.

1. Voluntariedad
2. Confidencialidad
3. Imparcialidad
4. Equidad
5. Legalidad
6. Flexibilidad
7. Consentimiento informado
8. Intervención mínima
9. Económica procesal
10. Oralidad como característica<sup>1</sup>

Es importante indicar que de no existir los principios antes mencionados o ser violentados, los acuerdos reparatorios o restitutorios a los que lleguen las partes pueden ser atacados de nulidad por la parte que se encuentre inconforme, motivando que la misma trascienda a la esencia del acuerdo de voluntades.

1. **Voluntariedad.** Significa la autodeterminación de las personas para sujetarse o no a cualquiera de los mecanismos alternativos; sin vicios en su consentimiento y decidir libremente sobre la información que revela, así como llegar o no a un convenio o acuerdo. Es decir, la participación debe ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación. Incluso en la práctica antes de llegar a un acuerdo las partes deben manifestar si es su voluntad hacer el convenio y si están ahí sin ningún vicio en ella, de manifestar que es su voluntad que se lleve a cabo el convenio, de lo contrario no será aprobado, independientemente del lugar donde se celebre.

---

<sup>1</sup> Es destacable que la oralidad no es un principio, sino una característica para llevar a cabo la justicia alternativa. Nótese que la *Ley de mecanismos alternativos de solución de controversias para el estado de Sonora*, en su artículo 6 menciona a la oralidad como principio al referir: Artículo 6. Son principios rectores de los mecanismos alternativos, los siguientes... X. Oralidad, el cual consiste en que los procesos de los mecanismos alternativos se realizarán de manera oral, por lo que no deberá dejarse constancia ni registro alguno de los comentarios y opiniones de las partes con excepción del acuerdo o convenio que podrá formularse por escrito para suscribirse, y en su caso, ratificarse por las partes. Además se suma a ello la *Ley de mecanismos alternativos de solución de controversias en el estado de Yucatán* en su artículo 7, fracción X.



2. **Confidencialidad.** Consistente en que la información aportada durante el procedimiento de aplicación de los mecanismos alternativos, no deberá ser divulgada a ninguna persona ajena a aquéllos, ni utilizarla para fines distintos al mecanismo alternativo elegido para la solución del conflicto o en perjuicio de las partes dentro del proceso judicial. En materia penal el deber de confidencialidad no se extiende a la información relativa a la comisión de un delito no susceptible de solucionarse mediante los mecanismos alternativos, es decir, la información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal. Existen casos concretos donde sí se podría utilizar la información recabada, esto es por ejemplo, respecto a la reparación del daño, nótese el siguiente ejemplo:

### Ejemplo Concreto

Pedro, bajo un hecho de tránsito le comete lesiones simples a María, los hechos son puestos a disposición del Ministerio Público, durante la formulación de la imputación, María y Pedro le refieren al Juez que quieren ir al Centro de Justicia Alternativa para llegar a una conciliación. El Juez acepta y suspende la audiencia hasta en tanto le llegue el convenio de acuerdo reparatorio.

Tres días después llega el convenio en donde se refiere que Pedro pagará una cantidad X en cuatro parcialidades mensuales, con fines de reparación del daño, con un lapso de cuatro meses.

El primer y segundo mes Pedro paga puntualmente, pero al tercero deja de hacerlo (confiando en que no pasará nada). María acude con el Juez a manifestar los hechos, motivo por el cual al no cumplir el acuerdo reparatorio la causa continua (nótese como por falta de cumplimiento la causa penal sólo está suspendida, por lo cual continúa el proceso desde el último de los actos realizados).

Al continuar el proceso, María se niega a nuevas formas de terminación del proceso pues ya no confía en Pedro. Al término del proceso Pedro resulta responsable y el Juez lo condena a una reparación del daño equivalente a lo que serían tres meses del acuerdo inicial.

En el ejemplo anterior ¿qué ocurre con el dinero que ya ha pagado Pedro a María, si se supone que lo utilizado o manifestado en los MASC es confidencial y no podrá usarse la información que se genere en los trámites alternativos de solución en perjuicio de las partes dentro del proceso penal?

Bien, este podría ser un caso concreto de cómo la confidencialidad puede romperse en beneficio, esto para Pedro ya que lo que ha dado a María durante el acuerdo puede ofrecerlo para la reparación del daño. En el supuesto de que Pedro resultare inocente tiene una acción independiente contra María por pago de lo indebido.

3. **Imparcialidad.** Consiste en que el facilitador actúe libre de favoritismos y prejuicios en su relación con las personas y los resultados del conflicto, tratándolas con absoluta objetividad y sin hacer preferencia alguna, es decir, no concederán ventajas a alguno de los usuarios. En caso de que el facilitador no sea imparcial la parte agraviada puede optar por: **1.** No firmar el convenio; **2.** Promover una queja del comportamiento del facilitador a consideración de su jefe inmediato o bien del Director del Centro de Justicia Alternativa, y **3.** Si ya ha firmado el convenio y se entera posteriormente de la parcialidad del facilitador ante el juez de control puede manifestar su inconformidad.
4. **Equidad.** Los medios alternos propiciarán condiciones de equilibrio entre los usuarios, que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos, en todo momento el facilitador debe crear condiciones de igualdad sin otorgar preeminencias indebidas a alguna de las partes. Este principio va de la mano con el de imparcialidad, pero su fortaleza la encontramos en que los convenios o acuerdos reparatorio deben basarse en que no existe un ganador y un perdedor, es un “acuerdo de ambos” es decir, se le debe decir a las partes que no lo vean como una afrenta sino como una solución amigable.
5. **Legalidad.** El principio de legalidad significa la integración de un conjunto de normas que se encuentren vigentes, en un determinado lugar, ya que si no tienen vigencia no podrán aplicarse a casos concretos; por lo cual, dicho principio está encaminado a los servidores públicos que procuran y administran justicia, ya que sólo están facultados a realizar lo ordenado por la ley. En

los MASC la legalidad se entiende como que solo procederá en aquellas conductas que la propia ley permita.

6. **Flexibilidad.** Consiste en que los mecanismos alternativos carezcan de toda forma estricta, con el fin de responder a las necesidades particulares de las personas interesadas en su aplicación para la solución de sus controversias, y que puedan acordar, en su caso y conforme a la Ley, las reglas de tales mecanismos, es decir, debe ser lo suficientemente flexible para adaptarse o comprender los posibles desarrollos del proceso. Con este principio lo que se busca es que los convenios tengan toda la apertura para que las partes lleguen a la mejor solución.
7. **Consentimiento.** Se refiere a la comprensión de las partes sobre los mecanismos alternativos, las características de cada uno de los procedimientos, la importancia de los principios, los compromisos inherentes a su participación y el alcance de los convenios o acuerdos. En el consentimiento informado mucho tiene que ver con la manifestación de la voluntad, pero si bien es cierto que puede existir la voluntad, no siempre ella está informada, es decir un individuo que quiera llevar un acuerdo probatorio aun cuando manifieste su voluntad, si ella no fue informada de las causas que conlleva la firma del acuerdo, bien se podría decir que tiene cualquiera de los vicios de la voluntad (error, dolo, violencia o lesión).
8. **Intervención mínima.** Consiste en el deber del facilitador de realizar las actividades estrictamente indispensables para que las partes avancen y, en su caso, logren la solución de sus controversias. Este principio varía dependiendo del método de solución de conflictos que se realice, ya que cuando se habla de un mediador éste debe intervenir lo menos posible porque son las partes quienes se comunican, él es un simple facilitador de la comunicación, cuando se está en un conflicto que se piensa resolver por medio de la conciliación, el conciliador puede recomendar soluciones que ayuden a las partes a solucionar el conflicto. Nótese que en el caso de la conciliación la intervención del facilitador (conciliador) es diferente a la del facilitador (mediador) esto es, la intervención mínima responde a parámetros de casos concretos dependiendo del mecanismo alterno de solución de conflictos.

9. **Economía procesal.** Significa buscar la rapidez y el menor costo en la solución del conflicto. La economía procesal es un principio formativo del proceso y consiste en que, en el desarrollo del procedimiento se busque obtener siempre el máximo beneficio, con el menor desgaste de los órganos encargados de la procuración e impartición de justicia, los MASC por definición se basan en la economía procesal, ya que se busca que la mayoría de los asuntos de *bagatela* no congestionen a las instituciones, pues ello es una de las causas por las cuales las instituciones de procuración y administración de justicia no han respondido a las expectativas de la sociedad, por la sobrecarga de trabajo tanto de la institución investigadora como de los órganos jurisdiccionales; por consiguiente, se genera la existencia de procesos temporalmente largos y sin la verdadera intervención de quienes debieran estar al frente de los mismos (Ministerio Público, Abogado Defensor y el Juez). Hecho que, a su vez, constriñe de modo financiero y organizacional a los órganos encargados de la procuración y administración de justicia.
10. **Oralidad como característica.** Consistente en que los procesos de los mecanismos alternativos se realizarán de manera oral, por lo que no deberá dejarse constancia ni registró alguno de los comentarios y opiniones de las partes que no estén voluntariamente en el acuerdo reparatorio. De este principio se debe destacar que, la característica de la oralidad está enfocada a que las partes lleguen al acuerdo mediante Audiencias en las cuales se comuniquen de forma “oral” y se escuchen entre sí para poder solucionar los conflictos; incluso se ha mencionado que en la mayoría de los casos las partes lo que quieren es una disculpa, que las escuchen, o bien que sean escuchadas. Por lo cual, se debe tener en cuenta que la oralidad no es verbalizar, es decir, a audiencia se va a hablar y ser escuchado previa labor de concreción y síntesis, vertiendo lo importante para cada pretensión, no a leer.

Además de los principios que se deben tener al momento de llevar a cabo los MASC, el facilitador de ellos debe conducirse de buena fe, fundado en que debe existir una absoluta disposición para suscribir convenios o acuerdos, debe ser neutral, es decir, consiste en que el

facilitador mantenga una postura imparcial de no ceder a sus propias inclinaciones o preferencias, durante todo el procedimiento de aplicación de los mecanismos alternativos.

Deberán estar exentos de juicios, preferencias, opiniones y prejuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones; y en todo momento debe conducirse con honestidad, lo cual refiere a que en la actuación del facilitador, éste debe reconocer tanto sus capacidades y limitaciones, así como no tener algún interés personal e institucional en la aplicación de los mecanismos alternativos.

## II. GENERALIDADES Y PUNTOS A TOMAR EN CUENTA DENTRO DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA EN MÉXICO

Importa revisar los términos exactos en que la justicia alternativa se establece a través de los Códigos Procesales Penales (CPP) estatales ya vigentes,<sup>2</sup> así como en las Leyes Alternativas de Justicia Penal emitidas en aproximadamente dieciocho de nuestros Estados<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Por ejemplo en el CPP para el Estado de México, Art. 115 se prevé a la mediación, conciliación y arbitraje (último que se ha caracterizado por ser una forma de resolver el litigio sin acudir a la jurisdicción ordinaria. Las partes de mutuo acuerdo deciden nombrar a un tercero independiente para resolverlo).

<sup>3</sup> En medio electrónico, a través de la consulta de la página de INACIPE, documentamos los siguientes datos -los cuales sugerimos confrontar con los asentados en los correspondientes CPP estatales-. En Aguascalientes (Ley de fecha: 27 de octubre de 2008) prevén a la mediación y conciliación, el Director del Centro recibirá las quejas de mediadores y conciliadores por malos desempeños. En Baja California (19 octubre 2007) también se contempla a la mediación y a la conciliación. A través de Juntas de Facilitación, en Chihuahua (9 de diciembre 2006) se emplean la mediación, negociación y conciliación. (22 de julio de 2002) en Colima, los métodos alternativos pueden ser previos o complementarios del proceso jurisdiccional, especialistas públicos o independientes se encargan de la mediación y de la conciliación. En Durango (14 de julio de 2005) se incluye un capítulo de responsabilidades, sus medios alternos son la mediación y la conciliación. Igualmente en el Distrito Federal se anota un capítulo sobre la responsabilidad de los servidores públicos, para el caso del DF resulta interesante consultar el artículo 37 de la Ley sobre la materia por el establecimiento de la figura de la "remediación" (que implica de algún modo dejar de lado un posible incumplimiento del convenio) además de la mediación. Guanajuato (1ero de agosto de 2006) señala como MASC a la mediación y a la conciliación. Por su parte, Hidalgo (sin fecha) usa a la mediación, conciliación, mediación indígena, arbitraje y transacción. Jalisco se atiene a la mediación, conciliación y arbitraje en sus Centros e Instituto de Justicia Alternativa. En Sonora (2 de octubre de 2007), por ejemplo, los Centros de Justicia Alternativa dependen del Poder Judicial del Estado y de la Procuraduría del Estado, lo hacen por medio de la conciliación, mediación y arbitraje. Los Centros de Mediación judiciales, privados y públicos caracterizan a Tamaulipas (21 de agosto de 2007) en que priva la conciliación y la mediación. Tlaxcala (13 de abril de 2007) igualmente prevé la mediación y la conciliación. Veracruz (22 de junio de 2007) consigna a estas dos últimas figuras. En Zacatecas (15 de octubre de 2008), se presenta la suspensión del proceso a prueba, la mediación y conciliación y los procesos restaurativos consistentes en la reparación y compensación de la víctima. Morelos tiene conciliación, mediación y negociación pero en forma crítica -ver Arts. 33 a 38- asume como medios alternos los que implican incluso la intervención del Ministerio Público (lo que está pervertiendo sus fines prístinos: conservar el secreto de la información desahogada -Véase el Art. 215 del CPP Durango, e. g., no ventilar la aceptación del hecho, asumir un rol neutral e imparcial, respetar la voluntariedad de las partes -Vid. Arts. 214 Durango, 101 Zacatecas, 192 Oaxaca en que se estipulan sus principios rectores-. Nuevo León (10 de septiembre de 2006) alude a la mediación, conciliación, arbitraje y amigable composición. (12 de abril de 2004). Oaxaca se inclina por la mediación y Quintana Roo (15 de febrero de 1999) somete los casos a conciliación, mediación y procedimiento arbitral.

-con la reserva de que algunas se publicaron antes del 18 de junio de 2008, lo que conlleva una obvia desarmonía-.

Por mencionar algunas entidades: Durango en el artículo 211 del CPP, en su capítulo sobre *Mecanismos Alternativos de Terminación del Proceso* estatuye que por mecanismos de *justicia restaurativa* se entenderá todo *procedimiento no jurisdiccional* al cual pueden recurrir las partes en búsqueda de una solución acordada para poner fin a su controversia. Sin embargo, lo *no jurisdiccional* acorde a la redacción del numeral 216 sólo comprende dos de sus fases de aprobación, esto es, ante el Centro Especializado cuando no se ha iniciado el procedimiento, o ante el Ministerio Público una vez iniciado; empero ¿se trata de uno no jurisdiccional cuando lo aprueba el Juez de Control, una vez formulada la imputación o dictado el auto de vinculación a proceso, pues estos actos implican ya actos jurisdiccionales?<sup>4</sup> Al Juez de control incluso compete garantizar el respeto a los derechos de los intervinientes, en cuanto a no aprobar un acuerdo<sup>5</sup> que resulte desigual para ellos, cuando detecte que alguno está bajo coacción o amenaza para someterse al acuerdo -así lo previene el Art. 193 del CPP Oaxaca-, cuando éste no cubra los requisitos de validez y de existencia, o cuando exista simulación en la forma para hacer efectiva la reparación del daño -esto en exigencia legal prevista por el Estado de México, en su numeral 124, lo que implica que los conciliadores o facilitadores cuenten con conocimientos jurídicos en la materia, por lo que se advierte que preferentemente deben ser abogados con experiencia-. Pero tratándose de la figura de la suspensión del proceso a prueba, se plantea en el Art. 222 del CPP Durango que si ésta es propuesta antes de resolverse sobre la vinculación a proceso, el juez en su caso, decidirá sobre la misma inmediatamente después de decretar la vinculación a proceso.

---

4 En este punto además resulta imprescindible señalar que según el Art. 216 del CPP Durango, el cumplimiento de lo acordado extingue la acción penal que será *decretada por quien haya aprobado el convenio*; pero esto lo entiendo de parte del Ministerio Público, o del Juez de Control; no del Centro Especializado, que no tiene facultad alguna en esta materia.

5 Una incongruencia sostenida en Morelos, aparece en su Art. 208, pues anota que "si al momento que se solicite la autorización del acuerdo reparatorio al juez de garantía, aun no se ha formulado la imputación, se estará a los hechos que el MP exponga al inicio de la audiencia respectiva", ¿pero cuál otra diligencia sino la de formulación de imputación es ésta? El incumplimiento de las obligaciones dentro del término o a partir del plazo que en su caso por Estado se prevé -Chihuahua seis meses, Zacatecas 90 días, el resto un año- se cuenta a partir de la ratificación del acuerdo reparatorio, para continuar el proceso.

Por su parte, el Art. 22 del CPP Baja California, asume que la *justicia restaurativa* es *todo proceso* en el que la *víctima u ofendido* (Zacatecas, Art. 95, solo prevé a la víctima aunque en la conciliación en su artículo 99 si habla ya de la víctima y ofendido) y el *imputado o condenado* (Zacatecas, en cambio alude al sentenciado, Art. 95) participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito. Que por *resultado restaurativo* entienden al acuerdo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la integración de la víctima u ofendido y del infractor en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad (Zacatecas de modo subjetivo agrega que tal resultado es medible a partir de la determinación de cuánto daño se puede reparar y cuánto se puede prevenir en beneficio de la comunidad, Art. 95, y que además de los directamente interesados podrán participar en programas de justicia alternativa, los miembros de la comunidad que se estimen afectados por la conducta delictiva).

Y continuando con Durango, la justicia alternativa se obtiene mediante la utilización de *técnicas o instrumentos* específicos aplicados por especialistas (*certificados*, Art. 215). El *pacto* entre la víctima u ofendido y el imputado tiene como finalidad la solución del conflicto, ya se refiera a la reparación, restitución o resarcimiento del daño o perjuicios ocasionados por el delito. Asimismo, se extenderá a la realización o abstención de determinada conducta, prestación de servicio a la propia víctima u ofendido o a la comunidad, e incluso el pedimento de una disculpa o del perdón, mediante cualquier mecanismo idóneo para concluir el procedimiento. Además de conformidad con lo establecido en Durango -Art. 218- y Oaxaca -Art. 194- si a criterio del Ministerio Público (MP) o del juez de control existen *actuaciones urgentes o inaplazables*, éstas se realizarán siempre que no impliquen un acto de molestia que sea relevante para el imputado.

Oaxaca, en el Art. 191, fracciones I, II, III de su CPP estatuye como *Modos Simplificados de Terminación del Proceso*: a la conciliación, al criterio de oportunidad.<sup>6</sup> Para *conciliar*, Oaxaca dispone que el juzgador

---

<sup>6</sup> En lo relativo a los criterios de oportunidad, Oaxaca (Arts. 196 y ss.) los regula en torno a considerar al hecho insignificante, a la pena desproporcionada o sin importancia respecto de los hechos. Para aprobar o modificar el plan de reparación de la suspensión del proceso, se emplearan criterios de razonabilidad, y no se podrá aducir para negar esta posibilidad la sola falta de recursos económicos del imputado (Art. 200).

podrá solicitar el asesoramiento y auxilio de personas o entidades especializadas para procurar *acuerdos* entre ellas, o instar a los interesados para que designen a un *amigable componedor* -figura que atañe más al procedimiento de corte arbitral-. La información que se genere en estos procedimientos -se subraya- no podrá ser utilizada en *perjuicio* de las partes dentro del procedimiento penal. Si se produce conciliación se levanta un acta que tiene *fuerza vinculante* -Art. 195- pero lo cierto es que se puede revocar este procedimiento para iniciar o reanudar la persecución penal. (Oaxaca es la única entidad que prevé -Art. 191- que cuando el Estado sea víctima, para estos efectos, será representada por la autoridad indicada en la Ley Orgánica de la Administración Pública Estatal, lo que se considera un acierto).

No se debe olvidar que, las salidas alternas pretenden evitar emplear todos los recursos públicos que significa tramitar un proceso completo, ya que descongestiona el sistema y son poderosas herramientas de política criminal, en cuanto permiten dar oportunidad al imputado de evitar una condena de pena privativa de la libertad, con todos sus perniciosos efectos.

### III. SUSPENSIÓN DEL PROCESO A PRUEBA

En Chile constituye una salida alternativa que permite suspender la persecución penal, *cuando se investigan hechos constitutivos de delitos que no merecen pena aflictiva*. En caso de que el imputado *que no ha sido condenado con anterioridad*<sup>7</sup> acepta someterse al cumplimiento de una condición durante un lapso determinado y la cumple, tiene el efecto de extinguir su responsabilidad penal, pero si no la cumple se reanuda la persecución penal en su contra.

La suspensión del proceso a prueba (SPP), en México, se encuentra al momento regulada en los Códigos Procesales Penales de Zacatecas (Arts. 105 a 118), Estado de México (Arts. 121-134), Nuevo León (Arts. 610-621),

---

<sup>7</sup> Punto distintivo en los CPP vigentes en nuestro país. Morelos, Art. 215 en que se refiere que el imputado no debió haber sido condenado de modo ejecutoriado por delito doloso o culposo; en Baja California Art. 200, Zacatecas Art. 105, Durango Art. 219, Oaxaca Art. 200, Chihuahua Art. 201, Estado de México Art. 121 "que no haya sido condenado por delito doloso".



Durango (Arts. 219-225), Oaxaca (Arts. 200-205), Morelos (Arts. 209-217), Chihuahua (Arts. 201-209), Baja California (Arts. 200-208) y en términos generales se prevé que:

Procederá siempre que el imputado no tenga condena penal por delitos dolosos; no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba; sea petición del imputado o del Ministerio Público; se solicite en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura a juicio oral; no impedirá el ejercicio de la acción civil ante los Tribunales respectivos.

En caso de que efectuada la petición, *no exista aún acusación*, el Ministerio Público describirá el hecho que se le imputa. La solicitud debe contener un *plan de reparación del daño*<sup>8</sup> causado por el delito. Plan que podrá *consistir* en la realización de un procedimiento de conciliación con la víctima, la reparación material del daño causado o una reparación simbólica inmediata o por cumplir a plazos.

A satisfacción de la víctima se fija el *plan*, pero también a detalle las condiciones<sup>9</sup> que el imputado estará dispuesto a cumplir, sobresaliendo que a diferencia del Estado de México, en los Códigos de Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas y Durango se precisa que esa reparación del daño puede ser simbólica, misma que en la práctica se ha traducido en muchos de los casos en una disculpa pública, en la propia audiencia. El juez fijará el *plazo de prueba* que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.<sup>10</sup> Como *condiciones* se exige al imputado: residir en un lugar determinado; frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas; participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos; comenzar o finalizar la escolaridad básica, si no la ha terminado, aprender una profesión u oficio; prestar servicios sociales

<sup>8</sup> La acción para obtener la reparación del daño comprende: a) La restitución de la cosa obtenida por el delito y sus frutos, o en su defecto, el pago del precio correspondiente; b) el resarcimiento del daño material y moral causados; y c) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados (Art. 113 CPP Zacatecas).

La reparación del daño se exige al imputado, de oficio por el MP ante el juez que conozca el proceso penal. Para tales efectos al formular la imputación inicial el MP solicitará el pago de los daños y perjuicios según los datos a ese momento arrojados por la investigación. Concluida la investigación, al formular la acusación, el MP deberá concretar la demanda para la reparación del daño (Art. 114 CPP Zacatecas).

Cuando la víctima formule acusación coadyuvante, en ese mismo acto, podrá coadyuvar también con el MP para obtener la reparación del daño (Art. 116 CPP Zacatecas).

<sup>9</sup> En Nuevo León, se prevé que la vigilancia del cumplimiento de las medidas y obligaciones decretadas por el juez correrá a cargo de la Secretaría de Seguridad Pública, que estará obligada a informar trimestralmente al juzgador sobre el desarrollo del cumplimiento de dichas medidas, así como de poner en conocimiento del MP y del Juez cualquier circunstancia que a su juicio amerite la revocación (Art. 612 CPP).

<sup>10</sup> Véase Art. 614 CPP Nuevo León. En el caso de Durango se prevé que el plazo de suspensión del proceso a prueba no podrá ser inferior a seis meses, Art. 222.

a favor del Estado; someterse a un tratamiento médico o psicológico si es necesario; permanecer en un trabajo; someterse a la vigilancia que determine el juez; no poseer o portar armas; no conducir vehículos; abstenerse de viajar al extranjero; cumplir con los deberes de pensión alimenticia.

Un requisito que es importante resaltar para la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, es que el imputado “no tenga condena por delito doloso”, como puede verse dicha norma deja de lado la figura jurídica de la reincidencia, en donde es indispensable que entre la comisión de un hecho delictivo y otro haya trascurrido cierto lapso de tiempo (plazo que fija cada una de las legislaciones secundarias de los Estados), sino que basta con que el imputado cuente con una condena penal por delito doloso sin importar que se actualice la figura de la reincidencia, para negarle dicha salida alterna.

Entre los puntos diferenciados estatuidos en los ordenamientos adjetivos penales, está que la SPP aplica: cuando el *auto de vinculación a proceso* se haya dictado por un *delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años* -Art. 219 Durango; Art. 200 Baja California; Art. 201 Chihuahua; con un pequeño agregado y una regla de punibilidad diversa, varía el Estado de México su previsión, Art. 121, pues la SPP procederá cuando el *auto de vinculación a proceso* se haya dictado por un *delito que admita el acuerdo reparatorio* o tenga una *pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión*. Morelos -Art. 209- enuncia que procede cuando el *auto de vinculación a proceso* se haya dictado por un *delito cuya pena máxima de prisión no exceda de seis años* (da la misma regla de la pena máxima que no exceda de los seis años para aprobar los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba, regla que para los acuerdos reparatorios resulta menos garantista).

Nótese que en los CPP ya citados, se precisa siempre del dictado del *auto de vinculación a proceso*, pues tomando en cuenta los efectos de la revocación de la suspensión que consiste en retrotraer el procedimiento al estado en que se encontraba, si se decretara la suspensión del proceso a prueba durante el periodo constitucional a que alude el numeral 19 de la Constitución, es decir, sin que el órgano jurisdiccional resolviera sobre la situación jurídica del imputado, ¿a partir de qué momento podría considerarse que se reanuda el término Constitucional? La interrogante generaría un sin número de opiniones muchas de ellas encontradas

atendiendo a que dicho plazo es fatal, lo que en su caso podría generar impunidad, por lo que se estima un acierto la existencia de la norma en ese sentido. Mientras que en los siguientes ordenamientos no se alude a él. Es el caso que Oaxaca, en su numeral 200, establece que la SPP procede en los casos en que el delito de que se trate esté sancionado con *pena máxima* de hasta cinco años de prisión y Zacatecas (empleando criterios del Derecho penal del acto y del autor) en su Art. 105 indica la procedencia para la SPP en los casos en que, por las *características del hecho y las del imputado sea razonablemente posible presumir que será acreedor a la suspensión condicional de la condena* figura que ya alude a otra etapa como si hubiese sido enjuiciado y condenado. Y por último Nuevo León, Art. 3ero fracción X (que no configura a la SPP sino a la *suspensión del procedimiento de la preparación de la acción penal a prueba*; terminología que implica otros alcances) cita que tal suspensión se decide cuando se trata de delitos que están sancionados con *pena alternativa* o con *sanción corporal y pecuniaria* cuando la de prisión no sea mayor de dos años.

Otro punto delicado es el que para otorgar la suspensión, el *imputado debe admitir el hecho que se le atribuye*<sup>11</sup> y la víctima manifestar su conformidad con la misma (el reto será que las autoridades guarden confidencialidad de lo diligenciado en tal etapa, dada la eventualidad de no cumplir con el plan o condiciones y tener que someterse a la reanudación de la persecución penal).

La decisión de suspensión del proceso a prueba, *no es apelable* -según Art. 106 del CPP Zacatecas- salvo que el imputado considere que las reglas fijadas resulten manifiestamente excesivas o el Juez se haya excedido en sus facultades.<sup>12</sup> En los asuntos suspendidos, el Ministerio Público<sup>13</sup> tomará las medidas necesarias para *evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los medios de prueba* conocidos y las que soliciten las partes. Punto importantísimo, pues -como se advirtió- no hay garantía de que se cumpla con el plan y con las condiciones.

11 Cfr. Art. 105 Zacatecas.

Acorde al Art. 589 CPP Nuevo León "no se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral de lo penal ningún antecedente en relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de un medio alterno o salida hecha valer con anterioridad".

12 En Oaxaca se indica -Art. 201- que la negativa de la SPP será apelable; la decisión de SPP no lo es, salvo que el imputado considere que las reglas fijadas resulten manifiestamente excesivas o que el juez se haya excedido en sus facultades.

13 El MP, acorde al CPP Zacatecas Art. 107; el Juez, en el caso de Nuevo León, Art. 621, tomará las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción e ineficacia de los medios de prueba conocidos y los que soliciten las partes. Véase además Art. 224 CPP Durango.

La suspensión del proceso a prueba es *revocable*<sup>14</sup> cuando: el imputado incumple el plan de reparación, se aparta considerablemente y en forma injustificada de las condiciones impuestas o comete un nuevo delito. En este caso, el Juez convocará a las partes a una audiencia oral en que estas presentarán sus argumentos a favor y en contra de la continuidad de la suspensión concedida. El juez resolverá por auto fundado y motivado sobre la reanudación de la persecución penal. Si no hay motivos para revocar -Art. 108 Zacatecas- el Juez podrá ampliar el plazo de la suspensión a prueba hasta por dos años más, extensión del término que sólo puede imponerse por una vez.

El *plazo de prueba se suspenderá* mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso. Pero si el imputado está sometido a otro proceso y goza de libertad, el plazo seguirá su curso, no obstante, no podrá decretarse la extinción de la acción penal sino cuando quede firme la resolución que lo exime de responsabilidad por el nuevo hecho (Art. 109 Zacatecas).

Transcurrido el plazo fijado, Art. 110 Zacatecas, sin que la suspensión sea revocada se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento.

En Morelos Art. 215, Oaxaca Art. 205, Durango Art. 225, Chihuahua Art. 207, Estado de México Art. 128, Zacatecas Art. 110, Baja California Art. 206, Oaxaca Art. 205, se establece que si la víctima ha recibido pagos durante la SPP que posteriormente es revocada, ellos se destinarán a la indemnización por daños y perjuicios que le pudiere corresponder. En caso de que llegare a resultar inocente el procesado, entonces se deberá recuperar vía jurisdiccional el pago de lo que se estimará “indebido” (costos-beneficios del sistema).

---

<sup>14</sup> La revocatoria de la suspensión del proceso no impedirá el pronunciamiento de una sentencia absolutoria ni la concesión de algunas de las medidas substitutivas a la privación de la libertad cuando fueren procedentes. (Art. 109 CPP Zacatecas).

#### IV. PROCEDENCIA DE LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Por su empleo y alcances, se recomienda que los MASC se puedan presentar en cuatro momentos a saber: 1. De manera *pre-procesal* ello significa durante la investigación cerrada o administrativa, para que se dé, no debe formalizarse la investigación ante el Juez de Control; 2. *intra-procesal* significa que el Juez de Control atendiendo al tipo penal y a los hechos, puede invitar a las partes a que dentro de audiencia lleguen a un acuerdo reparatorio o restitutorio -de ahí su nombre- los códigos facultan al Juez para esta actividad; 3. de forma *extra-procesal* que implica que los acuerdos reparatorios y restitutorios se realicen fuera del ámbito jurisdiccional, entendido “fuera” en el Centro de Justicia Alternativa de cada entidad o bien de la federación; y 4. los de forma *post-procesales*, donde para esta época en México podrían sonar “descabellados” pero no queremos pasarlo por alto, sino al contrario que sea un punto de discusión y posible implementación.

La aplicación de los MASC de forma *post-procesal* implica que, cuando una persona ha sido sentenciada difícilmente se consigue la reparación del daño a la víctima u ofendidos, dado que la pena está impuesta y no existen incentivos para el sentenciado de pagar dicha reparación, los medios *post-procesales* que se proponen, implican que aún cuando la sentencia esté firme, se permita -si las partes así lo requieren o solicitan- que al pago de la reparación del daño, el sentenciado obtenga un beneficio que bien podría ser una disminución de la pena o un beneficio pre-liberación, ahora ¿quién conocería de dicho MASC *post-procesal*? Sugerimos sea el Juez de Ejecución.

No queremos dejar de mencionar que los MASC *post-procesales* buscan los fines del sistema acusatorio que son la reparación del daño y que el culpable no quede impune entre otros, además de ello consideramos es la máxima expresión de la justicia alternativa, que dentro de sus postulados está, reparar a la víctima, reinsertar o tratar al delincuente y resarcir el tejido social. Con los MASC *post-procesales* se busca 1. el pago de la reparación del daño a la víctima, 2. una pena ejemplar y una reinsertión rápida a la sociedad; y 3. restablecer lo más pronto posible el tejido social. Además de lo anterior -el privilegiar la solución de los conflictos por medios alternos al proceso, denota la eficacia de un sistema-.

Es decir, cuando se está hablando de los MASC *pre-procesal* se está haciendo referencia a un medio alternativo durante la investigación cerrada esto es cuando no se ha formulado imputación y cuando se habla de un MASC *intra-procesal* es cuando el Juez de Control en audiencia, invita a las partes a llegar a un convenio y éstas aceptan. Por último cuando se habla de un MASC *extra-procesal* se habla de aquellos convenios que son productos de una solución en un Centro de Justicia Alternativa, los medios *post-procesal*, se refiere a una negociación ya impuesta la pena por parte del Estado.

Sin importar el momento procesal donde se lleven los MASC éstos deben de concluir con un acuerdo para la reparación que es el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado mediante el cual se soluciona el conflicto, con lo cual el efecto al cumplimiento del mismo cuando son *pre, intra o extra procesales* es la extinción de la acción penal o el sobreseimiento y, cuando se da en la ejecución de la sentencia el efecto es un incentivo al sentenciado por la reparación de daño mediante algún acuerdo reparatorio o restitutorio. De lo anterior, se infiere que las bondades de la justicia alternativa pretenden que se resuelva el conflicto satisfactoriamente en un lapso breve, aplicando el principio de economía procesal, en contraste con el actual sistema inquisitivo, lento y burocrático.

## 1. Tipos de delitos por los que procede la justicia alternativa

En torno a los *acuerdos reparatorios* se prevén como casos de su procedencia, en los ordenamientos procesales penales vigentes: los delitos culposos (o imprudenciales como les denomina Chihuahua, Art. 197);<sup>15</sup> aquéllos en que procede el perdón de la víctima o del ofendido (hipótesis que de origen genera una inquietud por aquello de las reglas de irrevocabilidad del perdón, el cual en todo caso se deberá otorgar en tanto se cumpla con el convenio, dado que sus efectos son los de extinguir la acción penal y evitar, en su caso utilizar dicha salida alterna); los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia; en los que se admita presumiblemente la sustitución de sanciones o la

---

<sup>15</sup> Como excepción, se anota a los homicidios imprudenciales o culposos; y en el Estado de México -Art. 117- además de los producidos en accidentes de tránsito bajo el influjo de sustancias que alteren la capacidad de conducir los vehículos, se prevén los que ocasionan lesiones que ponen en peligro la vida a más de tres personas o se causa la muerte de dos o más personas.

condena condicional; así como aquéllos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión (o cuya pena máxima de prisión no exceda los seis años como se contempla en Morelos -Art. 205- donde se sigue una regla completamente diferente al término medio aritmético que deriva en una hipótesis menos garantista y encima, en este mismo numeral, se contiene un catálogo<sup>16</sup> respecto del cual tampoco procede, siendo innecesario, puesto que en la regla general de los seis años dada en algunos de los casos enunciados en lista; o como sucede en Durango -Art. 212- en que los MASC proceden en delitos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años, siempre que no se trata de un “bien jurídico o interés público”, y aun cuando exceden el término medio aritmético serán considerados para otorgar un beneficio en cualquier etapa del procedimiento penal o relacionarlo con la disminución de la pena; o como se enlista en Nuevo León, -Art. 3ero fracción VIII-, en que procede en delitos perseguibles a instancia de parte o de oficio, pero no sean de los considerados como *graves* y su *sanción no exceda de seis años como pena máxima* -regla de los años similar a Morelos-).

Enfáticamente subrayamos la leyenda prevista por Chihuahua -Art. 197- y por Morelos -Art. 205- respecto de que “carezcan de trascendencia social”, pues pese a que existan tendencias de mínima intervención del Derecho penal, las abolicionistas o de descriminalización de conductas, no pueden tener cobijo bajo el esquema en que los comportamientos estén descritos y sancionados en el ordenamiento penal y luego afirmar que carecen de trascendencia social, dado que mediante filtro prejurídico, el legislador observa las conductas “antisociales” relevantes y las establece dentro del margen de protección y reacción penal.

---

<sup>16</sup> Se exceptúan de esta disposición los homicidios culposos en los supuestos a que se refiere el artículo 128, el delito de aborto previsto en la fracción II del artículo 115, el de privación ilegal de la libertad previsto en el artículo 138, el de secuestro previsto en el artículo 141 párrafo primero, los delitos contra la libertad y el normal desarrollo psico-sexual, el delito de robo cuando concurren las circunstancias a que se refieren las fracciones I, II, III, IV, V, VI, XI del inciso a) y el inciso b) del artículo 176, los previstos en el artículo 176 bis, el equiparable al abigeato previsto en el artículo 180, el abigeato y su equiparable cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 181, el despojo cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 185, los fraudes previstos en el artículo 189, fracciones I y V, cuando se simule un acto judicial, el delito cometido por fraccionadores previsto en el artículo 192, el daño cuando se cometa por medio de inundación, incendio o explosivos en términos del artículo 194, el de operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 198, el de tráfico de menores previsto en el artículo 204, párrafo segundo, el de corrupción de menores previsto en el artículo 212, el de peligro de devastación, previsto en el artículo 243, todos ellos del Código Penal vigente en el Estado, así como los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los realizados por sujetos que pertenezcan a alguna asociación delictuosa de conformidad con el Código Penal Morelense.

Con lo anterior se puede deducir que los MASC, en la mayoría de los Códigos de la República Mexicana se permiten para los tipos penales que reúnan los siguientes requisitos:<sup>17</sup>

1. Delitos culposos.
2. Aquéllos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido.
3. Los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas.
4. Los que admitan la sustitución de sanciones o suspensión condicional de la ejecución de la pena.
5. Aquéllos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión.
6. Que el delito carezca de trascendencia social.

En algunos casos se exceptúan de forma explícita los tipos penales de homicidios culposos que se cometan con motivo del tránsito de vehículos y el responsable conduzca en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción;<sup>18</sup> los delitos en contra del libre desarrollo de la personalidad y de violencia familiar; los delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas y los realizados por miembros de la delincuencia organizada. Asimismo hace claro énfasis en **no** permitir que procedan los MASC en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza. En los supuestos en que el delito afecte bienes jurídicos difusos o colectivos, el Ministerio Público deberá asumir la representación para efectos de los medios alternativos.

## 2. Los acuerdos reparatorios o restitutorios

Se entiende por acuerdo para la reparación el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, que tiene como finalidad la solución del conflicto, mediante cualquier mecanismo idóneo para concluir el procedimiento. Los acuerdos para la reparación procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral.

---

<sup>17</sup> Ahora bien incluir la justicia alternativa expresamente como finalidad de la pena, hace necesario replantear los fines y función de la pena, así como el planteamiento de mecanismos punitivos diversos a los tradicionales para solucionar las controversias.

<sup>18</sup> Para el caso de Durango se exceptúan de esta disposición, cuando lo solicite en forma expresa la víctima u ofendido o su representante legal.



Cabe señalarse que la práctica en el Estado de Zacatecas ha permitido, en aras de respetar una justicia pronta, que el acuerdo reparatorio o conciliación se lleve a cabo incluso antes de la vinculación a proceso, es decir, que inmediatamente después de la formulación de la imputación se haga del conocimiento del juzgador la existencia de la conciliación, y que éste cuestione a los intervinientes sobre si las obligaciones que debe de cumplir el imputado se realizarán en ese momento o bien ya se realizaron, en cuyo caso, de ser procedente sancionará lo acordado y extinguirá en dicha audiencia la acción penal, pero si el juzgador advierte que las obligaciones son a plazos, el juez de control requiere que previamente se realice la vinculación a proceso, dado los efectos que tiene el incumplimiento de las obligaciones que se hayan adquirido por parte del imputado (la reanudación del proceso), práctica que se estima acertada.

El Juez de Control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal para que las partes dialoguen y puedan llegar a un acuerdo.<sup>19</sup> En caso de interrupción del proceso, si no se llegó a ningún acuerdo cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso.

En el sistema penal acusatorio, desde la primera intervención por parte del Ministerio Público o, en su caso, el Juez de Control, invitan a los interesados a que lleguen a acuerdos para la reparación del daño en los casos en que proceda y se les explica los efectos y consecuencias de sus decisiones. Asimismo y atendiendo los principios de la justicia alternativa, se les explican haciéndose énfasis en que la información que se genere en los procedimientos respectivos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal. Si las partes aceptan la justicia alternativa se genera “un acuerdo reparatorio o restitutorio”, el cual dependiendo del caso concreto puede o no ser elevado al Juez de Control para que lo apruebe. Al ser el acuerdo un acto de voluntad entre las partes, el juzgador los respetará en su mayoría, pero si el juzgador tiene fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza, no aprobará los acuerdos.

---

<sup>19</sup> Algunos códigos mencionan que hasta por treinta días para que negocien, medien o concilien.

En Chile, como comparación, un acuerdo es una salida alternativa que procede cuando se investigan hechos presuntamente delictivos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de *lesiones menos graves o cuasidelitos*, y se conviene directamente entre la víctima y el imputado el pago de una *indemnización económica o de otro tipo*, que al ser aprobada por el juez de garantía, extingue la responsabilidad penal.

### **Efectos de los acuerdos**

Derecho penal mínimo, despenalización, penas alternativas, solución alterna del conflictos, negociación, mediación y arbitraje, son ideas que van cobrando fuerza en nuestro medio, ante un derecho que se caracteriza por el prejuicio de que el poder Estatal delegado al Poder Judicial es indelegable e impostergable, con la inevitable recurrencia a la solución jurisdiccional como única manera de enfrentar conflictos sociales. Los acuerdos cumplidos tienen como consecuencia o *efecto próximo el sobreseimiento*, lo cual como se sabe, es una forma anormal de terminación del proceso. Los acuerdos se enfocan a ayudar a consolidar la justicia alternativa, es decir, a la posibilidad de que el poder juzgador no intervenga en todos los casos, ya que en algunos de ellos los particulares podrían resolverlos solos.

Los acuerdos devienen de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, los cuáles pueden definirse en sentido amplio ó restringido. En sentido amplio, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, son aquellas atribuciones alternativas al sistema judicial oficial, que permiten la solución privada de los conflictos. En sentido restringido, son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación y la conciliación). Es decir, de los acuerdos se puede afirmar que pretenden buscar una justificación racional a los límites de la potestad de administración de justicia del Estado y enfrentar los conflictos con la solución negociada o mediada entre los particulares.

El incentivo para la celebración del acuerdo -al menos para el indiciado- es el efecto de extinguir la responsabilidad penal. Cabe mencionar que al momento de celebrar el acuerdo, existen dos posibilidades, que la obligación sea pagada en ese momento o bien que se pague posterior o

en parcialidades, lo cual tiene su propio tratamiento. Cuando se paga en ese momento, se da vista a la autoridad que haya conocido y se extingue la acción o bien la responsabilidad penal; ésta opción es la más efectiva ya que favorece los cumplimientos del acuerdo y pone más incentivos para intentar utilizar el sistema penal, para lo que en realidad son demandas civiles. El problema radica en que esta forma limita las posibilidades de la institución, en la medida en que genera incentivos para que los acuerdos sólo operen cuando el imputado está en condiciones de solucionar la reparación en el momento mismo de la celebración. En otras palabras: “cerramos el acuerdo, pero dinero en mano”. Se limita así la posibilidad de que ofrezcan reparación los imputados que sólo podrían hacerlo reparando en cuotas o mediante reparaciones que no sean ejecutables en el acto.

Cuando se está en la hipótesis de no cumplir el convenio, la acción penal no se debe extinguir si no hasta su cumplimiento, ya que si se piensa que solo por la celebración del convenio se produce la extinción de la acción penal, entonces es necesario hacer la ejecución lo más expedita y sencilla posible, es decir, dotar al acuerdo del carácter de título ejecutivo. El mayor problema de esta opción es que puede tornar dificultosa la ejecución del acuerdo, puede incorporar costos adicionales para la víctima y, en esa medida, favorecer los incumplimientos y la impunidad consecuente. Por lo cual lo que se recomienda hacer es, no extinguir la acción penal si no hasta el cumplimiento del convenio, si el convenio aún firmado no se cumple se dé vista a la autoridad competente para que restablezca el procedimiento penal hasta el último acto procesal emitido.<sup>20</sup> En el caso en que se hayan dado parcialidades ellas aplicarán a la reparación del daño en sentencia firme.

Por último, la regulación normativa debe hacerse cargo de la relación entre el acuerdo reparatorio y la acción civil. En este sentido, destacan las siguientes ideas: 1. La reparación debiera impedir toda posibilidad de operar civilmente por indemnización adicional. Por una parte, el supuesto del acuerdo es que la víctima ya está reparada. Por la otra, si la víctima puede todavía accionar civilmente eso disminuye los incentivos para el imputado lo cual jurídicamente sería imposible atendiendo al principio *non bis in idem*; 2. La reparación no debe ser susceptible de intervención

<sup>20</sup> Al respecto el Código del Estado de México refiere: Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente del registro del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno. El cumplimiento de lo acordado extinguirá la acción penal.

(nulidad, modificación, etc.) por ninguna acción civil. De vuelta, sólo las reglas claras fortalecen la estructura de incentivos para la utilización de esta salida; y 3. También respecto de la acción civil el efecto debe ser puramente relativo respecto de la víctima que concurrió al acuerdo.

Una vez que el juez apruebe los acuerdos se registrarán de un modo fidedigno. Para que en el caso de un acuerdo a plazos se suspenda el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal. Dicho sea brevemente, el cumplimiento de lo acordado extinguirá el ejercicio de la acción penal.

### 3. Derecho a la Reparación del daño

Siendo evidente que no siempre podrá obtenerse una rápida reparación del daño; la garantía de una justicia pronta y expedita, de corte restaurativo y no retributivo, mediante el empleo de las figuras de: mediación,<sup>21</sup> conciliación,<sup>22</sup> acuerdos reparatorios y suspensión del proceso a prueba, tendrá que esperar a que el celebrado pacto o plan se cumpla (por ejemplo en Nuevo León, el artículo 3ero planteó dictar un auto de reserva de la acción penal hasta en tanto no se cumpla con el acuerdo derivado de la conciliación o mediación). De ahí la necesaria participación ministerial para asegurar las pruebas y reanudar la persecución penal, de ser el caso; no solo tratándose de la denominada suspensión del proceso a prueba (SPP),<sup>23</sup> sino de la conciliación, mediación o acuerdos reparatorios, pues no se tiene la certeza de cumplimiento del mismo.

21 La mediación significa "acción y efecto de mediar", interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos, es decir, el mediador se avoca a facilitar el diálogo.

22 Implica componer, ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. Son fases de la conciliación: la preparación, presentación, especificación de las versiones parciales, redefinición del conflicto, búsqueda de soluciones y determinación del acuerdo. Esta se rige por los principios de: equidad, neutralidad, confidencialidad, buena fe y veracidad, celeridad y economía, voluntariedad. El conciliador a diferencia del mediador si puede proponer soluciones, (esa es la principal diferencia).

23 La SPP merece en nuestra opinión de algunas precisiones: ésta puede solicitarse en cualquier momento hasta antes de acordarse la apertura del juicio oral (revisense los numerales de los CPP de Durango 220, 105 Zacatecas, 202 Chihuahua, 191 Oaxaca, 197 Baja California, 118 Estado de México, 206 Morelos), punto hasta el cual, por cierto, resulta procedente también solicitar la conciliación, la mediación, los acuerdos reparatorios dentro de los cuales, atento en su naturaleza, no hay exigencia expresa de conservar los medios de prueba necesarios para el caso en que deba iniciarse o reanudarse la persecución penal, dependiendo de la fase de su solicitud ( Véase respectivamente el articulado de los CPP: 213 Durango, 102 Zacatecas, 198 Chihuahua, 200 Oaxaca, 201 Baja California, 123 Estado de México, 210 Morelos).

Y llama la atención que en términos del CPP de Nuevo León, Art. 3ero, fracción X, se "suspenda el procedimiento de la preparación de la acción penal a prueba"... lo que parece lógico si se toma en cuenta que el auto de vinculación a proceso (que solo resuelve la posibilidad de continuar la investigación "judicializada") pueda fijar un plazo de cierre de la "investigación", concluido el cual decida el Ministerio Público formular acusación y con ello ejercitar la acción penal; lo que se confronta por su parte con una fase previa (representada por el auto de vinculación a proceso citado) en la que el Juez de Control ejerce actos de decisión para vincular o no al imputado a PROCESO, con base en datos probabilísticos sobre la existencia del hecho y acerca de la posibilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Apertura de la fase PROCESAL que tiene por objeto que dentro del plazo constitucional (72 o 144 horas), en su caso, se produzca "prueba" bajo la observancia de las mismas reglas aplicables en la fase del "juicio oral".

Uno de los principales objetivos o finalidades perseguidas por las víctimas cuando recurren al sistema de justicia criminal, es obtener algún tipo de reparación o compensación de los daños causados por el delito que han sido objeto. Existe múltiple evidencia empírica que da cuenta que, para al menos algunas categorías de delitos, el principal interés de la víctima al recurrir ante el sistema de justicia criminal es precisamente éste. No se trata que las víctimas busquen necesariamente reparaciones económicas, pero sí en gran cantidad de casos involucran un contenido pecuniario. La reparación del daño es definida por la ONU en la resolución 60/147 de la Asamblea General del 16 de diciembre de 2005 bajo el documento “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones” de la siguiente forma:

Una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario. **La reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido.** Conforme a su derecho interno y a sus obligaciones jurídicas internacionales, **los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado** y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario. **Cuando se determine que una persona física o jurídica u otra entidad está obligada a dar reparación a una víctima, la parte responsable deberá conceder reparación a la víctima o indemnizar al Estado si éste hubiera ya dado reparación a la víctima.**

A propósito de la reparación del daño una cantidad importante de países ha introducido mecanismos denominados “salidas alternativa del proceso”, los cuales presuponen la reparación de la víctima por parte del imputado, por ejemplo en Chile se llaman acuerdos reparatorios, conciliación en Costa Rica, extinción en Bolivia, y en México acuerdos reparatorios o restitutorios. Además de ello, en muchos otros se ha

introducido la figura de la suspensión del proceso a prueba la cual se estima es la máxima expresión de la *justicia restaurativa*.

Por otra parte, es importante mencionar que en América Latina los mecanismos de reparación introducidos por los Códigos Procesales Penales han tenido a ser sub-utilizados. Es decir, estadísticamente son utilizados con menor intensidad de la esperada, lo que se traduce en que menos víctimas de las que pudieran, obtienen reparación en el proceso por medio de estos mecanismos. *Lo importante es saber ¿por qué en América Latina los MASC están tendiendo a ser sub-utilizados?*

**El principal problema es con el diseño legal.** Es posible detectar varios problemas en la definición y ámbito de los institutos destinados a atender los MASC, sus efectos, oportunidad y, en general la poca flexibilización jurídica que existe para la realización de los convenios o acuerdos.

**La gestión del trabajo como un segundo nivel.** Es así como salvo algunas experiencias muy específicas de creación de sistemas de mediación y apoyo a la víctima e imputado en procesos de negociación, en general los sistemas de justicia criminal operan de manera más o menos espontánea, es decir, entregada a la iniciativa que individualmente puedan tener el imputado y la propia víctima, sin generarse espacios institucionales para dicho encuentro ni menos en la promoción de soluciones reparatorias entre ambos, pues incluso los espacios físicos en que se pretende que los involucrados lleguen a un consenso son, por demás, inadecuados o simplemente improvisados, sin privacidad alguna.

Un último nivel, de extrema complejidad, se refiere a lo que podríamos llamar como una “**cultura**” de los actores del sistema (particularmente Ministerios Públicos y Jueces) de privilegiar el interés público de la persecución penal por sobre los intereses concretos y directos de la víctima.

No obstante lo heterogéneo que es la experiencia de cada Entidad, en el establecimiento de sistemas destinados a satisfacer los derechos de las víctimas reconocidos a nivel nacional e internacional, la información empírica disponible indica que se trata de una tarea que recién comienza y que todavía tiene mucho camino por recorrer antes que podamos evaluarla como satisfecha. En este contexto, un factor común que es posible observar y que dificulta avanzar con mayores niveles de profundidad en el logro de estos objetivos es que la reforma no ha podido establecer una clara responsabilidad a cargo del tema.

En la medida que la satisfacción de los derechos de la víctima no se transforme en un parámetro central de evaluación del trabajo del Ministerio Público, dicha función será marginal en el trabajo diario de la institución. Esto constituye uno de los desafíos a los procesos de reforma para cumplir con las finalidades de la justicia alternativa es decir, si se genera como indicador de desempeño del Ministerio Público ¿cuántos asuntos van a justicia alternativa? y no ¿cuántos asuntos llegan al ejercicio de la acción penal? se favorecería la eficiencia de los MASC.

Cuando se llegue a una reparación del daño no se debe olvidar que ésta debe comprender la devolución de los bienes o el pago por los daños o pérdidas sufridos, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Asimismo existen diversas reparaciones del daño, pueden ser realizadas por el Estado, o bien por el autor o la persona imputada por un delito, es decir, los delincuentes o los terceros responsables de su conducta resarcirán equitativamente, cuando proceda, a las víctimas, sus familiares o las personas a su cargo.

## **V. RECOMENDACIONES PARA UNA IMPLEMENTACIÓN EXITOSA**

De lo antes mencionado se propone que para una implementación exitosa, mínimamente se debe considerar lo siguiente:

### **1. Institucionalidad Responsable**

Que las instituciones que tengan a cargo la responsabilidad de administrar los MASC (esto no quiere decir que sólo esa institucionalidad estará a cargo de la implementación de las diversas medidas, de hecho hemos visto cómo muchas de ellas requieren decisiones judiciales) tengan la capacitación y los recursos para la administración del sistema, es decir, poder recibir demandas, coordinar respuestas con las diversas agencias estatales o privadas encargadas de su implementación específica, diseñar políticas de promoción, controlar cumplimiento de las mismas, reaccionar frente a los incumplimientos, etc. La experiencia comparada da cuenta que dos son las agencias

que usualmente adquieren este tipo de responsabilidades: la Policía y el Ministerio Público principalmente al canalizar desde el momento en que se llega a la Unidad de Atención Temprana.

## **2. Capacidad de evaluar necesidades**

Un segundo aspecto clave en la implementación de un sistema efectivo se encuentra en la capacidad de éste para evaluar las necesidades de protección frente a las demandas de las víctimas. Como hemos visto, no todas las necesidades de protección son equivalentes y muchas de ellas pueden ser perfectamente satisfechas con medidas bastante sencillas y de muy bajo costo para el sistema. Para ello es clave generar una capacidad técnica de evaluación de necesidades y poder discriminar correctamente entre el uso de los recursos siempre escasos y un sistema de protección administrada.

## **3. Potenciar la capacidad de respuesta del sistema**

Un desafío que enfrenta cualquier sistema de protección es el de expandir al máximo su capacidad de respuesta en un entorno de recursos necesariamente limitados frente a las potenciales demandas. Por ello, quien administre el sistema debe desarrollar políticas proactivas destinadas a la obtención de recursos (no sólo materiales) que permitan incrementar la cantidad y tipos de medidas disponibles.

## **4. Creación de indicadores**

Por último se considera que deben existir indicadores que permitan vislumbrar la satisfacción de la sociedad y del Estado al momento de acceder a un Medio Alternativo de solución de conflictos, como por ejemplo:



Objetivos	Indicadores
<i>Entregar un servicio satisfactorio al usuario.</i>	Nivel de satisfacción que percibe el usuario atendido por un MASC.
<i>Disminuir los tiempos de espera de atención.</i>	Número de días transcurridos entre la fecha de derivación y el primer contacto.
<i>Mejorar la calidad y cantidad de información entregada al usuario.</i>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Porcentaje de usuarios a los que se les informó de sus derechos.</li> <li>2. Porcentaje de víctimas a las que se les informó sobre el término o suspensión de su caso.</li> </ol>

## VI. CONCLUSIONES

En este sentido, las salidas alternativas, correctamente utilizadas, representan soluciones de alta calidad, verdaderos equivalentes funcionales de una sentencia: atienden a las necesidades específicas del conflicto, apuntando a las posibilidades de rehabilitación del imputado, a la prevención de que los hechos vuelvan a repetirse, al interés o temores concretos de la víctima o de terceros, o bien, alguna combinación de éstas; al mismo tiempo, evitan el contagio criminal que representa la cárcel para el imputado y la violencia secundaria que las penas de cárcel inevitablemente conllevan (privar a la familia del imputado de una fuente de sustento, que esos hijos se críen sin imagen paterna, etc.). En este sentido, las salidas alternativas frecuentemente resuelven el conflicto mejor que una pena tradicional, y lo hacen a menor costo -liberando recursos para ser focalizados en aquellos casos que sí exigen persecución tradicional- y con más celeridad (cuando la respuesta tiene mayor sentido).

Las salidas alternativas tienen la externalidad positiva de ahorrar recursos al sistema, en la medida en que constituyen modos de término “más baratos” que llevar la causa a juicio y costear la cárcel. De esta suerte, las salidas alternativas, bien utilizadas, permiten sacar el caso del sistema en etapas muy tempranas del proceso, ahorrando todo el excedente de tiempo y recursos que en cada una de las instituciones

-tribunales, fiscales, defensores, policías, laboratorios- tomaría llevar el caso a juicio, a la vez que todo el costo privado que éste implica para los testigos, víctimas e imputados.

Sea que se consagre o no a nivel normativo, el Ministerio Público debe contar con un registro de la utilización de las salidas alternativas. Así, al evaluar las posibilidades concretas de reinserción, saber que algunos intentos concretos han tenido éxito o han fracasado con una persona específica, que el imputado ha respetado o infringido compromisos en el pasado, todo ello resulta relevante para la decisión. Aunque, eventualmente, la utilización de salidas alternativas respecto de una persona va a quedar registrada en el sistema de tribunales al momento de realizar el control de la misma, lo que el Ministerio Público necesita es un instrumento funcional a sus necesidades de información.

Esto exige que el Ministerio Público pueda tener acceso inmediato al historial del imputado como objeto de salidas alternativas, incluyendo eventuales resultados de dichas salidas que, sin embargo, no se reflejan en resoluciones judiciales (por ejemplo el imputado incumplió el acuerdo reparatorio o infringió una de las condiciones, y por diversas razones -por ejemplo porque la víctima así lo prefirió- el sistema no reaccionó a dichos incumplimientos). Por todas estas razones, el Ministerio Público debe llevar un registro de información funcional a sus propias necesidades, más allá de los registros judiciales.

## VII. FUENTES DE REFERENCIA Y RECOMENDACIÓN

### Bibliografía

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM. México. 1991.

Alfredo Gozaíni, Osvaldo. *Formas alternativas para resolución de conflictos*, Depalma. Buenos Aires. Argentina. 1995.

- Armenta, Deu Teresa. *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Promociones y Publicaciones Universitarias (colección el sistema penal). Prol. Claus Rocín. Barcelona. España. 1991.
- Bianchi, Roberto A. *Mediación prejudicial y conciliación*, capítulo 5 redactado por Gisela Kotliar. Zavalia. Buenos Aires. Argentina. 1996.
- Flores, Benito. *La conciliación y su desarrollo en el derecho internacional contemporáneo*, Secretaría de Relaciones Exteriores. México. 1936.
- Folberg, Jay y Alison, Taylor. *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa. primera reimpresión. México. 1996.
- Giménez-Salinas I Colomer, Esther. *La mediación penal*, proyecto gráfico: Ydea. Catalunya. España. 1999.
- Lascala, Jorge Hugo. *Aspectos prácticos en mediación*, Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Argentina. 1999.
- Neuman, Elías *Mediación y conciliación penal*, Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1997.
- Pérez Sanzberro, Guadalupe. *Reparación y conciliación en el sistema penal*, Granada. Comares. 1999.
- Rössner, Dieter. *La mediación penal*, Generalitat de Catalunya. Departament de Justicia: Centre D'Estudis Jutidics Informacio Especialitzada. Barcelona. España. 1999.

### **Leyes específicas de justicia restaurativa y MASC**

- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Colima, Editorial Sista, México, 2009.
- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango, Editorial Sista, México, 2009.
- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Guanajuato, Editorial Sista, México, 2009.
- Ley de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia para el Distrito Federal, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal para el Estado de Morelos, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Baja California, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Alternativa para el Estado de Hidalgo, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en el Estado de Yucatán, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias para el Estado de Sonora, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Mediación para el Estado de Tamaulipas, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Mediación y Conciliación del Estado de Aguascalientes, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Medios Alternativos para la Solución de Conflictos para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, Editorial Sista, México, 2009.

Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León, Editorial Sista, México, 2009.

Ley que Regula el Sistema de Mediación y Conciliación en el Estado de Tlaxcala, Editorial Sista, México, 2009.





**EL MINISTERIO PÚBLICO  
EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO**

---

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA<sup>1\*</sup>

<sup>1\*</sup> Secretario General Académico del Instituto Nacional de Ciencias Penales. El autor agradece a Alberto Lujambio y Lucía González de la Peña su apoyo para la realización de este texto.



## SUMARIO

Introducción. **I.** El Artículo 21 Constitucional. 1.1 Análisis de la evolución del Artículo 21 Constitucional desde 1917 hasta 1996. 1.2 Aspectos generales de la Reforma Constitucional de 2008. 1.3 ¿Cómo resolverá la legislación secundaria la asignación de competencias entre la Policía y el Ministerio Público?

**II.** Los principios que rigen la actuación del Ministerio Público. 2.1 Oralidad. 2.2 Publicidad. 2.3 Contradicción. 2.4 Concentración, continuidad e intermediación. **III.** Principios y dispositivos del debido proceso penal acusatorio. 3.1 Principio de mínima intervención. 3.2 Principio de oportunidad. 3.3 Principio de presunción de inocencia. 3.4 Principio de proporcionalidad.

**IV.** Los actores del Sistema de Justicia Penal y el Ministerio Público. 4.1 Los peritos y el Ministerio Público. 4.2 La víctima o el ofendido y el Ministerio Público. 4.3 El inculpad y el Ministerio Público. 4.4 El juez y el Ministerio Público. 4.5 Las policías y el Ministerio Público. **V.** Reflexión final.





---

## INTRODUCCIÓN

El texto que presentamos a continuación, busca reflejar panorámicamente a uno de los actores del nuevo sistema de justicia en el inicio de un movimiento reformista -no creemos que el término sea exagerado- que se ha propuesto romper los paradigmas que se antojaban falseados por la inexorable realidad. Se trata, sin duda, de la reforma al sistema de justicia penal más importante desde 1917. Para tal efecto, diez artículos de la constitución fueron reformados o adicionados parcial o totalmente. El cambio de sistema implica, por supuesto, una nueva forma de hacer las cosas por parte de todos sus protagonistas. Implica desaprender y volver a aprender. El plazo para ello está corriendo, y concluye en junio de 2016. La gradualidad es siempre la mejor herramienta para evitar reacciones traumáticas en los sistemas.

Nuestro objetivo es trazar cuál será el nuevo papel del Ministerio Público en el marco de las recientes reformas legales. Son dos las implicaciones más importantes: la modificación de las estructuras facultativas de las Policías y del Ministerio Público, colocando al segundo como el encargado de conducir la investigación y protagonizar la causa penal ante los tribunales y; la racionalización del monopolio de la acción penal, al establecerse la acción penal a instancia de particulares y los criterios de oportunidad a cargo del Ministerio Público.

El texto se divide en cuatro apartados. El primero de ellos hace referencia al Artículo 21 Constitucional, su evolución histórica desde 1917 hasta las recientes reformas y las implicaciones sistémicas que

ya han comenzado a surgir. El segundo, se enfocará al análisis de los principios que orientarán la actuación del Ministerio Público bajo el paradigma del nuevo sistema acusatorio. El tercer apartado, referirá los principios y dispositivos del debido proceso penal acusatorio y la relación que guardan éstos con la actuación del Ministerio Público en todos los momentos del procedimiento penal. El cuarto y último, abordará la nueva relación que tendrá el Ministerio Público con los actores del procedimiento penal: jueces, peritos, víctimas u ofendidos, las policías y los recién creados Juzgados Federales Penales Especializados en Cateos, Arraigos e Intervención de Comunicaciones.

## **I. EL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL**

### **1.1 Análisis de la evolución del artículo 21 constitucional desde 1917 hasta 1996**

Para comprender las funciones y los alcances de la institución del Ministerio Público, es necesario recorrer el sistema jurídico tomando en cuenta sus fuentes. De esta forma, el primer paso es analizar la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* -en concreto el artículo 21 constitucional- y después bajar los peldaños del ordenamiento para obtener el paisaje completo del objeto de nuestro estudio.

El artículo 21 constitucional se reformó de 1917 a 1996, en cuatro ocasiones. De 1917 hasta 1983, el texto del artículo 21 constitucional permaneció intacto. Si bien es cierto que todas reformas anteriores a la gran transformación que sufrió nuestro sistema de justicia penal en 2008, fueron relevantes y necesarias, ninguna de ellas trastocó la esfera competencial del Ministerio Público.

El texto aprobado en 1917 del artículo 21 constitucional tenía dos párrafos y establecía:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediatos de aquél. Compete a la autoridad administrativa el castigo de las infracciones de los

reglamentos gubernativos y de policía, el cual únicamente consistirá en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiera impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente que no excederá, en ningún caso, de quince días.

Si el infractor fuera jornalero u obrero, no podrá ser castigado con multa mayor del importe de su jornada o sueldo en una semana”.

La reforma de 1983, hace un ajuste a la duración máxima de los arrestos administrativos que, en ningún caso serán mayores a 36 horas. Se limitan también las sanciones pecuniarias al monto de un día de salario.

La reforma de 1994, adiciona tres párrafos. El primero, establece la posibilidad de impugnar las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de la acción penal tomadas por el Ministerio Público. El segundo, se refiere a la división competencial entre los órdenes de gobierno en lo tocante a la Seguridad Pública. El tercero, establece la obligación de crear un método de coordinación entre las autoridades federales y estatales que se traduzca en el sistema nacional de seguridad pública.

Hablaremos pues del primer y el tercer párrafo adicionados en la reforma de 1994. En el primer caso, la Reforma Constitucional, carente de una materialización legislativa, generó una laguna. Si el legislador no se ocupó de los ajustes, tuvo que hacerlo la judicatura. En consecuencia, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación indicó la vía por la cuál habría de hacerse valer la previsión constitucional, al establecer que las determinaciones dictadas por el Ministerio Público respecto del no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no escapan del control constitucional y, por tanto, son susceptibles de reclamarse mediante el juicio de amparo.<sup>1</sup>

En lo que se refiere al tercer párrafo, no logró materializarse una reforma de fondo. El Servicio Civil de Carrera, uno de los más grandes retos del Sistema Nacional de Seguridad Pública, intentó articularse mediante acuerdos de colaboración, que no resultaban vinculantes en la práctica, para las Entidades Federativas. En la lógica del pacto federal, sólo pueden plantearse este tipo de reformas desde dos perspectivas: la construcción constitucional de facultades ordena cuidadosamente las atribuciones de los niveles de gobierno para volver funcionales las

---

<sup>1</sup> Nos referimos a las tesis aprobadas el 11 de noviembre por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que, al resolver los juicios de Amparo en revisión números 32/97 y 961-97.

pretensiones de la reforma, mediante disposiciones expresas en la legislación secundaria, o bien; que las autoridades federales generan incentivos a los estados para cumplir con los objetivos programáticos. Sucedió lo primero. Es hasta el 2 de enero de 2009 cuando se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública* que establece las bases cumpliéndose la primera hipótesis.

El 3 de julio de 1996, se reforma por primera vez, de manera relevante, el primer párrafo del artículo 21 constitucional, para quedar de la siguiente manera:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato [...]”

Es de fundamental trascendencia recalcar que en esta reforma se adiciona el concepto de investigación y se faculta al Ministerio Público para estar a cargo de ella. Conviene distinguir entre los conceptos de investigación y persecución, este último concepto, como advertimos, proviene de la redacción original de 1917. Por investigación entendemos la actividad orientada a encontrar la verdad legal sobre la forma en que se desarrolló el *iter criminis*, obteniendo evidencias que permitan vincular un resultado material con un presunto responsable. Por otra parte, por persecución entendemos la actividad a cargo del Ministerio Público frente a los órganos jurisdiccionales, dirigida a probar la imputación que efectúa.

La reforma de 1996, no obstante, no asignaba claramente funciones a la policía, la investigación y persecución del delito quedaba a cargo del Ministerio Público y subordinaba la policía al primero. Los ministerios públicos son abogados, generalmente sin formación en criminalística; su preparación profesional e, inclusive su preparación física, no están orientadas a la investigación del delito, especialmente a la investigación científica del mismo, que requiere de trabajo de campo -no de oficina-, y conocimientos criminalísticos. Asimismo, el concepto de persecución penal del Ministerio Público, bajo el sistema penal mixto de corte inquisitivo vigente en 1996, hacía más referencia a la persecución del presunto responsable -generalmente en una atmósfera de desigualdad procesal entre el órgano acusador y la defensa- que a la actuación del

Ministerio Público frente a los tribunales, este último concepto aplicable a la persecución penal en un sistema acusatorio en que debe prevalecer la igualdad procesal entre acusación y defensa.

La reforma del 20 de junio de 2005, agregó además -mediante un quinto párrafo- la facultad del Ejecutivo Federal para reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, previa aprobación del Senado.

Se puede decir que las Reformas Constitucionales -anteriores al 2008- no implicaron transformaciones de fondo a la dinámica de la impartición de justicia. Para evaluar de manera objetiva cómo impacta una Reforma Constitucional a la estructura jurídica de un país, el análisis se hace de manera sistémica en todo el conjunto de fuentes del Derecho. Una reforma exitosa se traduce en interpretaciones jurisprudenciales agresivas o en construcciones legales secundarias de grandes miras.

La estructura del Ministerio Público y su relación con la Policía Judicial había permanecido, hasta ahora, intacta. La reforma de 1996, que de hecho modifica la redacción de la disposición constitucional, causó poco revuelo entre los estudiosos del Derecho Penal, que se concentraron, por ejemplo, en temas como la libertad caucional o la intervención de las comunicaciones privadas.<sup>2</sup> De la literatura disponible, se hacen algunas breves referencias a la reforma. La doctora Islas de González Mariscal afirma, por ejemplo que:

“Ahora con la reforma, ya no se dice que el Ministerio Público se auxiliará de la Policía Judicial. [...] Ahora ya no se especifica el cuerpo policíaco con el que se deberá auxiliar el Ministerio Público, ya que el artículo indeterminado “una” remite a cualesquiera de las policías existentes e incluso a las todavía no existentes”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vid. *Reforma Constitucional y Penal de 1996*. Universidad Nacional Autónoma de México y Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Autores Varios.

<sup>3</sup> *Idem*. Olga Islas de González Mariscal. *Las reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996*. p 93.

## 1.2 Aspectos generales de la Reforma Constitucional de 2008

El rezago judicial, los problemas organizacionales de las procuradurías, la creciente tecnificación y burocratización del proceso penal motivaron la impunidad. Todo confluyó para que, en 2008, existiera la sinergia y la voluntad política para echar adelante una gran reforma al sistema de justicia penal. La nueva redacción constitucional no nos deja espacio para la indiferencia y la inactividad.

Por lo anterior se procede a analizar el nuevo papel del Ministerio Público en el Sistema Acusatorio. De esta manera, centraremos nuestra energía en los párrafos que de hecho, modifican su caudal facultativo y nos obligan a replantear su función y sus atribuciones concretas.

El nuevo primer párrafo del artículo 21 constitucional establece que:

“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”.

Asimismo se adiciona el séptimo párrafo que a la letra establece que:

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

Con estas dos adiciones, nos referiremos a las implicaciones que tiene la inclusión de la conjunción copulativa “y”, insertada entre las palabras “Ministerio Público” y “a las policías”. Por otra parte, deberemos definir los alcances de la frase “conducción y mando”, pero no habremos de hacerlo sólo a través de una delimitación semántica. Comparar la otrora redacción con la nueva y buscar las razones detrás de la reforma, es lo que nos dará luces al respecto de cómo se configurarán las facultades en el nuevo sistema. A los conceptos investigación y persecución -presentes en el texto constitucional desde 1996- y sus diferentes implicaciones en un sistema mixto y en uno acusatorio.

Valdrá decir, por ahora, que adicionar el “y”, implica un fortalecimiento de la policía en sus facultades de investigación. La legislación, que analizaremos más adelante, nos dirá cómo y cuándo podrán investigar las policías sin autorización del Ministerio Público. Destacamos que, precisamente por la concurrencia de facultades, el texto del artículo 21 constitucional de 2008 regresa, de cierta manera, a la redacción original

de 1917. Hacia el futuro, la conjunción “y” que hoy por hoy faculta a la policía y al Ministerio Público a investigar los delitos, deberá desaparecer. En un escenario optimista, el que hoy ambos estén facultados debería observarse como un movimiento estratégico tendiente a atribuir gradualmente la investigación exclusivamente a la policía y a retirarla poco a poco de la esfera de competencia de las procuradurías. La gradualidad vendría condicionada a la construcción de un servicio de carrera en las policías y a la certificación de competencias y controles de confianza de sus integrantes. La policía deberá concentrarse en la investigación y el Ministerio Público, dedicarse exclusivamente a preparar su imputación y sostenerla frente a los tribunales. Inclusive, en un escenario de mayor especialización, la policía investigadora deberá separarse de la policía responsable del orden público. La policía investigadora debe ser un instrumento de los Fiscales pero completamente independiente a ellos.

El Sistema Nacional de Seguridad Pública también fue parte integral de la reforma de 2008. Ahora, en el décimo párrafo del artículo 21 de la Carta Magna tiene una existencia constitucional configurada de la que se desprende una Ley General que puede darle vida. El contenido del que carecía, finalmente aparece y ahora sí sabemos qué es, constitucionalmente, este importante concepto. Ahora se establecen en la Constitución las bases para que exista una regulación homologada tanto a nivel estatal como federal de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública y específica, conformada tanto por policías como por Ministerios Públicos, con lo que podrá construirse el anhelado servicio de carrera. Asimismo, obliga al establecimiento de bases de datos criminalísticos a nivel nacional -que no existían, al menos alimentadas y entrelazadas unas con otras-, así como a la instrumentación de políticas públicas de prevención del delito y participación ciudadana. Es de subrayarse que se elevó a rango constitucional la prevención del delito.

### 1.3 ¿Cómo resolverá la legislación secundaria la asignación de competencias entre la Policía y el Ministerio Público?

Se dice que no es ortodoxo introducir a un tema desde la experiencia internacional. Nos parece, por el contrario, que puede ayudarnos a comprender mejor cómo se gestan las instituciones y por qué, los flancos de crítica y mejora a nuestro sistema deben formarse desde sí mismo.

Comentemos dos modelos en que la policía ha contado con amplias facultades, tomando en cuenta que dicha fortaleza se desprende de motivos históricos muy determinados y ciertamente distintos a la historia institucional y legislativa mexicana.

Pensemos en el caso de Inglaterra y Gales, cuyo sistema acusatorio data del siglo XII y es el sistema acusatorio en vigor más antiguo de la humanidad. En el año de 1986 se creó la Fiscalía de la Corona o *The Crown Prosecution Service*.<sup>4</sup> Antes de ese año el sistema inglés y los departamentos de policía contaban con una pequeña oficina de abogados asesores. No existía la institución del Ministerio Público o Fiscalía. La policía se encargaba de conducir y engrosar la investigación del delito de manera independiente. En la mayoría de los casos de gravedad media o en los relevantes, la policía contrataba abogados litigantes particulares -o *barristers*- para encabezar la acusación. En 1986, al crearse la Fiscalía, se calibra el sistema de una manera muy peculiar. Ambos aparatos burocráticos funcionan por cuerdas separadas. La policía investiga el delito y luego, si lo considera pertinente, le presenta el expediente al fiscal, quien lo califica y ejerce la acción penal. Es cierto que el sistema inglés funciona bien con una plena autonomía de la policía, pero debemos entender que su tradición jurídica ha marcado de manera irreductible su funcionamiento.

Veámos ahora otras experiencias de cambio e instrumentación de sistemas acusatorios desde la perspectiva de la relación y atribuciones entre la Policía y el Ministerio Público, en este caso desde la experiencia de países como Chile o Colombia. Su historia legislativa parte del Código de Procedimientos Penales, promulgado por Napoleón a principios del siglo XIX, texto normativo al que podríamos llamar el germen del sistema penal mixto, vigente aún en Francia. En Francia -y también en Chile y

---

<sup>4</sup> La historia y atribuciones de *The Crown Prosecution Service* puede consultarse en <http://www.cps.gov.uk/>



Colombia antes de que estos países migraran a un sistema acusatorio- los jueces de instrucción estaban encargados de dirigir la investigación. Tampoco, como en Inglaterra, existía la institución del Ministerio Público o Fiscal. Uno de los principales retos en la instrumentación de los sistemas penales acusatorios de Chile y Colombia fue precisamente crear la institución del Ministerio Público, al desaparecer a aquellos jueces de instrucción. El objetivo al cambiar al sistema acusatorio era separar claramente las funciones. Separar las funciones de investigar y perseguir el delito también fue lo que motivó la creación del *Crown Prosecution Service de Inglaterra*. Un órgano investiga (la policía), otro acusa (el Ministerio Público) y otro distinto decide (los jueces). Se trataba también de separar de los poderes judiciales la función de investigar y de acusar. En aquellos países latinoamericanos, las dictaduras del siglo XX necesariamente generaron policías robustas y pletóricas de facultades. Su principal reto ante el debido proceso penal no era construir policías fuertes, sino separarlas de la función de acusar, y crear en consecuencia, el órgano especializado en la acusación.

En sentido opuesto a lo vivido en Inglaterra, Colombia o Chile, en México se enfrentan grandes retos para redefinir las relaciones entre Policía y Ministerio Público. Precisamente la mezcla del modelo mixto francés y del sistema penal inquisitivo español dio lugar al sistema penal mixto mexicano que, hasta antes de 1917, funcionaba con jueces de instrucción. En nuestro país, a raíz de la Reforma Constitucional de 1917, dichos jueces fueron suplidos por la figura del Ministerio Público y la consecuente creación de la Procuraduría General de la República. En México contamos con una Procuraduría General de la República de historia centenaria. La policía de investigación desde entonces ha estado subordinada a ella. No obstante, desde el punto de vista de su formación, el Ministerio Público mexicano no es un profesional de la investigación, pues es un abogado que, como hemos señalado, carece de formación para la investigación del delito desde el punto de vista del óptimo desarrollo de una investigación científica basada en la criminalística.

La implementación de un sistema como el acusatorio demanda una especialización de funciones, en que las Policías y el Ministerio Público tarde o temprano tendrán que separarse. Construir una policía de investigación científica, fuerte, profesional, al tiempo de someter a las procuradurías a un profundo proceso de especialización mediante

una reingeniería institucional de gran magnitud será, sin duda, una de las tareas más complejas en la instrumentación del sistema penal acusatorio mexicano.

Conforme al nuevo texto del artículo 21 constitucional adoptado en 2008, y en una primera reflexión, podemos decir que la facultad investigadora se vuelve concurrente. Imaginemos dos tipos de hechos ilícitos donde, en un caso, el primero en tener la información es el Ministerio Público. En este escenario, las relaciones funcionarán de manera similar a nuestro sistema actual. El Fiscal ordenará las diligencias pertinentes que lo ayuden a hacerse de la información necesaria para ejercer la acción penal.

Ahora la comisión de un delito en flagrancia o bien, la denuncia ciudadana presentada ante la policía. En ambos casos ésta interviene primero. La edificación del nuevo artículo 3ero del Código Federal de Procedimientos Penales vigente desde enero de 2009, nos responde cuál fue la materialización de la Reforma Constitucional en este sentido al señalar un nuevo y amplio marco de facultades a las policías federales, en que las policías pueden participar, en auxilio del Ministerio Público, en la investigación y persecución de los delitos, en la detención de personas o en el aseguramiento de bienes relacionados con la investigación de los delitos, cumpliendo sin excepción los requisitos previstos en los ordenamientos constitucionales y legales aplicables.

Así, las atribuciones en materia de investigación de las policías aumentan. Por un lado, la policía investigadora actuará de inmediato cuando se haga de información que le ayude a descubrir la comisión de un hecho delictivo, por el otro, el Ministerio Público conducirá la investigación de los delitos de los que ya tiene noticia. La lógica del sistema se acomoda de manera mucho más eficiente. Hablaremos de las relaciones que guardará el Ministerio Público con la Policía en un apartado posterior.

## II. LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN

### LA ACTUACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El motivo de nuestra reflexión es el papel del Ministerio Público en el nuevo sistema penal acusatorio y, precisamente por ello, hablaremos de cuál será la relación que guardará con los principios del citado sistema, hoy recogidos en nuestro texto constitucional.

De una lectura *prima facie* de nuestra Carta Magna, podríamos pensar que los principios son un asunto procesal. Cada uno de ellos hace referencia expresa al juicio penal. Realizar un estudio interesante de los principios del sistema penal acusatorio implica analizarlos por separado, desde la perspectiva de cada uno de los actores del procedimiento penal. Así pues, los abogados defensores -en la búsqueda por representar a los imputados les darán una lectura garantista; los jueces conocerán de su significado en la sustanciación del juicio y serán los principales responsables de su supremacía durante el proceso; mientras que los encargados de la procuración de justicia deberán acercarse a ellos con una visión funcional y de política organizacional-.

#### 2.1 Oralidad

La oralidad es un principio del sistema de justicia y no parte de su definición, como actualmente lo contiene el artículo 20 de la Carta Magna. Con la entrada en vigor del nuevo sistema acusatorio, existirá la obligación de que las promociones de las partes, el desahogo de las pruebas y las determinaciones del juez se realicen de forma verbal y directa, registrándose las mismas mediante medios técnicos que guarden la agilidad y la fidelidad. La oralidad abona a la transparencia del procedimiento y contribuye a que sea más ágil y sencillo.

Los nuevos fiscales deben prepararse para este esquema de litigio, que no habrá de tratarse de un despliegue de habilidades histriónicas de oratoria. Se tratará por el contrario, de la serenidad, la claridad y la capacidad de generar convicción en el juez. Formular una acusación para solicitar al juez una vinculación a proceso o guiar un interrogatorio de testigos convincente, que no tiene nada que ver con dar de gritos en la sala de juicio; tiene que ver con una claridad meridiana de la teoría

del caso y una técnica impecable para crear en la mente del juzgador una película verosímil y congruente, mediante una eficaz argumentación jurídica. El Ministerio Público deberá probar su acusación más allá de toda *duda razonable* y hacia ese objetivo deben dirigir sus esfuerzos. Este principio, de raigambre en la jurisprudencia norteamericana, implica establecer un alto estándar de certeza sobre la participación del acusado en el delito. Para ello, es claro que el Ministerio Público deberá desarrollar nuevas competencias profesionales y éstas serán parte de los programas de formación inicial y educación continua. Dichas competencias sólo podrán adquirirlas como se aprende un arte, esto es, con disciplina, dedicación y práctica constante.

Con respecto a la teoría del caso, siguiendo a Baytelman y Duce, podemos entenderla como “un ángulo desde el cual ver toda la prueba; un sillón cómodo y mullido desde el cual apreciar la información que el juicio arroja, en términos tales que si el tribunal contempla el juicio desde ese sillón, llegará a las conclusiones que le estamos ofreciendo”.<sup>5</sup> La teoría del caso es la estrategia que desde la investigación del hecho delictivo, el Ministerio Público comienza a construir para probar sus pretensiones con base en la teoría del delito. Aquéllos que piensan que el sistema acusatorio abandona la dogmática jurídico penal están equivocados. Nunca como ahora será más importante para construir una acusación o defensa en función de la evidencia. El concepto de argumentación jurídica, por su parte, implica desentrañar el significado de una norma. Puede tomarse a este respecto, una postura escéptica -más a la Guastini- asumiendo que el intérprete dota de contenido a la norma o una postura realista, que afirma que el intérprete busca el significado que la norma ya tiene. Nosotros nos inclinamos por aceptar la primera.

Por otra parte es necesario aclarar que la oralidad no se contrapone a la escritura. El sistema acusatorio utiliza una pequeña dosis de escritura, al integrarse un cuadernillo o carpeta de investigación, en que constan, por ejemplo, los documentos relativos a la cadena de custodia de los elementos de prueba, los partes policiales y los dictámenes periciales. Sin embargo, los esfuerzos del Ministerio Público no deben

---

<sup>5</sup> Cfr. Baytelman, Andrés y Mauricio Duce. *Litigación Penal. Juicio Oral y prueba*, Colección Política y Derecho. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales y Fondo de Cultura Económica, 2008.

concentrarse en la integración de un expediente. No será esa carpeta la que le permita obtener buenos resultados en un caso. Simplemente es un soporte documental y como tal debe estimarse.

En conclusión; con los datos de prueba y evidencia disponible, el Ministerio Público construirá una estrategia, una teoría del caso que impulsará ante los tribunales, preguntándose para ello qué elementos y conceptos de la teoría del delito desea sustentar. ¿Un dolo directo? ¿Un dolo eventual? ¿La capacidad de querer y entender el contenido de ilicitud de la conducta del autor? Al hacerlo de forma oral, deberá tener una gran capacidad de síntesis. A diferencia de los actuales expedientes de averiguación previa en que suele aparecer una larga relación de todas las declaraciones, de las comunicaciones oficiales, de dictámenes periciales, en el sistema acusatorio el Ministerio Público se concentrará únicamente en aquellos testimonios y evidencias que más aporten a su caso, con impecable argumentación jurídica oral y absoluta claridad, los presentará ante los órganos jurisdiccionales.

## 2.2 Publicidad

El principio de publicidad tiene, *strictu sensu*, dos grandes implicaciones dentro del nuevo sistema. En primer término, las Audiencias estarán abiertas al público, salvo los casos en que la propia constitución restringe la publicidad. Cualquier proceso que se sigue en lo oscuro y lejos de la mirada de los medios y el escrutinio ciudadano, debe ser considerado, al menos, bastante dudoso. Los que creemos en el valor práctico de la Constitución, pensamos que las mejores leyes aplicadas en secreto, se convierten en instrumento de dominación y represión estatal.

La publicidad, volviendo al origen de nuestro apartado, tendrá como consecuencia un cambio de actitud en los Agentes del Ministerio Público. Cuando digo esto, me refiero a la evidente diferencia que existe cuando un abogado le habla a *Su Señoría*, con la intención de convencer a un juez –perito en Derecho al igual que él– y cuando tiene que comunicarse también con toda la ciudadanía en su conjunto.

El lenguaje claro, el orden en las ideas, la capacidad de síntesis, la construcción ordenada e inteligente de una teoría del caso, serán las nuevas competencias profesionales de un fiscal de estado. Esperamos que llegue el día en que dejemos de valorar quién de todos ellos es capaz

de llenar más hojas con elaboradas y estériles reflexiones de teoría del delito. Los Agentes del Ministerio Público tendrán que demostrar su pericia, conocimiento y lucidez frente a todos.

La segunda implicación tendrá que ver con una nueva relación entre los medios de comunicación y el procedimiento penal. No podemos olvidar que una de las características esenciales en la etapa de la investigación es precisamente su secreto permanente. A manera de conclusión nos referimos al artículo de nuestra autoría *¿toda la información es para todos?*, en el que afirmamos que:

Son varias las libertades y los principios en juego en la compleja relación entre el sistema de justicia penal, los medios de comunicación y la sociedad. La libertad de expresión y el derecho a la información -con el correspondiente derecho ciudadano de acceso a la información pública- interactúan con el principio de publicidad de la justicia penal y sus excepciones constitucionales y, especialmente, con el principio de presunción de inocencia.<sup>6</sup>

### 2.3 Contradicción

El principio de contradicción implica, en el fondo, la igualdad procesal del Ministerio Público frente a la defensa. El Ministerio Público se presentará ante un juez imparcial -que no conoce ni ha conocido los hechos del caso- y tendrá que romper, a golpe de pruebas, la presunción de inocencia. Parecería que estamos mezclando temas inconexos, la realidad es que no es así. La presunción de inocencia, desde la perspectiva procesal de la contradicción, es un requisito mínimo de fortaleza y convicción probatoria.

El Ministerio Público es quien ejercerá la conducción y el mando de la investigación del delito. Durante ese periodo -tal y como sucede ahora- actuará como autoridad, vigilado por el juez. Para formular la acusación, el Ministerio Público deberá allegarse de información suficiente y creíble y la defensa intentará sembrar una duda razonable en la convicción del juez. Al llegar a la audiencia de juicio oral, el Fiscal se presenta como un abogado que intenta probar ante un tribunal su teoría del caso. Sus armas serán por una parte, la investigación que condujo, y por otra, su

<sup>6</sup> Vizcaíno Zamora, Álvaro. Publicado en Yahoo! Noticias el 9 de enero de 2009. Puede consultarse la fuente en <http://pe.news.yahoo.com/s/08012009/4/n-latam-informacion.html>.

capacidad para generar convicción en el juzgador. No podrá ser exitoso sin la adquisición de destrezas de litigación, el profundo conocimiento de las normas jurídicas y sin la integración de habilidades de gestión y organización de una investigación científica. Frente al Ministerio Público estará siempre el defensor, quien podrá, en todo momento, debatir los hechos y argumentos jurídicos del primero. Esta es la esencia del principio de contradicción.

## **2.4 Concentración, continuidad e inmediación**

La concentración se refiere a que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir preferentemente, en un mismo acto procesal. Podrán decretarse recesos, por ejemplo, para comer o cuando la audiencia ha durado ya demasiadas horas. En la práctica este principio implica que el Ministerio Público, al momento de formular la acusación ante un juez de control, cuente ya con un estándar mínimo probatorio y su teoría del caso construida. Requiere pues, una preparación y trabajo previo para poder concentrar en la audiencia correspondiente sus elementos de prueba y argumentos.

La continuidad significa que la presentación, recepción y desahogo de pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez y las partes en una audiencia que será continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en la ley. La ausencia de un testigo ofrecido por el Ministerio Público (o por la defensa), es una de las causas que comúnmente afectan la continuidad de una audiencia, no obstante ello, no debe ser labor directa del Ministerio Público asegurar su presencia. En Inglaterra, por ejemplo, se puso en marcha un programa denominado “*No witness, no justice*”. Entre 2002 y 2003, el 15% de sus juicios penales fracasaron por la ausencia de testigos, lo que motivaba a los fiscales a abandonar las causas. El programa establecido en 2005 implicó la creación de unidades administrativas encargadas no sólo de asegurar la comparecencia de testigos, sino de brindarles asistencia, información y, por supuesto, protección cuando esto último era necesario. Lo anterior no era una labor del Ministerio Público, sino de personal de soporte que actúa asistiéndole.

El principio de intermediación establece que los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella, salvo los casos previstos en la ley. Sólo serán valoradas aquellas pruebas introducidas legalmente a juicio en presencia del juez. Los jueces no podrán delegar en secretarios o asistentes esta función. La presencia ininterrumpida de las partes en la audiencia no sólo implica su presencia física. Para el Ministerio Público significa que aunque podrá llevar notas y apuntes a la audiencia, su actuación deberá ser tal que no lea sus apuntes, que no interrumpa sus propios alegatos con la consulta de documentos, leyes o jurisprudencias, en síntesis, que muestre frente al juez y la defensa, que sabe y conoce de lo que está hablando.

Así, las Audiencias se llevarán a cabo siempre delante del juez de la causa y se intentará que no sean interrumpidas. Cada una de las pruebas serán desahogadas en dicha audiencia y se procederá de inmediato a dictar sentencia. El Fiscal tendrá poco tiempo para generar la convicción necesaria en el juzgador.

El Ministerio Público tendrá que ser muy sagaz para escoger aquellas pruebas que presentará en la audiencia de juicio oral; el juez será siempre intolerante con aquel abogado que presente testimonios estériles y que no fortalezcan teoría del caso alguna.

Siempre habrá tiempo para desahogar pruebas relevantes. Negarle al inculpado este derecho sería violatorio de sus Derechos Humanos. Lo que queremos destacar es que, resulta en el mejor interés de la fiscalía, utilizar el recurso del tiempo con la idea de que es un bien escaso, llamado siempre a optimizarse.

Del mismo modo es responsabilidad de abogados postulantes y fiscales, coadyuvar al correcto funcionamiento del aparato de impartición de justicia.



### III. PRINCIPIOS Y DISPOSITIVOS

#### DEL DEBIDO PROCESO PENAL ACUSATORIO

El nuevo sistema articula nuevas herramientas de naturaleza garantista y de políticas públicas. No podemos olvidar que, quienes estarán encargados de aterrizar en el día a día, los nuevos principios y dispositivos, serán precisamente los Agentes del Ministerio Público y, por supuesto, los jueces y defensores.

Algo que debe tener presente todo Ministerio Público que actúe en un sistema acusatorio, es que está orientado hacia la víctima del delito. El sistema busca que se le repare el daño lo más pronto posible, sin necesidad de agotar todo el procedimiento penal e inclusive, sin echar mano de él. Se trata también de no presurizarlo innecesariamente con asuntos que pueden resolverse por instancias no jurisdiccionales. Así pues, el objetivo principal del sistema acusatorio es quitar al inculpado de la mira principal, como sucede en el sistema mixto inquisitivo, y colocar en ella al principal usuario del servicio público de procuración e impartición de justicia: el ciudadano que fue víctima de un delito y que busca una reparación pronta, expedita e imparcial de su daño.

#### 3.1 Principio de mínima intervención

El principio de mínima intervención se deriva del de subsidiariedad que afirma que aquello que pueda resolver una inferior o más cercana al conflicto, deberá excluir a las superiores. Como se podrá advertir, se trata de un principio que alude al sentido común para su aplicación.

En materia penal, llamamos también a este principio de *ultima ratio*. Se asume que, por la gravedad de sus sanciones, el Derecho Penal es el más lesivo de los medios útiles para guiar la conducta de los individuos en la sociedad -finalmente, para eso sirve el Derecho- y por lo mismo, se preferirá que sea el último en ser empleado. Deberán primero agotarse, por ejemplo, la justicia alternativa -prevista ya por nuestra constitución-, los criterios de oportunidad o bien, el Derecho Civil o el Administrativo sancionatorio. Sólo en caso de que todo lo demás falle, deberá el Fiscal utilizar al Derecho Penal.

Aunque se trata de un principio fundamental, su aplicación está más cercana a la política legislativa. Su contra-cara, desde la perspectiva de la procuración de justicia, es el principio que desarrollaremos a continuación.

### **3.2 Principio de oportunidad**

El criterio de oportunidad implica no iniciar, suspender o prescindir total o parcialmente de la acción penal, ante la ausencia de interés público, frente a la presencia de delitos de cuantía o culpabilidad menor o bien, en casos en que la persecución penal motive una doble victimización. Su fundamento constitucional se encuentra en el séptimo párrafo del artículo 21 constitucional:

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

También podría ser aplicable el criterio de oportunidad como herramienta para la investigación del delito en casos de delincuencia organizada. La legislación secundaria establecería en tal caso que el Ministerio Público podría no iniciar, suspender o prescindir parcial o totalmente de la acción penal si un inculpado coopera en la investigación y persecución de delitos relacionados con la delincuencia organizada, como se desprende de la interpretación del artículo 20, apartado B, fracción tercera, segundo párrafo del texto constitucional:

“La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada”.

El criterio de oportunidad debe ser siempre impugnable por la víctima u ofendido. El principio de oportunidad tiene dos grandes vertientes. Por un lado se materializa en un esquema de política pública ministerial y, por otra parte, hace de la aplicación del Derecho Penal, una herramienta social generadora de bienestar.

Al hablar del principio de oportunidad como herramienta de política pública, nos referimos a él como una cuestión probatoria. El Agente del Ministerio Público decide -mediante el uso de todas sus herramientas teóricas y analíticas- si el caudal probatorio del que dispone podrá

conducir, verosímilmente, a una condena en tribunales. En la exposición de motivos del *Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango*, se explica con precisión el objeto y fin de criterio de oportunidad:

“La aplicación irrestricta del principio de oficiosidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público, pero que las autoridades se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos elevados en asuntos que no lo ameritan. En virtud de ello, es que se faculta al Ministerio Público aplicar los criterios de oportunidad, que le permitan administrar los recursos disponibles de persecución y aplicarlos a los delitos que más ofenden y lesionan a los bienes jurídicos de superior entidad. El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable”.

Podemos imaginar una gran cantidad de supuestos que, referidos a cuestiones probatorias, podrían llevar a un Fiscal a determinar que no es procedente ejercer la acción penal. Pensemos en una denuncia por robo a transeúnte, en que la media filiación proporcionada por la víctima coincida con la de varios miles de personas, mientras que la descripción de los hechos o la ausencia de evidencias no permiten siquiera comenzar una investigación. En estos casos, el Fiscal podría renunciar de plano a continuar con una investigación en tanto que no existan nuevos elementos.

Hoy en día, en muchas de nuestras agencias del Ministerio Público del fuero común, se busca cubrir una apariencia de legalidad procesal. La víctima acude una y otra vez, a rendir su declaración, a presentar testigos de preexistencia y propiedad -en el caso de robo-, y a solicitar informes de su asunto que pocas veces obtiene de forma clara, objetiva y oportuna. El Ministerio Público no le dice al ciudadano, con sinceridad, que no tiene elementos para desarrollar exitosamente una investigación y apuesta al cansancio de la víctima por el simple paso del tiempo.

Meses después, dictará una reserva de la investigación o un archivo, situación que generalmente podría preveer desde el día de la denuncia.

El ciudadano valora más una actitud honesta que le evite pérdida de tiempo. Desestimar tempranamente el caso, sin tecnicismos legales que funden y motiven una reserva de la investigación, sino mediante un lenguaje empático se agradece más por la víctima. Es de mayor provecho hacerle saber que su denuncia es útil, pues sumada a otras, permitirá trazar estadísticamente un *modus operandi* y patrones de criminalidad en un lugar y por un delito específico. Para tal efecto, en algunos países se han creado *Unidades de Desestimación Temprana de Casos*. Se recomienda revisar el modelo que ha implementado la Fiscalía de Buenos Aires, en Argentina.

Otro ejemplo de aplicación del principio de oportunidad -o criterio de oportunidad, como lo denomina la Carta Magna- es que las pruebas testimoniales más relevantes para la teoría del caso de la fiscalía, descansaran en personas que carecieran de credibilidad -o en testigos de oídas-. De este modo, la defensa desacreditaría con demasiada facilidad los elementos probatorios que sirven como base de la acción penal.

La evidencia no debe ser nunca ignorada por el hecho de que exista una sospecha de su legalidad o su capacidad de generar convicción en el juzgador, pues el Fiscal deberá apreciarla de manera conjunta para saber si el caudal probatorio -con sus debilidades y fortalezas- podrá coadyuvar a generar un caso sólido.

Después de preguntarse si tiene evidencia suficiente y un posible imputado, el Ministerio Público deberá cuestionarse si perseguir el delito del que tuvo conocimiento es de interés público. En nuestra opinión, *The Code for Crown Prosecutors*, es un buen ejemplo de texto normativo que establece los principios generales de la actuación de los fiscales -o *public prosecutors*- en este caso, en Inglaterra. Es interesante el tratamiento que aquí se hace sobre el examen del concepto interés público, pues le proponen al fiscal dos listas: una que enuncia algunos factores a favor de perseguir el delito y otra algunos en contra. Se le invita pues, a que a la luz del caso concreto, balancee los elementos que vayan a favor y en contra de perseguir, conforme al interés público. No se trata de un análisis de aplicación exegética de supuestos, sino una invitación para una ponderación jurídica que incorpore principios,

normas y el caso concreto. Por ejemplo, si el delito se cometió en público, utilizando armas, con violencia, o en contra de personas especialmente vulnerables, evidentemente existe interés público en perseguirlo.

Imaginemos un accidente causado por un descuido auténtico -un estornudo en una vía rápida al conducir un automóvil es suficiente para poder provocar un accidente- que causa afortunadamente sólo daños menores en los bienes. ¿Realmente estamos interesados en que el agripado sujeto pase tres años en prisión? considero que la respuesta de cualquier sistema coherente sería que no. Pensemos en un abuso sexual cometido hace cinco años. Podría ser peor para la víctima -quien pudiera haber superado ya el suceso mediante ayuda psicológica- pasar por todo un proceso penal y enfrentarse de nuevo a su agresor. Estaríamos tal vez frente a un caso de doble victimización. La decisión de avanzar penalmente, en todo caso, debería ser motivada e impulsada por la víctima.

La lógica detrás del interés público se refiere a un cálculo entre beneficios contra costos. Si los primeros son mayores que los segundos, deberá ejercerse la acción penal, en caso contrario, deberá abstenerse.

Para conceptualizar el principio de oportunidad, citamos la disposición correspondiente del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango:

Artículo 94.- Principios de legalidad procesal y oportunidad.

El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley. No obstante lo anterior, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

- I. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él;
- II. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena; y

- III. La pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro fuero.

El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las pautas descritas en cada caso individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable.

### **3.3 Principio de presunción de inocencia**

Este principio es uno de los pilares de un estado democrático de derecho. Si bien antes se desprendía de interpretaciones jurisprudenciales, ahora encuentra expresamente su carta de naturalización constitucional en la fracción I del apartado B (que establece los derechos de los inculpados) del artículo 20 de la Carta Magna:

- I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Dicho principio podría enunciarse de la siguiente manera: toda persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Cualquiera estaría de acuerdo con esta afirmación. Los debates realmente interesantes -como suele ocurrir- se encuentran en los tonos grises, es decir, en aquellas zonas donde la presunción de inocencia parece chocar, por ejemplo, con los medios eficaces para combatir el fenómeno delictivo.

Del mismo principio se deduce la obligación del estado de sólo restringir las libertades del individuo en los límites estrictamente necesarios para asegurar:

- a) el desarrollo eficiente de las investigaciones y
- b) que no se eluda la acción de la justicia.



De esta manera -tal y como lo dispone el nuevo texto constitucional- la prisión preventiva será la excepción y nunca la regla.

La segunda consecuencia de la presunción de inocencia, vista desde una perspectiva más práctica, es establecer cantidades mínimas de fortaleza probatoria. El fiscal debe concentrar su argumentación en los elementos de prueba que más aporten a su acusación y que le permitan soportar su acusación. No se trata de presentar el mayor número de pruebas, sino de concentrarse en las de mayor calidad. Este principio le ordena al juez un alto grado de convicción al respecto de la culpabilidad del acusado, más allá de una duda razonable. Para ello, bastan las pruebas más sólidas.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Ricardo Canese vs. Paraguay, hace un interesante recorrido por varios elementos que se refieren a la presunción de inocencia:

**“153.** La Corte ha señalado que el artículo 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla. [...]

**154.** La Corte considera que el derecho a la presunción de inocencia es un electo elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, y a que el onus probandi corresponde a quien acusa.

**162.** Por otra parte, en cuanto a la restricción para salir del país, la Corte ha indicado que dicha restricción puede constituirse en un sustituto de la pena privativa de la libertad si se continúa aplicando cuando ha dejado de cumplir su función de aseguramiento procesal. En el presente caso, ha quedado establecido, de conformidad con los parámetros anteriormente expuestos, que la restricción al derecho de circulación [...] devino innecesaria y desproporcionada para asegurar que aquel no eludiera su responsabilidad penal en el caso de ejecutarse la condena”.

La presunción de inocencia implica que el ciudadano del que se presume su participación en un delito sea tratado como inocente. Eso significa y se materializa con el respeto a diversos derechos del inculpado:

- Derecho a declarar o a guardar silencio.
- Derecho a saber, desde el momento de su detención, los motivos de la misma.
- Derecho a que se le informe, desde el momento de su detención, que tiene derecho a guardar silencio.
- Derecho a que su silencio no sea utilizado en su perjuicio.
- Derecho a no ser incomunicado.
- Derecho a no ser intimidado o torturado.
- Derecho ser asistido por un defensor técnico y a que éste comparezca en todos los actos del proceso.
- Derecho a que se le informen el momento de su detención y en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten.
- Derecho a ofrecer testigos y pruebas y a que se le auxilie para ello.
- Derecho a que se le proporcionen todos los datos que requiera para su defensa y consten en el proceso.

Esto significa, por ejemplo, que el Ministerio Público debe informar al inculpado sobre sus derechos, además de proporcionarle la información que le solicite y conste en el proceso, admitir todos los elementos de prueba que ofrezca en su defensa y fundamentalmente, que no presente al inculpado como culpable frente a los medios de comunicación. De hecho, recordemos que la etapa de investigación está reservada a terceros pero abierta a las partes.

La presunción de inocencia significa, asimismo, que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público. Así lo dispone el nuevo artículo 20 constitucional, la fracción V de su apartado A:

- V. La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal. Las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.



### 3.4 Principio de proporcionalidad

*Prima facie*, la proporcionalidad es un dispositivo que impacta al legislador. Es decir, le imprime la obligación de que las sanciones guarden una relación con la ofensa cometida por el acusado. También le aporta una carga de coherencia axiológica, por lo que se debe establecer una prelación de bienes jurídicamente tutelados. Una legislación que castiga con mayor rudeza un robo que una violación, parecería que no está cumpliendo con dicha obligación.

Así, se antoja imprescindible que las normas jurídico penales reflejen, mediante esta gradación en las normas, los principios más básicos de moralidad y justicia de una comunidad determinada.

El Fiscal deberá introducir el principio a su esquema de pensamiento y consecuentemente deberá aplicarlo a lo largo de todo el procedimiento penal. Reflexionemos en la etapa preliminar y en la de audiencia de juicio oral. La primera librada ante el juez de control, a quien pedirá la sujeción a proceso y la aplicación de medidas precautorias, en ella, el Fiscal no deberá pedir medidas exageradas esperando que el juez le conceda alguna menor, para caer así en un “justo medio”. Actitudes como ésta pervierten el sistema y contradicen la lógica de la proporcionalidad. El Ministerio Público deberá pedir al juez aquellas medidas precautorias que considere acordes al delito imputado, la peligrosidad del acusado y la verosímil posibilidad de que la investigación se vea truncada. En la segunda etapa, el Ministerio Público solicitará la aplicación de una pena proporcional a la gravedad de la conducta.

## IV. LOS ACTORES DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL Y EL MINISTERIO PÚBLICO

Meditar en torno a una institución siempre implica comprender un sistema donde los actores se relacionan unos con otros. Comprender el concurso de las facultades de los actores del procedimiento penal y su articulación, es la única manera de hacer un estudio integral. El presente

apartado pretende encontrar esas relaciones. Intenta, colocando en el centro la pieza del Fiscal, completar un rompecabezas que muestre los nuevos acomodos y balances de todo el sistema.

#### 4.1 Los peritos y el Ministerio Público

La tendencia en un sistema acusatorio moderno está orientada hacia una mayor autonomía de los servicios periciales respecto del Ministerio Público. La razón radica en el principio de contradicción y la igualdad procesal entre la acusación y la defensa. Existen varios modelos para alcanzarlo:

- a) **Los servicios periciales privados.** Se trata de profesionistas que de forma independiente o bien trabajando en laboratorios o universidades, elaboran estudios criminalísticos sobre elementos o datos de prueba. Para tal efecto, son contratados por el fiscal o la defensa. Este tipo de expertos no participa ni en la escena del delito ni en la investigación del mismo. Es un modelo común en Argentina o Chile.
- b) **Los servicios periciales públicos autónomos, o al menos descentralizados o desconcentrados respecto del Ministerio Público.** Se trata de dotar de autonomía jurídica y presupuestal a los servicios periciales, mediante figuras organizativas propias del Derecho Administrativo. Esta figura podría ser de utilidad en México, constituyéndose en un buen primer paso para dotar de mayor independencia funcional a los servicios periciales.
- c) **Los servicios periciales adscritos a los cuerpos de policía.** Bajo este tipo de organización funcionan las policías de España, Inglaterra o Estados Unidos. En un futuro, este sería el esquema ideal de organización en México.

El Ministerio Público tiene la obligación de cerciorarse del correcto manejo de los indicios, huellas o vestigios del hecho delictivo, y debe llevar un registro de la cadena de custodia correspondiente. En caso de cualquier anomalía en el resguardo de la evidencia, los peritos tendrán la obligación de informar al Fiscal, quien tomará las previsiones necesarias para estos efectos. Como conductor jurídico de la investigación, el Ministerio Público podrá ordenar los estudios periciales que le sean de utilidad para comprobar su teoría del caso en la audiencia de juicio.

Los estudios periciales serán introducidos a juicio de forma oral, mediante el interrogatorio que el Ministerio Público efectuará al perito, quien comparece rindiendo testimonio de la aplicación de su pericia a una evidencia o elemento de prueba. Esto implica que el Ministerio Público estudie y analice las mejores preguntas que para tal efecto deberá formular al perito. Es deseable, en consecuencia, que el Ministerio Público cuente con un mínimo de conocimientos generales sobre criminalística así como con un estudio y preparación previa sobre el tipo de pericia criminalística que presentará el perito que ofreció como testigo experto y al cual interrogará. Esta es, pues, una competencia profesional más que tendrán que desarrollar los fiscales en el sistema acusatorio.

Así pues, el fiscal primero deberá acreditar al perito cuestionándole sobre su experiencia, sus conocimientos en la materia y su actualización en la misma. Posteriormente, con sus preguntas conducirá al perito para que éste explique el resultado de su estudio. Para tal efecto, podrá utilizarse material de apoyo, como audio, video, presentaciones en computadora, etcétera. Asimismo, el Ministerio Público podrá contar con el auxilio de un consultor técnico, generalmente otro perito, que le asesora sobre las mejores preguntas a formular a quien elaboró el dictamen y que comparece en calidad de testigo experto.

## **4.2 La víctima o el ofendido y el Ministerio Público**

El Ministerio Público deberá tener presente, en todo momento, que la víctima u ofendido es el principal usuario del servicio público de procuración de justicia. La víctima o el ofendido tendrán en todo momento, el derecho de aportar pruebas o solicitar el desahogo de diligencias. El Ministerio Público soportará la obligación de fundar y motivar su resolución siempre que considere que no es procedente integrarlas a la investigación u ordenar las diligencias solicitadas. Sobra decir que el juicio de amparo podrá resolver en definitiva la actuación del Fiscal y, a golpe de jurisprudencia o de legislación secundaria, se materializarán los supuestos específicos de impugnación de una negativa del Ministerio Público.

Durante la fase de investigación, tendrán derecho la víctima o el ofendido a pedir que se tomen las medidas necesarias para proteger sus bienes o derechos contra todo acto de intimidación cuando verosímilmente puedan

ser afectados por los probables responsables o por terceros relacionados con el inculpado. También podrá impugnar ante el Procurador General de la República, las acciones u omisiones del Fiscal durante la investigación, así como las resoluciones relativas a la reserva, el no ejercicio de la acción penal o la suspensión del procedimiento.

Aunque la facultad de ordenar la protección a los testigos, víctimas u ofendidos está conferida al juez, el Ministerio Público estará siempre en posición de solicitar dicha determinación. Lo anterior cobra relevancia en una coyuntura en la que, es el fiscal, quien tiene información de mayor calidad, para saber en qué supuestos es necesario que las autoridades protejan a dichos actores, principalmente, para asegurar su integridad y en segundo término, para proteger el desarrollo de la investigación.

### **4.3. El inculpado y el Ministerio Público**

Una de las principales novedades de la Reforma Constitucional al sistema de justicia penal fue introducir -expresamente- el principio de presunción de inocencia. Baste subrayar ahora que la principal obligación de un Ministerio Público frente a un inculpado, en el marco de un sistema penal acusatorio, es respetar su presunción de inocencia. Esto implica tratar como tal al imputado. La acusación formal contra el imputado será en la audiencia de vinculación a proceso frente a un juez de control y no frente a los medios de comunicación al momento de la detención. No basta con el calificativo de “presunto responsable” utilizado por un Ministerio Público -o peor aún, por la Policía- al presentar a un detenido frente a los medios de comunicación para respetar el principio de presunción de inocencia. Con frecuencia vemos a detenidos acusados de diversos delitos frente a los medios de comunicación, quienes a pregunta expresa (de la policía o el Ministerio Público), en ausencia del juez y del defensor, frente a un micrófono o grabadora de los medios de comunicación presentan su rostro, dan su nombre -o apodo- y “confiesan” su participación en determinado delito. Esto no significa que las autoridades no puedan informar sobre una detención sino que al hacerlo, se debe tener el debido cuidado procurando no declarar nombres, datos que revelen la identidad o inclusive el rostro del o los inculpados. A propósito de lo anterior, la confesión rendida sin presencia del defensor será una prueba ilícita y carecerá de valor probatorio.

Otro de los dispositivos característicos de los sistemas acusatorios consiste en romper con la secrecía de la acusación que priva en los sistemas mixtos inquisitivos. Por ello, la Carta Magna dispone ahora que “el imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibirsele declaración o entrevistarlo.

El respeto del Ministerio Público y el juez hacia el imputado, -siguiendo el pensamiento de Luigi Ferrajoli-, es sinónimo de la asimetría que existe entre el Derecho y la violencia como instrumentos para dirimir los conflictos. La violencia institucional deslegitima al Derecho. El Ministerio Público debe estar consciente de que es falible y puede equivocarse. Actuar con arrogancia y prepotencia no ayuda a generar confianza ciudadana.

#### **4.4 El juez y el Ministerio Público**

Los jueces serán protagonistas fundamentales en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio. El Ministerio Público deberá aprender a interactuar con jueces y funciones jurisdiccionales distintas a las que ha estado acostumbrado: jueces de control, de audiencia de juicio y de ejecución de sentencias, por ejemplo. Ante los de control, los agentes del Ministerio Público podrán solicitar medidas cautelares reales y personales. En este orden de ideas, podrán pedir el arraigo domiciliario del indiciado hasta por el lapso de cuarenta días, siempre y cuando se trate de delitos graves y el fiscal compruebe que la medida se requiera para el éxito de la investigación o para evitar que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia. En favor del afectado, existirá siempre la posibilidad de solicitar al juez que cese el arraigo, cuando hayan cambiado las circunstancias que dieron origen a la aplicación de la medida.

También el Ministerio Público podrá solicitar al juez de control que gire la orden de que el indiciado se encuentre impedido para abandonar alguna demarcación geográfica, siempre y cuando la medida sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de las personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia. Será el Ministerio Público quien, mediante cualquier medio tecnológico (pulseras electrónicas, sistemas

de geo posicionamiento satelital, prohibición de abandonar una demarcación o retiro de pasaportes, por ejemplo), podrá vigilar que el mandato judicial sea debidamente cumplido.

Por otro lado, las comunicaciones privadas podrán ser admitidas en juicio ante la confluencia de supuestos muy específicos -que hayan sido aportadas por las partes habiendo participado en ellas u obtenidas con el apoyo de la autoridad y bajo el control judicial establecido- y será el Ministerio Público el primer tamiz, es decir, quien tendrá la obligación de determinar la admisibilidad de dichas pruebas a la investigación y su inclusión a juicio. El Fiscal deberá abstenerse de presentar pruebas que serán desechadas en el proceso, pensando siempre que los jueces se sienten ofendidos por la ilicitud y que, lo mejor para su causa, será siempre presentar el caso con probidad y apego a derecho.

El juez podrá negar la libertad provisional tratándose de delitos no graves, siempre y cuando el Fiscal acredite que el autor haya sido condenado con anterioridad por un delito grave o cuando se aporten elementos que permitan establecer que la libertad del inculpado podría representar un riesgo para la víctima o la sociedad en su conjunto.

La nueva legislación establece también la facultad del Fiscal, de ordenar por escrito -bajo su completa responsabilidad- la detención de una persona cuando se trate de casos urgentes. Tendrá por supuesto la obligación de fundar y motivar las razones por las cuales considera que los indicios apuntan a que alguna persona intervino en la comisión de alguno de los delitos calificados como graves y que existe un riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia y además que, por motivo de las circunstancias -hora, lugar, etcétera- no puede acudir al juez a solicitar la orden de aprehensión. El Fiscal deberá ser muy cuidadoso al hacer uso de esta facultad, pues una detención mal fundada o motivada en hechos dudosos podría, en el marco del control constitucional, llevar al fracaso la persecución del hecho delictivo y, eventualmente, le podría significar responsabilidades administrativas e inclusive penales.

Por otra parte, por lo que se refiere a la relación entre el Ministerio Público y los jueces de audiencia de juicio oral, reiteramos las observaciones y comentarios formulados al referirnos a los principios del sistema acusatorio, que precisamente en la audiencia de juicio se manifiestan en toda su plenitud.

## 4.5 Las policías y el Ministerio Público

La relación entre la Policía y el Ministerio Público probablemente es la más complicada en los sistemas penales mixtos y acusatorios. Nos hemos referido ya, al origen constitucional del problema en México, origen que radica en la carencia de facultades claramente diferenciadas para unos y otros. No obstante, este problema no es exclusivo de México. En países como Inglaterra, donde existe una clara separación de funciones y atribución de competencias entre Policía y Ministerio Público, el tema a mejorar es el de la coordinación para ambas instancias. Por ello, en 2005, *Scotland Yard*, la famosa policía del área metropolitana de Londres y el Servicio de Fiscales de la Corona (*Crown Prosecution Service*) establecieron la *Emerald Operation*,<sup>7</sup> un programa para mejorar la coordinación entre ambas instancias bajo un mecanismo de *Management*, esto es, de gerencia y administración operativa de casos relevantes.

En México, las reformas a la legislación secundaria derivadas de la Reforma Constitucional ya han reorientado la asignación de funciones entre la Policía y el Ministerio Público. Esencialmente, se han aumentado las atribuciones en materia de investigación de la policía.

Tal como hemos anunciado, es el artículo 3 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, reformado en enero de 2009, el que reparte las facultades del procedimiento penal entre la Policía y el Ministerio Público. Dicho artículo subraya que “las policías actuarán bajo la conducción y el mando del Ministerio Público en la investigación de los delitos, en términos de lo dispuesto por el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y quedarán obligadas a...”. Curiosamente, el artículo describe como obligaciones de la policía lo que en realidad son facultades o atribuciones.

Las policías estarán obligadas a informar el estado de las denuncias que parezcan incompletas o que estén plagadas de información dudosa, dando así al Ministerio Público los datos pertinentes para desechar de plano o ejercer la acción penal. Las denuncias recibidas por las autoridades de la policía, deberán entonces recaudar un nivel probatorio mínimo que ayude al Fiscal a tomar las primeras decisiones alrededor de la investigación.

---

7 Puede consultarse un documento informativo en la siguiente dirección: [http://www.vslondon.org/publications/Operation%20Emerald\\_final.pdf](http://www.vslondon.org/publications/Operation%20Emerald_final.pdf).

El artículo citado establece además, como obligaciones de la policía, participar en la investigación de los delitos, en la detención de las personas y bienes, registrar la detención de inmediato y poner a disposición de las autoridades competentes, sin demora alguna, a las personas detenidas. Por otra parte, las policías deberán preservar el lugar de los hechos, solicitar a las autoridades informes y documentos a los que se pueda acceder para el desempeño de sus funciones y solicitar al Ministerio Público que requiera a las autoridades competentes los informes y documentos que requiera con fines de investigación.

Por otro lado, el artículo 113 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, impone al Ministerio Público la obligación de proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia, salvo que, por aplicar el principio de oportunidad decida no hacerlo. Tratándose de denuncias anónimas, aunque en condiciones procesales distintas, también podemos pensar en una aplicación del principio de oportunidad. En este caso, el Ministerio Público ordenará a la policía que investigue la veracidad de los datos aportados. Así, el Fiscal se vuelve un importante instrumentador de política pública al procurar que los recursos estatales dirigidos a la investigación del delito se utilicen de manera eficiente al establecer mínimos probatorios para determinar que es pertinente realizar una investigación.

Habíamos hablado ya de las facultades que tendrán las policías para preservar el lugar de los hechos cuando descubran en éste indicios, huellas, vestigios, los instrumentos, objetos o productos del delito. Debemos subrayar en este punto, que si bien todas las policías tendrán la obligación de preservar el lugar de los hechos, sólo las unidades especializadas de la policía en intervención en el lugar de los hechos podrán mediar en el procesamiento de las evidencias y elementos de prueba. El Ministerio Público tendrá la obligación de dejar registro en la investigación, tanto de la cadena de custodia como de los sucesos que pudieren haber interrumpido la cadena o afectado la evidencia. La policía entregará todo el caudal probatorio al Fiscal. Una vez que el Ministerio Público se entera de las primeras diligencias de la policía tiene la obligación de cerciorarse de su eficaz seguimiento, siempre con la intención de preservar los elementos probatorios.



## REFLEXIÓN FINAL

Uno de los puntos centrales al instrumentar la Reforma Penal será delimitar objetivamente qué corresponde a la policía y qué al Ministerio Público. No es un tema fácil. Como hemos analizado, la mayoría de los países que han adoptado o perfeccionado un sistema acusatorio se han enfrentado a este problema. Las policías que han pasado por esta transición han tenido que aprender a actuar con objetividad y responsabilidad, en absoluto respeto a los derechos humanos, sin depender de la autorización u orden del fiscal. La profesionalización, la capacitación permanente, el desarrollo de perfiles de puesto y el establecimiento de un servicio de carrera han contribuido a ello. Las Procuradurías por su parte, han tenido que dejar atrás el miedo de “quedarse sin dientes” al desprenderse de las policías directamente subordinadas bajo el mando de un Ministerio Público que “investiga”, para asumir plenamente una labor eminentemente jurídica, de dirección jurídica y estratégica de la investigación que realiza la policía y de análisis racional de la acusación. Es largo el camino que queda por recorrer y cada vez es menor el tiempo para hacerlo.



# EL “NUEVO” SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO: ALGUNOS COMENTARIOS

---

DR. JOSÉ ZARAGOZA HUERTA<sup>1\*</sup>

<sup>1\*</sup> Licenciado en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, España. Docente e investigador de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Cuerpo Académico Derecho Comparado (UANL). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (1) y Perfil PROMEP



## **SUMARIO**

**I.** Introducción; **II.** La Reforma Constitucional del año 2008;  
**III.** La trascendencia de la reforma. a) Derecho constitucional.  
b) Derecho penal. c) Derecho procesal. d) Política criminal.  
e) Derecho penitenciario. **IV.** Bibliografía.



## I. INTRODUCCIÓN

Todo Estado Social, Democrático de Derecho,<sup>1</sup> debe reconocer e instrumentar los mecanismos de convivencia y protección de los Derechos de las personas; presumimos, es el caso mexicano.<sup>2</sup> Precisamente, el Estado debe configurarse como el Garante protector de la sociedad, para ello resulta necesario que el mismo se provea de instrumentos que permitan llevar a cabo tal encomienda.

La herramienta aludida es el Derecho, que en palabras de Abouhamad Hobaica es: “el conjunto de normas que regulan la convivencia social”.<sup>3</sup> Lo que significa que el Estado solamente puede interferir en la esfera del gobernado a través del Derecho, de lo contrario estaríamos volviendo al periodo de los Estados absolutos o autoritarios, de funestes resultados.<sup>4</sup>

---

1 Con referencia al tema del Estado Democrático y de Derecho su crisis actual, *Vid.* De Vega García, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, VV. AA., Carbonell, M./Vázquez, R. (Coords.): *Estado constitucional y globalización*, México, 2006, pp. 135-169. Con una idea que entiende “al Estado Social y Democrático de Derecho”, como una cláusula institucional que trata de que el ejercicio de los derechos humanos sean unas utopías realizables, *Vid.* Núñez Torres, M.: “Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en VV. AA., Torres Estrada, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006, pp. 135-169.

2 Para la consecución de este fin, el Estado debe tener sus propias normas internas o bien, observar la normativa internacional que exista. En este sentido aludiendo a los medios de defensa nacionales, en otros, *Vid.* Burgoa Orihuela, I.: *El juicio de amparo*, 24ª ed., Porrúa, México, 2004, *passim*; Carpizo, J.: *Temas constitucionales*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003, p. 447; Fix Zamudio, H.: *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964, *passim*. Analizando la legislación internacional, *Vid.* Salgado Pasantes, H.: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en VV. AA., Fix Zamudio, H. (Coord.): *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, p. 160 y sigs.

3 *Cfr.* Abouhamad Hobaica, C.: *Anotaciones y comentarios de Derecho Romano I*, 4ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983, Tomo I, p. 18.

4 Con respecto a esta temática, *Vid.* Núñez Torres, M.: “La positividad de los Derechos Humanos”, en Zaragoza Huerta, J./Aguilera Portales, R./Núñez Torres, M. (Auts.): *Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea*, Lago ediciones, México, 2007, p. 23 y sigs; De Dienheim Barriguete, C. M.: *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Ad Hoc, Argentina, 2009, p. 18.

La actuación Estatal con interlocución del Derecho debe procurar establecer un orden justo, en otras palabras, debe ostentar como objetivo final que el valor de la Justicia impere en la sociedad<sup>5</sup> (aquella aludida por Ulpiano<sup>6</sup> -*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*-, y definida como: la constante y firme voluntad de dar siempre a cada uno lo que es suyo, y misma que, consideramos, en todo momento debe observar a quienes juzga).<sup>7</sup>

## II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL AÑO 2008

La relativamente reciente Reforma Constitucional del año 2008, denominada “Del Sistema Mexicano de Seguridad y Justicia”, responde necesariamente a la democratización institucional del Estado mexicano<sup>8</sup> así como a la adecuación de las normas a la realidad social, esto como resultado del “evidente” fracaso del vigente sistema penal nacional,<sup>9</sup> lo que podemos corroborar con datos estadísticos.<sup>10</sup>

Dos son los principios o virtudes<sup>11</sup> que se potencian con la reforma: la seguridad y la justicia. Elementos con los cuales el Estado mexicano procura proporcionar a cada uno lo suyo.<sup>12</sup>

---

5 No obstante, en opinión de Núñez Torres: “no resulta fácil señalar a la justicia como fin del Derecho y por consiguiente de las instituciones jurídico-políticas”, ello debido a la “polémica... entre el Derecho natural y el Derecho positivo”. Cfr. Núñez Torres, M.: La capacidad..., *op. cit.*, p. 91.

6 Al respecto, Vid. Núñez Torres, M.: *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa, 2006, pp. 96-97.

7 García Ramírez, retomando los preceptos de Radbruch señala que la justicia vendada es incongruente pues no permite la necesidad de entender al justiciable. Vid. García Ramírez, S.: “La justicia vendada es incongruente”, en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, núm. 11, 1970, p. 19.

8 El estado mexicano con esta reforma se integra al proceso de transformación donde se reafirma el ingreso a la vida cultural democrática tolerante ideológicamente y plural políticamente, Vid. García Domínguez, M. A.: “Diagnóstico del proceso penal mexicano”, en VV. AA., García Ramírez, S./Islas de González Mariscal, O./Vargas Casillas, L. A. (Coords.): *La reforma a la justicia penal*, UNAM, México, 2006, p. 89.

9 Moreno Hernández, M.: “Principio de *ultima ratio* o expansión del Derecho Penal”, en VV. AA., García Ramírez, S./Islas de González Mariscal, O./Vargas Casillas, L. A. (Coords.): *La reforma...*, *op. cit.*, p. 308 y sigs; particularmente, nota núm. 3.

10 Así, por ejemplo, menos de cinco de cada cien delitos denunciados reciben sentencia en México. Ahora bien, resulta más preocupante el hecho que, actualmente, existe una gran desconfianza por parte de la ciudadanía con respecto a las autoridades, ello debido a la intromisión de los grupos delincuenciales en el aparato de justicia estatal. Al respecto Vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México, 2008, p. 1.

11 En criterio de Rawls, y desde la óptica de la Teoría General del Estado Constitucional: “La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales”, cfr. Rawls, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, (Trad.): González, M. D. Madrid, 1979, p. 19. Críticamente a esta postura, Vid. Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Trad. Jiménez Redondo, M. Trotta, Madrid, 2001, p. 124 y sigs.

12 Al respecto, Vid. Núñez Torres, M.: La capacidad..., *op. cit.*, pp. 96-97.

Ahora bien, no podemos olvidarnos de otros principios que vienen a completar dicha pretensión Estatal. En efecto, aludimos: al bienestar común y la solidaridad;<sup>13</sup> lo que permitirá que el ciudadano se configure realmente como destino<sup>14</sup> de las instituciones jurídico-políticas del Estado Mexicano.

Así pues, con la Reforma Constitucional, pareciera que, en primera instancia, el Estado mexicano se aleja de aquella justicia retributiva,<sup>15</sup> y pretende impulsar una justicia que, con independencia de su terminología<sup>16</sup> (distinta,<sup>17</sup> alternativa<sup>18</sup> y/o restaurativa<sup>19</sup>), su esencia la encontramos en el derecho anglosajón con la denominada *alternative dispute resolution*; misma que demanda estar impregnada de racionalidad<sup>20</sup> y humanismo para las partes intervinientes.

### III. LA TRASCENDENCIA DE LA REFORMA

Comenzaremos señalando que la reforma se viene fraguando a partir del año 2006,<sup>21</sup> pero inicia su andadura en el año 2008;<sup>22</sup> no obstante, se tiene una *vacatio legis* de ocho años en materia penal y tres en el ámbito penitenciario para que se unifique toda la República mexicana.<sup>23</sup>

13 Sobre esta temática Vid. Aguilera Portales, R. E./Espino Tapia, D. R.: "Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social", en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, año 2006, pp.1-29.

14 En este orden de ideas Núñez Torres alude a un nuevo modelo de justicia, al señalar que: "Se trata de dos acepciones de justicia. La conmutativa que aparece como una exigencia de la individualidad en cada ser humano, y la justicia social, como impuesta por la llamada cuestión social". Añadiendo el autor citado que: "Este concepto de justicia, implica un rechazo al individualismo exacerbado que las tesis neoliberales propugnan". Cfr. Núñez Torres, M.: *La capacidad...*, op. cit., p. 95.

15 Vid. Neuman, E.: *La mediación penal y la justicia restaurativa*, Porrúa, México, 2005, p. 8.

16 Vid. Wilde, Z. D./Gaibrois, L. M.: *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1994, p. 1.

17 Vid. Pásara, L.: *En busca de una justicia distinta*, (Comp.), 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, *passim*.

18 Vid. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES: *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 2ª ed., Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008, p. 19.

19 Vid. Kemelmájer de Carlucci, A.: *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2004, *passim*.

20 En este sentido, Vid. Vázquez Esquivel, E.: "El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía" en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Año 1, núm. 2, 2ª Época, 2007, p. 46.

21 Vid. Carbonell, E. M./Ochoa Reza, E.: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* 3ª ed., Porrúa, 2008, p. 1.

22 En ella participaron en diversos foros todos los actores sociales (especialistas en la materia, ONGs, etc.), políticos y gubernamentales.

23 Vid. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA: *Reforma...*, op. cit., p. 30.

Esto significa que, por razón del Federalismo,<sup>24</sup> los Congresos de las Entidades Federativas deberán legislar a su interior para adecuar sus correspondientes normativas.

Toda esta actividad legislativa nos lleva a cuestionarnos: ¿Realmente representa un nuevo paradigma la reforma para la seguridad y justicia mexicana? Consideramos que, en forma general, sí. No obstante, diferimos de algún sector de la doctrina, que destaca que el gran aporte de la misma refiere a la forma del nuevo proceso propuesto en el Texto (oralidad), esto es, la introducción de los juicios orales, lo que señalaremos en párrafos siguientes.<sup>25</sup>

Si bien es cierto que el nuevo modelo destaca la oralidad, el gran aporte de la reforma es, en primer lugar, la potenciación de derechos y principios que, ya se contemplaban con anterioridad (pero no se cumplían), ahora deben ser garantizados para las partes intervinientes, en síntesis: “Dar vigencia plena a las garantías individuales y derechos humanos que consagra la Constitución y brindar la seguridad debida a personas y propiedades”.<sup>26</sup>

Otro aspecto trascendente de la reforma radica en la búsqueda de salidas alternativas, distantes al Derecho penal. Con ello, se evita acudir inmediatamente al mismo (*prima ratio*), para recurrir, exclusivamente, cuando no se haya llegado a un acuerdo entre las partes o bien por circunstancias de gravedad o interés social (*ultima ratio*).

Ahora bien, existen otros aspectos interesantes a señalar que conlleva la reforma, por tanto, pretendemos en este trabajo analizar la misma desde diversas disciplinas: Derecho Constitucional; Penal; Procesal; Criminal; Derecho Penitenciario y Derecho Comprado.

---

24 En este sentido. Vid. Eraña Sánchez, M.: “El principio federal y la defensa de la constitucionalidad en México”, en VV. AA., Torres Estrada, P. (Comp.): Neoconstitucionalismo..., *op. cit.*, pp. 68-72. Habremos de indicar que, paradójicamente, en el estado de Nuevo León se inicia esta reforma cuatro años antes, al respecto, Vid. García Herrera, C.: *Exposición de motivos de la reforma de justicia penal en el estado de Nuevo León*, (Comp.): Consejo de la Judicatura. Poder Judicial del estado de Nuevo León, México, 2006 *passim*; el mismo: *Exposición de motivos de la Reforma Constitucional y orgánica del sistema de justicia penal del estado de Nuevo León*, (Comp.): Consejo de la Judicatura. Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México, 2006 *passim*.

25 En este sentido, Vid. Iglesias, J.: *Derecho Romano*, 12ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1999, p. 22.

26 Cfr. CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA: Reforma..., *op. cit.*, p. 1.



## a) Derecho constitucional

La Carta Magna mexicana establece dentro del Título I, Capítulo I, un catálogo de derechos y garantías de orden personal, las cuales pueden dividirse en garantías de libertad, igualdad, seguridad jurídica y propiedad.<sup>27</sup>

Por cuanto nos ocupa, atenderemos a las garantías de seguridad jurídica que se encuentran consagradas en el máximo ordenamiento jurídico mexicano, destacándose que en las relaciones de los ciudadanos y el Estado debe imperar un absoluto respeto entre ambas partes. Dicho en otros términos, la autoridad solamente puede hacer lo que la ley le permite expresamente, por el contrario, el particular puede realizar todo aquello que no le esté prohibido.<sup>28</sup>

Estas prerrogativas constitucionales interactuarán con otras disciplinas para alcanzar el objetivo primario del Estado de Derecho mexicano, relativo a garantizar el respeto y la protección de los derechos de los individuos,<sup>29</sup> como veremos en líneas procedentes.

## b) Derecho penal

La convivencia social exige la protección de determinados bienes jurídicos que son de necesario respeto para su estabilidad. Cuando alguno de estos bienes es conculcado, da lugar a la manifestación del derecho-deber del Estado de aplicar al individuo una pena que se encuentra previamente establecida en el catálogo punitivo. Para ello, el derecho punitivo se completa con el proceso penal a través del cual se delimita y concreta la responsabilidad criminal del individuo actuante y la pena a aplicar. Todo ello demanda la presencia del actor del hecho delictivo, cosa que no es pacífica, salvo en la presentación voluntaria del inculcado y obliga a la aplicación de medidas restrictivas, pues acudir al Derecho penal es aludir de una u otra forma a la violencia.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> Vid. Quintana Roldán, C. F./Sabido Peniche, N. D.: *Derechos Humanos*, 4ª ed., Porrúa, 2006, p. 38 y sigs.

<sup>28</sup> Vid. Quintana Roldán, C. F./Sabido Peniche, N. D.: *Derechos...*, *op. cit.*, p. 41.

<sup>29</sup> Vid. Figuerelo Buerrieza, A.: "Significado y funciones del Derecho constitucional, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, 2003, p. 72.

<sup>30</sup> Así, manifestado por Muñoz Conde cuando expresa: "Hablar del Derecho penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son generalmente los casos de los que se ocupa el derecho penal (robo, asesinato, terrorismo, rebelión). Violenta es también la forma en que el Derecho penal soluciona estos casos (cárcel, internamientos psiquiátricos, suspensiones e inhabilitaciones de derechos)". Cfr. Muñoz Conde, F.: *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 25, p. 29; también recogido en: Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 29.

Así pues, el Derecho penal subjetivo<sup>31</sup> a través de la imposición de penas, se configura como la herramienta principal con la que el Estado puede interferir la esfera del gobernado y causarle una molestia en su persona.<sup>32</sup> El Estado en uso de su potestad punitiva (*ius puniendi*) debe imponer penas o medidas de seguridad ante la comisión de delitos, pero observando una serie de principios rectores que lo justifican, fundamentan y limitan,<sup>33</sup> evitando que se comenten los abusos existentes hasta finales del siglo XVIII.<sup>34</sup> La reforma, detenta una serie de ventajas dirigidas a diversos ámbitos jurídicos, todos concatenados con la temática de la seguridad y la justicia del nuevo sistema mexicano; sin embargo, en lo concerniente al ámbito punitivo se introducen instituciones que nos llevan a concebir la existencia de un doble tratamiento penal estatal frente a la delincuencia que pretende trastocar el Estado de derecho<sup>35</sup> (derecho penal del enemigo,<sup>36</sup> de dos velocidades<sup>37</sup> u ordinario y extraordinario<sup>38</sup>).

31 Seguimos lo manifestado por Mir Puig quien indica: "el Derecho penal suele entenderse en dos sentidos distintos, el objetivo y el subjetivo. En este sentido objetivo significa el conjunto de normas penales. Subjetivo -también llamado derecho a castigar o *ius puniendi*- es el Derecho que corresponde al Estado a crear y a aplicar el Derecho penal objetivo". Cfr. Mir Puig, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Julio César Faira-Editor, Argentina, 2005, p. 55. Luzón Peña críticamente señala, que con frecuencia, cuando se trata de formular un concepto de Derecho penal, se utiliza dicha expresión en diversos sentidos. Vid. Luzón Peña, D. M.: *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996, p. 9. Abordando esta temática, Vid. Mir Puig, S.: *Estado, pena y delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 3.

32 No entramos al debate de la autonomía o accesoriedad del Derecho penal, al respecto, Vid. Luzón Peña, D. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 71.

33 Sobre esta temática, ampliamente, Vid. Luzón Peña, D. M.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 77 y sigs.

34 Debemos recordar que la evolución de la penalidad ha tenido como rasgo de identidad los abusos que, desde la antigüedad, han existido para quienes cometían un pecado o trasgredían la Ley. Así, en las etapas de la venganza privada y pública se realizan atrocidades a la persona que trastoca el orden establecido. Vid. Melgoza Radillo, J.: *La prisión. Correctivos y alternativas*, Editorial Zarahemla, Morelia, 1993, p. 16 y sigs. Abusos no cuestionados sino hasta la llegada del pensamiento ilustrado que pugna por la humanización de las penas, surgiendo con ello, "un nuevo humanismo ilustrado, ofreciendo críticas y principios innovadores al régimen represivo de la época. Actualmente, la función del Derecho penal está vinculada de manera muy estrecha a las concepciones sobre su legitimidad. Vid. Bacigalupo Zapater, E.: "La función del Derecho penal y las teorías de la pena", en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir.): *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel editor, México, 2006, p. 21. Se trataba de la misma lucha. Terminar con la penalidad antigua y comenzar con la abolición de las nuevas ideas. El pensamiento del Marqués de Beccaria será determinante en el movimiento reformista de su tiempo, convulsionando el Derecho penal contemporáneo, e iniciando la reforma de las leyes penales en todos los países ilustrados". Al respecto, Figueroa Navarro, M. C.: "Bibliografía evaluada" en VV. AA., García Valdés, C.: (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Edisofer, Madrid, 1997, p. 11. Movimiento humanitario que a la fecha, ha dejado su impronta en la Carta Magna Mexicana; prueba de ello, es la multitudinaria Reforma Constitucional de seguridad y justicia del año 2008, donde se introducen institutos que garantizan la continuidad del pensamiento humanista e ilustrado, con referencia a esta materia, Vid. García Valdés, C.: "Una nota acerca del origen de la prisión", en VV. AA., García Valdés, C.: (Dir.): *Historia...*, *op. cit.*, p. 399.

35 Así lo ha sentido García Valdés quien luego de haber sido víctima cuando se desempeñaba como Director General de Instituciones Penitenciarias (España) señaló que la misma constituye una de las más grandes amenazas del Estado de Derecho contemporáneo, explicando que no es "sólo por la injustificada crueldad de las acciones mediante las que se exterioriza, ni por sus dolorosas e indiscriminadas consecuencias, o su desesperante reiteración, sino también, y fundamentalmente, porque es finalidad esencial de los grupos y bandas terroristas -a la que dirigen su probada capacidad delictiva- la consecución de un efecto de indudable mayor trascendencia: la subversión de ese modelo de Estado democrático de Derecho". Cfr. García Valdés, C.: *Derecho penitenciario (Escritos, 1982-1989)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 213. Sobre esta temática, Vid. Barba Álvarez, R.: "La criminología en el estudio de la delincuencia organizada", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001, pp. 627-652.

36 Vid. Jakobs, G./Meliá, C.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006, *passim*.

37 Al respecto, Vid. Silva Sánchez, J. M.: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001, p. 91.

38 García Ramírez, S.: *La Reforma Penal Constitucional*, Porrúa, 2009, p. 52.

### c) Derecho procesal

Las relaciones de una comunidad social (particularmente, con la incidencia de la globalización) requieren un desenvolvimiento donde el imperio de la ley y la razón se configuren como la piedra angular, pues de lo contrario, la subsistencia de la irracional ley del más fuerte, así como la actuación ciudadana por hacerse justicia por su propia mano, se configurarían como la forma de solventar las controversias que surgieran en el seno social, impidiendo el acceso a la justicia,<sup>39</sup> misma que debe ser garantizada por el Estado a través de tres institutos jurídicos indispensables:<sup>40</sup> jurisdicción (Poder Judicial), acción (Derecho a la tutela judicial) y proceso (instrumento único para el ejercicio de la potestad jurisdiccional).<sup>41</sup>

Existe una actuación concatenada que somete a diversos actores;<sup>42</sup> así, por ejemplo, se establece una organización de funcionarios públicos encargados de resolver conflictos jurídicos y de imponer su resolución por la fuerza; asimismo, se reconoce, a favor de los sujetos enfrentados en un litigio, la posibilidad de acceder a funcionarios judiciales para trasladarles sus conflictos y obtener de ellos una resolución y, finalmente, se garantiza un instrumento que permita a aquellos funcionarios conocer los términos del conflicto que hayan de resolver para que en caso de existir versiones contradictorias por parte de los contendientes pueda determinar cuáles de los términos han de considerarse acreditados como ciertos.<sup>43</sup> A continuación comentaremos algunos de los aspectos más importantes que inciden en el nuevo proceso penal:<sup>44</sup>

#### 1. Instauración de juicios públicos y orales

El objetivo central de la reforma radica en evitar acudir al procedimiento jurisdiccional de manera inmediata, evitándose con ello saturar el sistema punitivo, se opta entonces por racionalizar al mismo recurriendo

39 Vid. Garberí Llobergat, J.: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2009, pp. 29-30.

40 Justicia que para Carnelutti debe ser satisfecha en todo caso, Vid. Carnelutti, F.: *Cómo se hace un proceso*, p. 113.

41 Al respecto, Vid. Garberí Llobergat, J.: *Constitución...*, *op. cit.*, p. 30 y sigs.

42 Vid. Carnelutti, F.: *Cómo...*, *op. cit.*, *passim*

43 Vid. Garberí Llobergat, J.: *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 30-31.

44 Comentando la importancia del proceso, Vid. Carnelutti, F.: *Cómo nace el Derecho*, Trad. Sentis Melendo, S./Ayerra Redín, M., Temis, Colombia, 2005, p. 58.

a la justicia alternativa, es decir, agotar otras instituciones que permitirán llevar a juicio solamente aquellos casos que por necesidad deban de ser ventilados, los cuales se realizarán en forma oral.<sup>45</sup>

Como hemos señalado con anterioridad, consideramos que la oralidad no es el gran aporte de la reforma sino el hecho de potenciar los diversos principios rectores y que se relacionan con la misma: a) contradicción; b) publicidad; c) concentración; d) inmediatez; pero además, hay que tener presente que la reforma introduce una nueva cultura jurídica que implica cambios trascendentales para los todos (inculpado, víctima u ofendido, operadores jurídicos, etc.).

## 2. Creación de un Juez de control

La inclusión en la normativa mexicana de la presente institución responde a principios democráticos<sup>46</sup> así como a criterios humanizadores, toda vez que el juez garantizará el respeto a los Derechos Humanos de las personas intervinientes en el procedimiento penal, así como a constatar que las actuaciones de las partes se realicen con apego a la legalidad, hasta antes del juicio.

Debemos poner de relieve dos funciones más que puede desempeñar el juez del control:

- a) Ordenar de manera inmediata, a solicitud del Ministerio Público, restricción de algunos derechos del inculpado con motivo de la investigación.
- b) Supervisar los convenios conciliatorios.

---

<sup>45</sup> Analizando esta materia, entre otros, *Vid.*, Herrera Aañez, W.: "El nuevo proceso penal desde la perspectiva constitucional", en VV.AA., *El nuevo sistema procesal penal*, Kipuus, Cochabamba, 2003, p. 9 y sigs; Casanueva Reguart, S. E.: *Juicio oral. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2007, *passim*; Uribe Nájera, M./Estrada Sánchez, S. P./Córdoba Rodríguez, L. P./Torres Alanís, N. D.: "Juicio oral en el procedimiento penal en el estado de Nuevo León", en VV.AA., Aguilera Portales, R./Zaragoza Huerta, J./Núñez Torres, M. (Comps.): *Derecho, ética y política a inicios del siglo XXI*, UANL, México, 2006, p. 437 y sigs., Arandia Guzmán, O.: *Juicio oral en el proceso penal*, 3ª ed, Bolivia, 2003, *passim*; Carbonell, E. M./Ochoa Reza, E.: ¿ Qué son..., *op. cit.*, *passim*. Las razones que permitieron que se optara por este modelo, las listamos a continuación: carencia de una auténtica etapa de juicio oral; excesivo formalismo; ausencia de un proceso adversarial; ausencia de una eficaz solución a los problemas de los ciudadanos y la criminalidad; carencia de operativa por la existencia excesiva de asuntos, ello originado, en buena medida, por el abuso de la prisión provisional. Críticamente a estos juicios, *Vid.* Valdéz Rodríguez, E.: "Problemática que enfrenta el procedimiento oral penal en el estado de Nuevo León, frente a la legislación federal", en VV.AA., Aguilera Portales, R./Zaragoza Huerta, J./Núñez Torres, M. (Comps.): *Derecho...*, *op. cit.*, p. 423 y sigs.

<sup>46</sup> En los Estados Democráticos como el mexicano, la actividad realizada por los Poderes gubernamentales a través de sus funcionarios debe ser vigilada por diversos mecanismos y sometida a medios de control. En este sentido, Figueruelo Burrieza señala: "en el moderno Estado de Derecho, es el juez y, en general la potestad jurisdiccional por él ejercida, la mejor garantía para la corrección y medida de los supuestos de delimitación de los derechos". *Vid.* Figueruelo Buerrieza, A.: *La ordenación constitucional de la justicia en España*, Colombia, 1999, p.13.

### **3. Solicitud del ejercicio de la acción penal sin intervención del Ministerio Público**

En casos de permisión legal las víctimas u ofendidos pueden acudir al juez para ejercer la acción penal, sin necesidad de iniciar una averiguación previa o investigación en una Agencia ministerial.

### **4. Fortalecimiento de la investigación del delito a cargo de la policía, bajo la condición jurídica del Ministerio Público**

La consecución de una investigación científica eficaz que arroje resultados necesarios tratándose de la persecución de los delitos, es ocupación de la reforma. Si con anterioridad existía una descoordinación en las actividades realizadas por la policía y la autoridad ministerial; ahora, se pretende clarificar las funciones de ambas instituciones, otorgando autonomía técnica y funcional a la policía durante la investigación de las conductas antijurídicas, bajo la dirección del Ministerio Público. Definitivamente, lo que se pretende durante el proceso penal es que se produzca la búsqueda de un equilibrio entre la eficacia de la persecución de los delitos y el necesario respeto de una serie de garantías constitucionales que permiten que la expresión de un <<juicio justo>> alcance su máxima consideración.<sup>47</sup>

### **5. Potenciación del principio de oportunidad del Ministerio Público**

Al amparo de este principio la representación social tiene la posibilidad de no iniciar o bien no continuar penalmente un asunto por carecer de interés público. Esto solamente podrá llevarse a cabo con base en determinados condicionamientos preexistentes como la baja peligrosidad por parte del sujeto activo del delito, así como la cuantía (menor) del ilícito penal; frente a estas circunstancias será posible renunciar a la vía penal optando por que se garantice y vigile en todo momento, la reparación del daño causado a la víctima, repercutiendo en evitar ventilar un proceso que resultaría más gravoso para las partes y para el Estado.

---

<sup>47</sup> Vid. Riano Brun, I.: *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008, p.13.

## 6. Protección de los derechos humanos de los inculpados

Un avance del nuevo Sistema de Justicia Mexicano que se introduce con la reforma es la protección “real” de los derechos humanos de los inculpados. Dicho objetivo se materializa mediante una serie de argumentos plasmados en la Ley, destacando entre otros:

- a) Se potencia el principio de presunción de inocencia y se elimina la denominada necesidad social que la justifica;<sup>48</sup> empero, en atención a los principios de un Estado Social y Democrático de Derecho como el mexicano, y cumpliendo, en este caso, el mandato constitucional reformado, las normas del régimen preventivo deberán estar precedidas por la idea de intervención mínima, en el sentido que se establezcan solamente las limitaciones estrictamente imprescindibles para cumplir el objetivo de que el individuo permanezca a disposición de la autoridad judicial que ha decretado el internamiento solo en los casos en los cuales resulte necesario.
- b) La defensa de un inculpadado será llevada a cabo por un profesional del Derecho, lo que garantiza que aquellas personas que carecen de una titulación en derecho pero con conocimientos prácticos de la ciencia jurídica se vean imposibilitadas a llevar a cabo la defensa, toda vez que anteriormente cualquier persona de la confianza del inculpadado podría realizarla ocasionando, en muchas ocasiones, complicar el asunto en disputa.

## 7. Ampliación de los derechos de la víctima u ofendido

Hemos señalado supra que el Estado mexicano se erige en la actualidad como un Estado social, democrático de derecho, siendo su principal postulado garantizar los derechos de los individuos.<sup>49</sup> Tales prerrogativas

<sup>48</sup> Vid. Carrara, F.: “Inmoralidad de la prisión provisional”, Trad. de Quintanar, M.: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1999, p. 8. En este orden de ideas, La prisión preventiva encuentra su justificación a través de un argumento razonable que permite legitimar el encarcelamiento precautorio, la misma se fundamenta en la necesidad de la pena, aquella a la que aludiera en su momento Beccaria; quien entendía que cuanto la pena fuese más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa sería, agregando, que siendo la privación de libertad una pena, no podía preceder a la sentencia sino en cuanto la necesidad lo exigiera. La cárcel es, pues, la simple custodia de un ciudadano, hasta que se los juzgue reo; y esa custodia, siendo esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y debe ser lo menos dura posible. Vid. Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. Tomás y Valiente T., Madrid, 1969, 3ª reimp. 1979, pp. 128-131. En términos similares, Vid. Asúa Batarrita, A.: “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, en VV.AA., Asúa Batarrita, A. (Coord.): *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990, p. 29. García Ramírez deja claramente plasmado el reproche que se hace a la prisión preventiva cuando indica que la prisión preventiva implica una paradoja de solución difícil, pues en este caso se sanciona para saber si se puede sancionar, se detiene para saber si se debe detener. Vid. García Ramírez, S.: *Manual de prisiones*, Porrúa, 2006, México, p. 524.

<sup>49</sup> Aludimos al modelo garantista propuesto por Ferrajoli, al respecto, Vid. Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trads. Ibáñez, P. A./ Ruíz, Miguel, A./ Bayón Mohino, J. C./ Tarradillos Basoco, J./ Cantarero Bandrés, R., Trotta, Madrid, 1995, pp. 851 y sigs. Sobre este tema, Vid. Barba Álvarez, R./ Gorjón Gómez, F. J.: “Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo vs Derecho Penal Simbólico en el Código Penal”, en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir.): *Estudios...*, op. cit., p. 501 y sigs.

se diversifican, atendiendo necesidades sanitarias, laborales, educativas, sociales, etc. La reforma plasma la voluntad del legislador por configurar al Estado mexicano como el garante del tema de la seguridad y justicia nacional, impulsando, particularmente en el proceso penal, el reconocimiento y la protección de los derechos humanos<sup>50</sup> (garantías individuales,<sup>51</sup> derechos fundamentales,<sup>52</sup> etc.), de las partes intervinientes. Aquí, el punto medular de la Reforma Constitucional federal se ocupa en igualdad de condiciones a los inculpados, víctimas u ofendidos.<sup>53</sup>

Si con anterioridad a la Reforma Constitucional se prestaba mayor atención al inculpadado relegándose a la víctima u ofendidos del delito, hoy se pretende atender en igualdad de condiciones a la víctima u ofendido. Para ello se conceden y amplían derechos previstos en las normas internacionales y que, de acuerdo a la Constitución General de la República deben reconocerse e instrumentarse al interior del Derecho nacional. Así entre estas prerrogativas encontramos:

1. "Solicitar directamente la reparación del daño, sin menoscabo de que el Ministerio Público pueda hacer lo propio.
2. Solicitar la revisión, por parte de un juez, de las acciones y omisiones del Ministerio Público, mediante un procedimiento ágil, que vigile que la investigación se desarrolle con puntualidad, certidumbre y eficacia.
3. Solicitar al juez que dicte medidas que ayuden a su protección, así como a la restitución de sus derechos. Esto, sin necesidad de esperar el final del juicio".<sup>54</sup>

## 8. Limitación al arraigo

Mucho se ha discutido con relación a la naturaleza del arraigo en México.<sup>55</sup> Al mismo se le había catalogado de inconstitucional por encontrarse ausente en la Carta Magna, lo que era contrario a las políticas públicas

50 Vid. Quintana Roldán, C. F./Sabido Peniche, N. D.: Derechos..., *op. cit.*, p. 37 y sigs.

51 Fix Fierro, analizando críticamente la naturaleza de las garantías individuales, no coincide plenamente con el de derechos humanos que es contemporáneamente más utilizado. No obstante, en criterio del autor tales derechos mínimos ahí previstos pueden ser ampliados a través de las propias constituciones estatales o bien por vía reglamentaria. Vid. Fix Fierro, H.: "Comentarios al artículo 1º constitucional". En VV. AA., *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo V, Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, pp. 7-8.

52 Abordando la distinción derechos humanos-derechos fundamentales, ampliamente, Vid. Zavala de Alba, L.: "Los derechos fundamentales ante el (neo) constitucionalismo, en VV. AA., Torres Estrada, P. (Comp.): Neoconstitucionalismo..., *op. cit.*, pp. 243-263.

53 En esta tesitura Vid. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: ABC del nuevo sistema..., *op. cit.*, pp. 25, 27.

54 Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: ABC del nuevo sistema..., *op. cit.*, p. 25.

55 Sobre esta materia, Vid. Ojeda Velázquez, J.: *Derecho constitucional penal*, México, Porrúa, 2005, Vol. 1, p. 275; Vázquez Esquivel, E.: *El poder...*, *op. cit.*, p. 46.

desarrolladas en las democracias modernas, como el caso mexicano.<sup>56</sup> Siguiendo estos postulados pareciera entonces, que todo lo que no se encuentre previsto en la Constitución Federal carece de reconocimiento jurídico, siendo esta la justificación de la reforma al señalar que resultaba necesario “constitucionalizar” la presente institución, esto es, si se prevé en el texto jurídico deja de ser inconstitucional, lo que consideramos erróneo (aquí encontramos la razón por la cual a la misma se le han realizado más de cuatrocientas cincuenta reformas desde su entrada en vigencia).

Consideramos que no es necesario que todo instituto jurídico deba estar insertado en el máximo ordenamiento jurídico mexicano. Esto lo han dejado claro los constitucionalistas que se han abocado al análisis de la Constitución de mínimos, quienes entienden que la misma debe contener simplemente las bases para que, por vía secundaria, se desarrollaren los postulados constitucionales.

La figura del arraigo introducido en la reforma, se encuentra impregnada de los fundamentos doctrinales que aluden al derecho penal del enemigo, pues ésta detenta los tres elementos que lo caracterizan.<sup>57</sup> Lo anterior se puede corroborar pues se limitan al máximo los derechos de los individuos catalogados como enemigos del Estado, pertenecientes a determinados grupos o bandas terroristas, delincuencia organizada o delincuentes altamente peligrosos, al negárseles el principio de presunción de inocencia para impulsar el de culpabilidad.

## 9. Proporción de las penas

El surgimiento del derecho penal moderno, humanista e ilustrado italiano<sup>58</sup> introdujo una serie de derechos entre los que ponemos de relieve, en esta ocasión, la proporcionalidad entre los delitos y las penas,<sup>59</sup> que generó “certidumbre” jurídica a finales del siglo XVIII. Debemos poner de relieve que, el Estado mexicano padece de incertidumbre jurídica toda vez que se carece de una normativa uniforme y, por el contrario, existe cualquier cantidad de textos punitivos

56 Tema de amplio dominio por parte de Prado Maillard quien destaca el interés del Estado mexicano por suscribirse al círculo de las democracias pluralistas en la década de los 80, *Vid.* Prado Maillard, J. L.: “La voluntad soberana en el ejercicio del poder”, en VV. AA., Cienfuegos Salgado, D./López Olvera, M. A. (Coords.): *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruíz*, UNAM, México, 2005, p. 205.

57 *Vid.* Jakobs, G./Meliá, C.: *Derecho...*, *op. cit.*, pp. 111-112.

58 En este sentido, *Vid.* García Valdés, C.: “Una nota acerca del origen de la prisión”, en VV. AA., García Valdés, C. (Dir.): *Historia...*, *op. cit.*, p. 399.

59 Con relación a esta materia, *Vid.*, ampliamente, Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. Tomás y Valiente, T., Madrid, 1969 (3ª reimp.), 1979, *passim*; García Ramírez, S.: *Estudios Jurídicos*, UNAM, México, 2000, p. 447 y sigs.



(para cada Entidad Federativa, Distrito Federal y en el ámbito federal) que generan una flagrante vulneración al principio de certeza jurídica y proporcionalidad, al asignarse a un tipo penal una penalidad que varía de una entidad a otra,<sup>60</sup> lo que resulta incomprensible e irracional.<sup>61</sup>

Si aplicamos el método histórico<sup>62</sup> veremos cómo a finales del siglo XVIII, con el surgimiento del pensamiento liberal, se “arranca a la potestad soberana”, las decisiones arbitrarias para pugnar por un reconocimiento equitativo entre delito y pena.

Actualmente, dicha institución procesal contiene elementos similares a los previstos siglos atrás; no obstante, consideramos, que ello no se ha cumplido plenamente, por existir una diversidad de textos penales.<sup>63</sup> Por lo que, la Reforma Constitucional pretende unificar los baremos de punibilidad para determinados tipos penales en todo el país mermando con ello la impunidad y flagrante injusticia.

## 10. Introducción de mecanismos de solución de controversias

La reforma hace gala de otra de sus innovaciones, la justicia alternativa. ¿Qué implica? La misma responde a criterios de utilitarismo y eficacia jurídica.<sup>64</sup> Finalmente, a la víctima u ofendido de “determinados delitos”, le interesa más ser resarcido en su menoscabo personal o económico, y evitar “tortuosos” procedimientos que propician la intervención de algunos actores del proceso penal que lo alargan y entorpecen.

---

60 Por ello es que en este ámbito como en otros, se han venido elevando las voces por unificar los cuerpos legales mexicano, en este orden de ideas, con referencia a la normativa penitenciaria nacional, *Vid. Zaragoza Huerta, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., Torres Estrada, P. R./Barceló Rojas, D. A. (Comps.): La reforma del Estado*, Porrúa, México, 2008, pp. 265 y sigs.

61 *Vid.*, al respecto, Vázquez Esquivel, E.: *El poder...*, *op. cit.*, p. 46.

62 Al respecto, *Vid. Gorjón Gómez, F. J./Sáenz, C.: Tesis doctorales en ciencias sociales*, Serrano Editorial, Cochabamba, 2005, p. 17; Ponce de León Armenta, L.: *Metodología del derecho*, Porrúa, México, 2006, p. 74 y sigs.

63 Así, por ejemplo, podemos señalar que en la República mexicana el delito de Bigamia se encuentra contemplado en algunos textos punitivos estatales (Michoacán, Aguascalientes) y en otros no se prevé (Nuevo León, Coahuila).

64 Frente al exceso de asuntos jurisdiccionales resulta indispensable introducir, además de los existentes, nuevos mecanismos (incluso existentes en otros tiempos pero adecuados a la realidad mexicana) que permitan potenciar la resolución de los conflictos entre particulares que se presenten ante las autoridades panameñas; por ello en el nuevo modelo de justicia mexicana se viene a consolidar una cultura de diálogo entre las partes intervinientes (victimario, víctima y sociedad), observándose a cabalidad el principio de *ultima ratio* penal y siguiéndose las modernas tendencias que muchos países han instrumentado en sus normativas y que han dado excelentes resultados.

Con estas alternativas de solución de conflictos jurídicos<sup>65</sup> se procura realmente que se alcance el ideal de justicia a través del diálogo y la voluntad de las partes, lo que conlleva a propiciar una nueva visión y concientización de la sociedad frente a este tipo de conductas tipificadas como delitos “menores”.

### **11. Suspensión del proceso bajo condición**

Sin duda que la presente institución se corresponde con los institutos análogos previstos en otros modelos de derecho comparado, y que potencian soluciones justas para las partes. Esto significa que podrá, hasta antes de continuarse con un largo proceso penal y, con posterioridad, dictarse sentencia, concluirse el mismo de acuerdo con las vías que para tales fines se contengan en las normas instrumentales (trabajo a favor de la comunidad, prohibición de trasladarse a un lugar determinado, etc.). Con lo anterior advertimos cómo el Estado mexicano se aleja paulatinamente, acudir *prima ratio* al derecho penal para dar paso a otras vías.

### **12. Suspensión del procedimiento ante el reconocimiento de participación en el delito**

El reconocimiento de la comisión de un delito por parte del inculpado es un derecho que se reconoce en la reforma, a no ser que se trate de una conducta flagrante, entonces podrá abreviarse el procedimiento, con las ventajas que la supresión del mismo conlleva (economía, tiempo, personal). No obstante, es potestad del inculpado, continuar el procedimiento si esa es su voluntad, ventilándose cada una de las etapas del mismo.

### **13. Explicación pública de las sentencias**

Con la presente acción, la reforma pretende dar fin al oscurantismo procesal que generaba complicaciones para las partes, el Estado y la ciudadanía,<sup>66</sup> pues los criterios con los cuales fundamentaba una sentencia el juzgador, en muchas ocasiones no eran precisados.

<sup>65</sup> Así, por ejemplo, un sector de la doctrina alude a medidas alternativas de solución de controversias o métodos alternativos de solución de controversias. Sobre esta materia, ampliamente, Vid. Gorgón Gómez, F. J./Steele Garza, J. G.: *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Oxford, México, 2008, *passim*; Pásara, L.: *En busca...*, *op. cit.*, *passim*; Neuman, E.: *La mediación...*, *op. cit.*, *passim* Gorgón Gómez, F. J.: *Mediación y arbitraje*, (Edit.): Porrúa, México, 2009, *passim*.

<sup>66</sup> En muchas ocasiones la ausencia de criterios objetivos y la presencia de elementos subjetivos en las sentencias, generaban que se cuestionara, la eficacia de las instituciones jurídicas mexicanas, la eficiencia de los operadores jurídicos y desconfianza en la ciudadanía.

Ahora, se exige al juez que en audiencia pública fundamente (razone) la sentencia con la cual pone fin al juicio, con independencia de cuál sea el fallo; se impulsa con ello el principio de certeza jurídica y quedan zanjadas las malas interpretaciones.

## **d) Política-criminal<sup>67</sup>**

### **1. Fortalecimiento del Sistema de Seguridad Nacional**

El tema de la seguridad nacional es una prioridad para todo Estado. Particularmente, en el caso mexicano, dicha necesidad surge como consecuencia de las demandas ciudadanas frente al incremento de la delincuencia común y organizada en el país.

Ante la ausencia de una eficaz política preventiva,<sup>68</sup> habrá que fortalecer las vías que hacen frente a la delincuencia y a la consecuente inseguridad. Ahora se pretende hacer lo que lustros atrás se ha venido señalando,<sup>69</sup> profesionalizar a los diversos cuerpos de seguridad en sus tres niveles y depurar las instituciones de seguridad, teniendo como eje rector de las funciones la “coordinación policial”, para ello se establecerán bases de datos que serán compartidas entre los tres niveles de gobierno e incluirán todo tipo de datos relativos con la actividad criminal y su prevención.

Así, pues, coordinar las acciones de los diversos cuerpos e instituciones policiales es el reto que se pretende salvar con la reforma, con el único objetivo de salvaguardar a la sociedad mexicana.

---

<sup>67</sup> Al respecto, entre otros, *Vid.* Moreno Hernández, M.: “Cuestiones actuales de política criminal”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999, p. 128; Romeo Casabona, C. M.: “La vinculación dogmática penal y política criminal”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999, p. 192.

<sup>68</sup> Aludimos a una prevención *lato sensu*, es decir, a políticas públicas estatales que se ocupan de manera integral en las necesidades de los diversos sectores sociales, al respecto, González-Aréchiga, B.: *Políticas públicas para el crecimiento y la consolidación democrática 2006-2012. Propuestas para la gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad y la igualdad de oportunidad*, (Coord.), Editorial del Tecnológico de Monterrey, México, 2006, *passim*.

<sup>69</sup> Así, por ejemplo, en la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados se prevé en los artículos 4 y 5 lo siguiente: Art. 4, “Para el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario, en la designación del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento se considerará la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos. Art. 5, “Los miembros del personal penitenciario quedan sujetos a la obligación de seguir, antes de la asunción de su cargo y durante el desempeño de éste, los cursos de formación y de actualización que se establezcan, así como de aprobar los exámenes de selección y permanencia que se implanten. Para ello, en los convenios se determinará la participación que en este punto habrá de tener el servicio de selección y formación de personal, dependiente de la Secretaría de Seguridad Pública”.

## 2. Impulso a la prevención del delito

La prevención del delito es la actividad que debe priorizar el Estado mexicano. Con ella, la represión y punición del mismo pasan a un segundo término.

El reto de la reforma es disminuir la actividad delictiva, para lo cual resulta indispensable acudir, en primer término, al auxilio de la criminología, ciencia que busca explicaciones al fenómeno de la criminalidad<sup>70</sup> y pretende instrumentar medidas tendentes a evitar o bien atenuar delitos.

La prevención delincencial podrá llevarse a cabo aplicando varios modelos<sup>71</sup> para alcanzar el mencionado objetivo, en primer lugar, desarrollar un modelo prestacional, que atienda a las necesidades sociales de los individuos, haciendo énfasis en los programas de vivienda, capacitación, empleo y prestando especial atención a los jóvenes; en segundo término, utilizar el modelo preventivo comunitario el cual fomenta la participación activa de los vecinos para la transformación de su propio barrio o zona de residencia; y finalmente, usar el modelo de seguridad urbana, que responde a las demandas sociales motivadas por un crecimiento descontrolado de las ciudades, que genera exclusión, marginidad y delincuencia.<sup>72</sup>

## 3. Destino de los bienes objeto de utilización por parte de la delincuencia organizada

La lucha contra la delincuencia organizada o terrorista no permite concesiones por parte del Estado, máxime si se tienen presentes sus objetivos, los que consisten en trastocar las instituciones públicas vigentes,<sup>73</sup> por ello, en la reforma se instrumentan mecanismos que permitan tener una eficaz política criminal que incida en la disminución de las actividades delincuenciales. El instrumento aludido es el procedimiento de extinción de dominio donde: “el juez podrá resolver que

---

70 Marchiori, analizando las principales razones de estudio de la prevención por parte de la criminología expresa: son muchas los motivos por los que la prevención es tema central de la criminología, así entre otros aspectos destaca: a) el incremento de una delincuencia agravada en las modalidades delictivas y aparición de nuevas formas de criminalidad; b) los daños ocasionados en las víctimas y en la sociedad; c) la impunidad de accionar de los delincuentes. Criminalidad organizada; d) la vulnerabilidad de las víctimas; e) los altos costos económicos y sociales que provoca la delincuencia; f) el colapso institucional policial y de administración de justicia; g) el fracaso del sistema penitenciario en la recuperación individual y social del delincuente; h) la carencia de una asistencia y ayuda a las víctimas de los delitos”. *Cfr.* Marchiori, H.: *Criminología. Teorías y pensamientos*, Porrúa, México, 2004, pp. 157-158.

71 Tomamos algunos de los modelos descritos por Marchiori. *Vid.* Marchiori, H.: *Criminología...*, *op. cit.*, p. 159.

72 *Vid.* Marchiori, H.: *Criminología...*, *op. cit.*, p. 159.

73 Al respecto, *Vid.* García Valdés, C.: *Derecho...*, *op. cit.*, p. 213.

los bienes económicos que hayan sido instrumento, objeto o producto de la delincuencia organizada, o que hayan sido utilizados para ocultar o mezclar bienes ilícitos -sin importar a nombre de quien estén-, pasen a ser propiedad del Estado y sean utilizados para financiar la lucha contra el crimen, así como servicios médicos y sociales”.<sup>74</sup>

## e) Derecho penitenciario

El derecho penitenciario también se ve impregnado por la reforma. Al ámbito prisional mexicano se establece una *vacatio legis* de tres años, a partir de su entrada en vigor, para introducir en las legislaciones estatales los cambios que en la normativa federal se introducen.

Queda claro que nos enfrentamos a un doble discurso punitivo, pues ahora quienes se encuentren expurgando una pena privativa de libertad serán aquellos individuos “etiquetados” como altamente peligrosos o pertenecientes a la delincuencia organizada o grupos terroristas, a quienes además, se les restringirán la totalidad de derechos, lo que contradice el nuevo fin primario de las instituciones penitenciaria del país, el relativo a la “reinserción social del interno”, mismo que tiene como destinatario aquella delincuencia catalogada de común, a la cual sólo se pretende reinsertar a la sociedad a través del trabajo, la instrucción, la educación, la salud y el deporte como medios para su consecución; pues baste destacar que no fue posible lograr la readaptación social del delincuente prevista como eje central del penitenciarismo mexicano hasta antes de la reforma del año 2008. Dentro de los cambios que se advierten destacamos:

### 1. Restricción de la prisión preventiva y beneficios penitenciarios

La restricción de la prisión provisional viene a potenciar el principio de presunción de inocencia, y queda solamente aplicable para aquellos casos en que las medidas preventivas no sean suficientes para garantizar la presencia del acusado a las Audiencias,<sup>75</sup> y dirigida, particularmente,

<sup>74</sup> Cfr. INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES: ABC del nuevo sistema..., *op. cit.*, p. 45.

<sup>75</sup> En la literatura jurídica española se utiliza para denominar esta institución, la expresión prisión preventiva. Así denominada en el Código penal, en el Código Penal Militar y en la Ley Orgánica General Penitenciaria. La Constitución y la Ley de Enjuiciamiento Criminal utilizan la de prisión provisional. No existe problema de fondo pues ambas titulaciones concretan un mismo instituto jurídico. Así, el término prisión preventiva tiene un sentido penitenciario, mientras el de prisión provisional se usa en el ámbito procesal. *Vid.*, acerca de esta cuestión, Morillas Cueva, L.: “Régimen de prisión preventiva”, en VV.AA., Cobo del Rosal, M. (Dir): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 1, Edersa, Madrid, 1986, p. 112.

para individuos o grupos de alta peligrosidad, considerados enemigos del Estado, con clara influencia del concepto doctrinal denominado Derecho penal del enemigo.<sup>76</sup>

Asimismo, la reforma pretende evitar el abuso de la prisión preventiva por parte de los juzgadores, lo que viene a beneficiar al Sistema Penitenciario mexicano pues incidirá en la disminución de internos preventivos en las cárceles mexicanas, reducirá las críticas “inmorales” que a la misma se han vertido<sup>77</sup> y reducirá los efectos nocivos para los internos,<sup>78</sup> la sobrepoblación<sup>79</sup> o hacinamiento,<sup>80</sup> la violencia<sup>81</sup> y la corrupción,<sup>82</sup> rasgos que en la actualidad identifican al penitenciarismo nacional.<sup>83</sup>

Cabe mencionar que la Reforma Constitucional de seguridad y justicia mexicana, al igual que aconteció en España, con la introducción de la “regresiva”<sup>84</sup> Ley Orgánica 7/2003 del 30 de junio en el ámbito penal y de la

---

76 Consideramos, como hemos señalado con anterioridad, que el Estado mexicano se decanta por aplicar la corriente doctrinal del Derecho penal del enemigo y alejarse del derecho penal del ciudadano. Sobre esta materia, entre otros, Vid. Jakobs, G./Meliá, C.: Derecho..., *op. cit.*, *passim*; Feijóo Sánchez, B.: “El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho”, en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir.): Estudios..., *op. cit.*, pp. 389-427.

77 En este sentido, el Maestro de Pisa, Carrara, quien hablara de la inmoralidad de la prisión provisional, señalaba: todos reconocen que la privación de libertad de los imputados antes de su condena es una injusticia, porque por sospechas falaces demasiadas veces llega el tormento a las familias, y se priva de libertad a ciudadanos frecuentemente honestísimos, y de los cuales el 60% al final del proceso o del término del juicio son posteriormente declarados inocentes. Y críticamente añade, respecto a la justificación de la prisión provisional, que la misma es una injusticia necesaria, por lo cual la custodia preventiva ha debido admitirse por las leyes penales para justificar el proceso escrito, alcanzar la verdad, necesaria para la seguridad y alcanzar la pena. Vid. Carrara, F.: Inmoralidad de la prisión provisional..., *op. cit.*, pp. 7-8.

78 No obstante, como recoge Landrove, se debe tener presente que la prisión provisional a la que se somete a un individuo causa serios daños en su personalidad, ya que la institución citada genera una serie de inconveniencias consistentes en: a) La prisión preventiva no permite llevar a cabo una función resocializadora; b) la prisión preventiva supone un grave riesgo de contagio criminal, habida cuenta de que el preventivo convive con los ya condenados o al menos en idénticas condiciones; c) la prisión preventiva aumenta innecesariamente la población reclusa, con las negativas consecuencias de hacinamiento, aumento del coste de las instalaciones, necesidad de un mayor número de funcionarios, etc.; d) La prisión preventiva es estigmatizante tanto para el individuo como para la sociedad. Vid. Landrove Díaz, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. VII, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984. p. 286.

79 Carranza, E. *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Propuestas posibles*, (Coord.), Siglo XXI editores, México, 2001, *passim*.

80 Vid. Espinoza Grimalt, H.: “La externalización de servicios penitenciarios”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002, p. 30.

81 Vid. Pérez Perdomo, R./Rosales, E.: “La violencia en el espacio carcelario venezolano”, en *Revista de Derecho Penal y criminología*, 2ª Época, núm. 3, 1999, p.298.

82 Vid., entre otros, Ojeda Velázquez, J.: *Derecho de ejecución de penas*, Porrúa, México, 1984, p. 202; en el mismo sentido, González Bustamante, J. J. “Cómo es la nueva penitenciaría de México”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XIII, 1990, p. 488.

83 Al respecto, Vid. Zaragoza Huerta, J.: “El sistema penitenciario español como referente obligado por los modelos mexicanos e iberoamericanos”, en VV. AA., Figueruelo Buerrieza, Á./Gorjón Gómez, F. J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Granada, 2008, p. 293-294.

84 Al respecto, Vid. Sanz Delgado, E.: “La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?” en, *Revista de Derecho y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004, pp. 195-211. Sobre este punto, entre otros, Vid. Renart García, F.: *La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003, *passim*; PARÉS GALLÉS, R.: Ejecución de penas y medidas, en VV. AA., Mir Puig, S./ Corcoy Bidasolo, M. (Dirs): *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código penal español*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006, p. 131 y, sigs.

ejecución penal dirigida a grupos, bandas terroristas y elementos de alta peligrosidad,<sup>85</sup> introduce acciones como el cumplimiento íntegro de las penas, la no concesión de beneficios penitenciarios, etc., en definitiva, la custodia de los reclusos,<sup>86</sup> en la cual se pretende encapsular a quienes pretenden trastocar las instituciones gubernamentales y atentar contra los bienes jurídicos relevantes.<sup>87</sup>

## 2. Creación de Juez de ejecución de sentencias

La Judicialización penitenciaria mexicana,<sup>88</sup> es decir, la introducción del garante de la ejecución penitenciaria responde, entre otras razones: a la previsión jurídica en otros modelos penitenciarios de occidente,<sup>89</sup> a las demandas realizadas por parte de la doctrina penitenciaria mexicana,<sup>90</sup> a las exigencias plasmadas en los instrumentos normativos

85 Analizando la Reforma Penal española del año 2003, *Vid.* Cerezo Mir, J.: "Los fines de la pena en el Código penal después de las reformas de 2003", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2005, pp. 13-30.

86 En este sentido, *Vid.* Muñoz Conde, F.: "Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuación del condenado", en VV. AA, De León Villalba, F. J. (Coord.): *Derecho y prisiones hoy*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 13.

87 Analizando la existencia de prisiones de máxima seguridad mexicanas García Ramírez las describe señalando que éstas son intimidantes para abrumar al delincuente; son herméticas para retenerlo; son intransitables para aislarlo; agregando el citado autor que no hay mejor ensayo de una cápsula que una prisión de seguridad máxima; el preso se halla en una campana, circunscrito y observado; no hay voz que escuche, ni paisaje que contemple, ni visita que reciba, ni palabras que lea, ni sueño que tenga, ni trabajo que emprenda, ni amor que lo aliente, ni odio que lo agite, fuera del control del otro cerebro: el cerebro de la vigilancia, que compite con el del criminal y lo vence; finaliza el citado autor con reflexiones tales como, "si no se mata al infractor, se congela su vida, atrapada en cada filamento. Si no se le destierra país afuera se le destierra país adentro". *Vid.* García Ramírez, S.: *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil y de Readaptación Social, México, 1996, p. 188.

88 Al respecto *Vid.*, entre otros, Gómez Piedra, R.: *La judicialización penitenciaria en México*, México, 2006, *passim*; Zaragoza Huerta, J./Barba Álvarez, R./Prado Maillard, J. L./Carreto Guadarrama, D./Montoya Villavicencio, M./Martínez Gómez, E./García Barrio, A.: "La introducción del Juez de Vigilancia Penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano", en *Revista Electrónica Letras Jurídicas*, núm. 7, 2008, p. 1-21.

89 Así, por ejemplo, en España la Figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria se configura como el garante de la ejecución prisional, institución que en el momento de su introducción, en la vigente Ley Orgánica 1/79 General Penitenciaria, generó gran expectativa. Toda vez que su introducción respondió, entre otras razones, al hecho de que las cárceles están llenas de reclusos, quienes en su condición de seres humanos son titulares de derechos, a los cuales se debe garantizar protección judicial. *Vid.* Alonso de Escamilla, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 19, 157-158; también recogido en "El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 40, 1990, pp. 151-152. Analizando esta importante institución penitenciaria, entre otros, *Vid.* García Valdés, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1982 (reimp. 1995), p. 241; Manzanares Samaniego, J. L.: "La problemática actual del juez de vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, 1981, p. 10; Cantisán Asencio, H.: "El juez de vigilancia", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 237, 1987, pp. 10-11; Gómez de la Escalera, J. J.: "El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria", en *Actualidad Penal*, núm. 45, 1994, pp. 825-835; González Cano, M. I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 124; Chiang Rebodello, M. E.: *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Bosch, Barcelona, 2001, *passim*; Martín Diz, F.: *El juez de vigilancia penitenciaria. garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002, *passim*.

90 En este sentido, *Vid.* García Andrade, I.: *El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, México, 1989, p. 237; en el mismo sentido, *Vid.* Roldán Quiñones, L. F./Hernández Bringas, M. A.: *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, 1999, pp. 245-252; Montes de Oca, Rivera, L.: *Juez de Ejecución de Penas*, México, 2003, *passim*.

internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano, que reclaman su inclusión en la normativa,<sup>91</sup> para constituirse en una reforma penitenciaria progresista y humanitaria.<sup>92</sup>

La introducción de la presente institución prevista en la mencionada Reforma Constitucional del año 2008 viene a consolidar el reconocimiento y protección de los derechos humanos de los reclusos;<sup>93</sup> concediendo y negando beneficios penitenciarios, observando la actividad de los funcionarios penitenciarios y, finalmente, garantizando que se lleve a cabo el efectivo cumplimiento de la sanción penal; en definitiva, fiscalizar la actividad al interior de las prisiones mexicanas, introduciendo controles a quienes aplican las penas, con la consecuente disminución de los vicios prisionales señalados en líneas precedentes.

### 3. Derecho comparado

Acudir al Derecho Comparado implica conocer un modelo jurídico similar previsto en otro derecho, y que en igualdad de condiciones contempla fines, principios, instituciones, etc., lo que nos permitirá evaluar la posibilidad de extrapolar algunos institutos al modelo que estamos comparando. Asimismo, posibilitará evaluar cómo fue el proceso de reforma en otros modelos de derecho comparado.

Una vez aplicado este método, estamos en condiciones de señalar cuáles son los retos que afrontará la Reforma Constitucional federal al interior de las diversas entidades estatales.

#### Presupuesto

Debemos destacar que para alcanzar los objetivos de la reforma es importante el presupuesto económico que ha de destinarse para la implementación de la misma (creación y/o adecuación de salas con los elementos tecnológicos indispensables,<sup>94</sup> capacitación

---

<sup>91</sup> Así contemplado en las

<sup>92</sup> Vemos con buenos augurios la judicialización de la pena privativa de libertad, pero pugnamos por la inclusión del Juez de Vigilancia Penitenciaria previsto en la legislación española, producto de una reforma progresista y humanitaria que consideramos, imita la reforma mexicana. *Vid.* Mestre Delgado, E.: "Un CIS con nombre y apellidos", en *La Ley*, Año II, núm. 12, 2005, p. 3.

<sup>93</sup> Al respecto *Vid.*, ampliamente, FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN.: *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Trama editorial, 2007, pp. 273-279; O Donnell, D.: *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Editorial tierra firme, México, 2007 p. 200 y sigs.

<sup>94</sup> La remodelación y creación de salas para juicios orales deben ser planeadas compaginando las condiciones de funcionalidad del inmueble y el máximo respeto a los derechos humanos de las partes en conflicto, sobre este tema, *Vid.* Calamandrei, P.: *Elogio de los jueces. Escrito por un abogado*, Oxford, México, 2004, p. 146 y sigs.



del funcionariado, etc.), pues ésta implica la erogación pecuniaria por parte de la Federación para con los Estados. Ahora bien, “no basta con el desembolso generoso si no existe una convicción en los principios informadores de la normativa que ha de soportar e impulsar tales desarrollos materiales”.<sup>95</sup>

### **Cultura**

La Reforma Constitucional no sólo trastoca instituciones antes establecidas, definitivamente, la misma implica un nuevo paradigma jurídico que habrá de comenzar su andadura no sólo a partir del año 2008, por el contrario, la misma incide en un cambio cultural (renunciar a una cultura adversarial, para optar por otra impregnada del diálogo, la concertación), por ello, es indispensable una reforma en la curricula de los centros de enseñanza del Derecho, la capacitación del profesorado que impartirá el nuevo modelo educativo, así como la impartición de cursos de capacitación o los abogados particulares y defensores de oficio reticentes al cambio.

### **Personal**

La reforma implica un compromiso en conjunto, de tal suerte que la sociedad y autoridades estatales deben interactuar. En este sentido, corresponderá a los operadores jurídicos impregnarse, lo antes posible, del espíritu de la misma, siendo asimismo indispensable asistir a cursos de capacitación para la realización exitosa de sus nuevas funciones.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Cfr. Sanz Delgado, E.: “Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI, 2003, p. 349.

<sup>96</sup> García Ramírez, S.: La reforma..., *op. cit.*, p. 233 y sigs.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- Abouhamad Hobaica C.: *Anotaciones y comentarios de Derecho Romano I*, 4ª ed., Tomo I, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1983.
- Aguilera Portales, R. E./Espino Tapia, D. R.: “Fundamento, naturaleza y garantías jurídicas de los derechos sociales ante la crisis del Estado social”, en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Núm. 10, año 2006.
- Alonso de Escamilla, A.: *El juez de vigilancia penitenciaria*, Civitas, Madrid, 1985.
- Arandía Guzmán, O.: *Juicio oral en el proceso penal*, 3ª ed, Bolivia, 2003.
- Asúa Batarrita, A.: “Reivindicación o superación del programa de Beccaria”, en VV.AA., Asúa Batarrita, A. (Coord.): *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, 1990.
- Bacigalupo Zapater, E.: “La función del Derecho penal y las teorías de la pena”, en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir.): *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel editor, México, 2006.
- Barba Álvarez, R./Gorjón Gómez, F. J.: “Apuntes sobre el Derecho Penal Mínimo vs Derecho Penal Simbólico en el Código Penal”, en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir.): *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel editor, México, 2006.
- Barba Álvarez, R.: “La criminología en el estudio de la delincuencia organizada”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 75, 2001.
- Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. Tomás y Valiente T., Madrid, 1969, 3ª reimp. 1979.
- Beccaria, C.: *De los delitos y de las penas*, ed. Tomás y Valiente T., Madrid, 1969 (3ª reimp.), 1979.
- Burgoa Orihuela, I.: *El juicio de amparo*, 24ª ed., Porrúa, México, 2004.
- Calamandrei, P.: *Elogio de los jueces. Escrito por un abogado*, Oxford, México, 2004.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. LX LEGISLATURA.: *Reforma constitucional de Seguridad y Justicia*, México, 2008.
- Cantisán Asencio, H.: “El juez de vigilancia”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 237, 1987.

- Carbonell, E. M./Ochoa Reza, E.: *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?* 3ª ed., Porrúa, 2008.
- Carnelutti, F.: *Cómo nace el Derecho*, Trad. Sentis Melendo, S./Ayerra Redín, M., Temis, Colombia, 2005.
- Carnelutti, F.: *Cómo se hace un proceso*.
- Carpizo, J.: *Temas constitucionales*, 2ª ed., Porrúa, México, 2003.
- Carranza, E.: *Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Propuestas posibles*, (Coord.), Siglo XXI editores, México, 2001.
- Carrara, F.: "Inmoralidad de la prisión provisional", Trad. Quintanar, M.: *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 67, 1999.
- Casanueva Reguart, S. E.: *Juicio oral. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2007.
- Cerezo Mir, J.: "Los fines de la pena en el Código penal después de las reforma del año 2003", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2005.
- Chiang Rebolledo, M. E.: *Procedimiento ante el juzgado de vigilancia penitenciaria*, Bosch, Barcelona, 2001.
- De Vega García, P.: "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", VV. AA., Carbonell, M./Vázquez, R. (Coords.): *Estado constitucional y globalización*, México, 2006.
- Eraña Sánchez, M.: "El principio federal y la defensa de la constitucionalidad en México", en VV. AA., Torres Estrada, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006.
- Espinoza Grimalt, H.: "La externalización de servicios penitenciarios", en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 249, 2002.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN.: *Sistema penitenciario. V informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, Trama editorial, 2007.
- Feijóo Sánchez, B.: "El Derecho penal del enemigo y el Estado Democrático de Derecho", en VV. AA., Zamora Jiménez, A.: (Dir): *Estudios Penales y Política Criminal*, Ángel editor, México, 2006.

- Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trads. Ibáñez, P. A./ Ruíz Miguel, A./Bayón Mohino, J. C./ Tarradillos Basoco, J./Cantarero Bandrés, R., Trotta, Madrid, 1995.
- Figueroa Navarro, M. C.: "Bibliografía evaluada" en VV. AA., García Valdés, C: (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Edisofer, Madrid, 1997.
- Figueroa Buerrieza, A.: "Significado y funciones del Derecho constitucional, en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 27, 2003.
- Fix Fierro, H.: "Comentarios al artículo 1º constitucional". En VV. AA., *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo V, Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.
- Fix Zamudio, H.: *El juicio de amparo*, Porrúa, México, 1964.
- Garberí Llobregat, J.: *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2009.
- García Andrade, I.: *El sistema penitenciario mexicano. Retos y perspectivas*, México, 1989.
- García Domínguez, M. A.: "Diagnóstico del proceso penal mexicano", en VV. AA., García Ramírez, S./Islas de González Mariscal, O./Vargas Casillas, L. A. (Coords.): *La reforma a la justicia penal*, UNAM, México, 2006.
- García Ramírez, S.: *La Reforma Penal Constitucional*, Porrúa, México, 2009.
- García Ramírez, S.: "La justicia vendada es incongruente", en *Revista Michoacana de Derecho Penal*, núm. 11, 1970.
- García Ramírez, S.: *Estudios Jurídicos*, UNAM, México, 2000.
- García Ramírez, S.: *Los personajes del cautiverio. Prisiones, prisioneros y custodios*, Secretaría de Gobernación, Subsecretaría de Protección Civil y de Readaptación Social, México, 1996.
- García Ramírez, S.: *Manual de prisiones*, Porrúa, 2006, México, p. 524.
- García Valdés, C.: "Una nota acerca del origen de la prisión", en VV. AA., García Valdés, C: (Dir.): *Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica*, Edisofer, Madrid, 1997.

- García Valdés, C.: *Comentarios a la legislación penitenciaria*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1982 (reimp. 1995).
- García Valdés, C.: *Derecho penitenciario* (Escritos, 1982-1989), Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.
- Gómez de la Escalera, J. J.: "El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria", en *Actualidad Penal*, núm. 45, 1994.
- Gómez Piedra, R.: *La judicialización penitenciaria en México*, México, 2006.
- González Bustamante, J. J. "Cómo es la nueva penitenciaría de México", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo. XIII, 1990.
- González Cano, M. I.: *La ejecución de la pena privativa de libertad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- González-Aréchiga, B.: *Políticas públicas para el crecimiento y la consolidación democrática 2006-2012. Propuestas para la gobernabilidad, el federalismo, el empleo con estabilidad la igualdad de oportunidad*, (Coord.), Editorial del Tecnológico de Monterrey, México, 2006.
- Gorjón Gómez, F. J./Steele Garza, J. G: *Métodos alternativos de solución de conflictos*, Oxford, México, 2008.
- Gorjón Gómez, F. J./Saenz, C.: *Tesis doctorales en ciencias sociales*, Serrano Editorial, Cochabamba, 2005.
- Habermas, J.: *Facticidad y validez*, Trad. Jiménez Redondo, M. Trotta, Madrid, 2001.
- Herrera Añez, W.: "El nuevo proceso penal desde la perspectiva constitucional", en VV.AA., *El nuevo sistema procesal penal*, Kipuus, Cochabamba, 2003.
- Iglesias, J.: *Derecho Romano*, 12ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1999.
- INSTITUTO NACIONAL DE CIENCIAS PENALES.: *ABC del nuevo sistema de justicia penal en México*, 2ª ed., Dirección de Publicaciones del Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2008.
- Jakobs, G./Meliá, C.: *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Thomson Civitas, Navarra, 2006.

- Kemelmajer de Carlucci, A.: *Justicia restaurativa*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2004.
- Landrove Díaz, G.: “Prisión preventiva y penas privativas de libertad”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. VII, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984.
- Luzón Peña, D. M.: *Curso de Derecho penal. Parte general I*, Editorial Universitas, Madrid, 1996.
- Manzanares Samaniego, J. L.: “La problemática actual del juez de vigilancia”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, núms. 232-235, 1981.
- Marchiori, H.: *Criminología. Teorías y pensamientos*, Porrúa, México, 2004.
- Martín Diz, F.: *El juez de vigilancia penitenciaria, garante de los derechos de los reclusos*, Comares, Granada, 2002.
- Melgoza Radillo, J.: *La prisión. Correctivos y alternativas*, Editorial Zarahemla, Morelia, 1993.
- Mestre Delgado, E.: “Un CIS con nombre y apellidos”, en *La Ley*, Año II, núm. 12, 2005.
- Mir Puig, S.: *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Julio César Faira-Editor, Argentina, 2005.
- Mir Puig, S.: *Estado, pena y delito*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.
- Montes de Oca, Rivera, L.: *Juez de Ejecución de Penas*, México, 2003.
- Moreno Hernández, M.: “Cuestiones actuales de política criminal”, en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999.
- Moreno Hernández, M.: “Principio de *ultima ratio* o expansión del Derecho Penal”, en VV. AA., García Ramírez, S./Islas de González Mariscal, O./Vargas Casillas, L. A. (Coords.): *La reforma a la justicia penal*, UNAM, México, 2006.
- Morillas Cueva, L.: “Régimen de prisión preventiva”, en VV.AA., Cobo del Rosal, M. (Dir): *Comentarios a la legislación penal*, Tomo VI. Vol. 1, Edersa, Madrid, 1986.
- Muñoz Conde, F./García Arán, M.: *Derecho penal. Parte general*, 6ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- Muñoz Conde, F.: “Excurso: incapacitación: la pena de prisión como simple aseguramiento o inocuación del condenado”, en VV. AA, de León Villalba, F. J. (Coord.): *Derecho y prisiones hoy*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.
- Muñoz Conde, F.: *Derecho penal*. Parte general, 2ª ed., Tirant lo Blach, Valencia, 1996.
- Neuman, E.: *La mediación penal y la justicia restaurativa*, Porrúa, México, 2005.
- Núñez Torres, M.: “La positivación de los Derechos Humanos”, en Zaragoza Huerta, J./Aguilera Portales, R./Núñez Torres, M. (Auts.): *Los Derechos Humanos en la sociedad contemporánea*, Lago ediciones, México, 2007.
- Núñez Torres, M.: “Nuevas tendencias en el Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado”, en VV. AA., Torres Estrada, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006.
- Núñez Torres, M.: *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma de Venezuela y España*, México, Porrúa, 2006.
- Donnell, D.: *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Editorial tierra firme, México, 2007.
- Ojeda Velázquez, J.: *Derecho constitucional penal*, México, Porrúa, 2005.
- Ojeda Velázquez, J.: *Derecho de ejecución de penas*, Porrúa, México, 1984.
- Parés Gallés, R.: “Ejecución de penas y medidas”, en VV. AA., Mir Puig, S./Corcoy Bidasolo, M. (Dirs): *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2006.
- Pásara, L.: *En busca de una justicia distinta*, (Comp.), 2ª ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004.
- Pérez Perdomo, R./Rosales, E.: “La violencia en el espacio carcelario venezolano”, en *Revista de Derecho Penal y criminología*, 2ª Época, núm. 3, 1999.
- Ponce de León Armenta, L.: *Metodología del derecho*, Porrúa, México, 2006.
- Prado Maillard, J. L.: “La voluntad soberana en el ejercicio del poder”, en VV. AA., Cienfuegos Salgado, D./López Olvera, M. A. (Coords.): *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz*, UNAM, México, 2005.

- Quintana Roldán, C. F./Sabido Peniche, N. D.: *Derechos Humanos*, 4ª ed., Porrúa, 2006.
- Rawls, J.: *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, (Trad.): González, M. D. Madrid, 1979.
- Renart García, F.: *La libertad condicional: Nuevo régimen jurídico*, Edisofer, Madrid, 2003.
- Riano Brun, I.: *La instrucción criminal en el proceso penal*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2008.
- Roldán Quiñones, L. F./Hernández Bringas, M. A.: *Reforma penitenciaria integral. El paradigma mexicano*, México, 1999.
- Romeo Casabona, C. M.: "La vinculación dogmática penal y política criminal", en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*, núm. Especial 1, 1999.
- Salgado Pasantes, H.: "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en VV. AA., Fix Zamudio, H. (Coord.): *México y las Declaraciones de Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999.
- Sanz Delgado, E.: "La reforma introducida por la regresiva Ley Orgánica 7/2003. ¿Una vuelta al siglo XIX?" en, *Revista de Derecho y Criminología*, 2ª Época, núm. Extraordinario 2, 2004.
- Sanz Delgado, E.: "Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo LVI, 2003.
- Silva Sánchez, J. M.: *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2001.
- Uribe Nájera, M./Estrada Sánchez, S. P./Córdoba Rodríguez, L. P./Torres Alanís, N. D.: "Juicio oral en el procedimiento penal en el Estado de Nuevo León", en VV.AA., Aguilera Portales, R./Zaragoza Huerta, J./Núñez Torres, M. (Comps.): *Derecho, ética y política a inicios del siglo XXI*, UANL, México, 2006.
- Valdéz Rodríguez, E.: "Problemática que enfrenta el procedimiento oral penal en el Estado de Nuevo León, frente a la legislación federal", en VV.AA., VV.AA., Aguilera Portales, R./Zaragoza Huerta, J./Núñez Torres, M. (Comps.): *Derecho, ética y política a inicios del siglo XXI*, UANL, México, 2006.



Vázquez Esquivel, E.: “El poder del imaginario y lo simbólico en la determinación de las ideas de justicia, autoridad y soberanía” en *Conocimiento y Cultura Jurídica*, Año 1, núm. 2, 2ª Época, 2007.

Wilde, Z. D./Gaibrois, L. M.: *Qué es la mediación*, Abeledo-Perrot, Argentina, 1994.

Zaragoza Huerta, J./Barba Álvarez, R./Prado Maillard, J. L./Carreto Guadarrama, D./Montoya Villavicencio, M./Martínez Gómez, E./García Barrio, A.: “La introducción del Juez de Vigilancia Penitenciaria, una necesidad del moderno penitenciarismo mexicano”, en *Revista Electrónica Letras Jurídicas*, núm. 7, 2008.

Zaragoza Huerta, J.: “El sistema penitenciario español como referente obligado por los modelos mexicanos e iberoamericanos”, en VV. AA., Figueruelo Buerrieza, Á./Gorjón Gómez, F. J. (Coords.): *Las transformaciones del Derecho en Iberoamérica. Homenaje a los 75 años de la Universidad Autónoma de Nuevo León*, Granada, 2008.

Zaragoza Huerta, J.: “Promulgar una Ley Federal Penitenciaria”, en VV.AA., Torres Estrada, P. R./Barceló Rojas, D. A: (Comps.): *La reforma del Estado*, Porrúa, México, 2008.

Zavala de Alba, L.: “Los derechos fundamentales ante el (neo) constitucionalismo”, en VV. AA., TORRES ESTRADA, P. (Comp.): *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, Limusa, México, 2006.





CULTURA DE LIBERTADES



## EL IMPACTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LAS FUNCIONES DE DISCIPLINA DE LOS PODERES JUDICIALES

---

ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ<sup>1\*</sup>

1\* Consejero de la Judicatura del Distrito Federal; Presidente de la Comisión Especial para la Implementación de la Reforma Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; miembro del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en el Distrito Federal; Profesor investigador invitado del INACIPE; Investigador Nacional Nivel I del Sistema Nacional de Investigadores (SNI); Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal por el INACIPE.





---

A raíz de la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, el Estado mexicano dio un paso trascendente para buscar terminar con un sistema que palpablemente carece de credibilidad y confianza por parte de la sociedad, en el que las resoluciones de los juzgadores reflejan en muchos de los casos falta de objetividad en relación con la verdad de los hechos.

Con el propósito de implementar el modelo acusatorio/oral, se hizo necesario operar un cambio al sistema actual, dando paso a la adopción de los principios reconocidos internacionalmente del derecho penal, dando vigencia y positividad al marco normativo que recoge el conjunto de derechos fundamentales del individuo.

Así, todas las instituciones involucradas en el sistema de justicia penal (las de prevención del delito, procuración de justicia, enjuiciamiento, defensa, servicios periciales y ejecución de medidas) tanto de adolescentes, como de adultos, lo mismo a nivel federal como de las entidades federativas, deberán adoptar las nuevas disposiciones constitucionales y, para ello, habrán de contar con las condiciones y recursos necesarios para su implementación. El impacto que la Reforma Constitucional tiene en el sistema de justicia actual de corte inquisitorial mixto, es de tal trascendencia y diversidad que requiere la formación y cualificación de los operadores que les permita ser útiles al nuevo sistema.

Derivado de esta transformación constitucional, resulta imperioso ahora adecuar la normatividad secundaria -códigos procesales, leyes orgánicas y de justicia alternativa, entre otras- a las exigencias constitucionales, labor que bajo sus particulares condiciones, las entidades federativas y la federación ya han iniciado.

Sin embargo, el impacto que se produjo con dicha reforma, va más allá del ámbito estrictamente procesal penal.

De todos es sabido que hacia el interior de los Poderes Judiciales (tanto locales como del federal) existen órganos encargados de vigilar y disciplinar a los funcionarios que conforman tales poderes. Funciones que en algunas ocasiones se encuentran en manos de los Consejos de la Judicatura o en los Plenos de Magistrados que integran los Tribunales -en las instituciones que no cuentan con esta figura-, pero que en ambos casos, tienen como función primordial el instaurar procedimientos administrativos sancionadores en contra de los servidores públicos a quienes se considera infractores de la normatividad administrativa.

El cómo se deben sustanciar estos procedimientos, las reglas de operatividad y principios que imperen en la actuación de quienes se erigen como juzgadores de juzgadores, ha sido motivo de estudio por parte de la doctrina, incluso de los tribunales federales a quienes se les ha encomendado la delicada y relevante tarea de emitir criterios vinculantes a través de la jurisprudencia.

En el caso del Distrito Federal, por ejemplo, la Constitución faculta a la Asamblea Legislativa para regular los procedimientos disciplinarios del Tribunal Superior de Justicia y, en este orden de ideas, la *Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* establece un régimen de responsabilidades de todos los servidores públicos de la administración de justicia (desde Magistrados y Consejeros, hasta los funcionarios con las plazas más pequeñas) por las faltas que se cometan en el ejercicio de los cargos, siendo aplicables tanto por los aspectos sustantivos (las infracciones) como adjetivos (los procedimientos) la misma ley orgánica, así como la *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*.

Regula lo anterior los párrafos primero y tercero del Art. 210 de la ley orgánica citada:

**Artículo 210.** Los Magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los Consejeros de la Judicatura, los Jueces del Fuero Común del Distrito Federal, el Visitador General, los Visitadores Judiciales, así como todos los servidores públicos de la administración de justicia, son responsables de las faltas que cometan en el ejercicio de sus cargos y quedan por ello sujetos a las sanciones que determinen la presente Ley, la Ley



Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y demás leyes aplicables.

...

El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal resolverá en definitiva, en los términos de esta Ley y de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, mediante la substanciación del recurso de inconformidad previsto en esta ley.

Tal función disciplinaria, de conformidad con la Constitución General y la mencionada *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos*, es atribución del Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, de conformidad con el Art. 3ero de la ley secundaria:

**Artículo 3.** Las autoridades competentes para aplicar la presente Ley serán:

VI. El Consejo de la Judicatura del Distrito Federal;

Es de resaltar el hecho de que la ley orgánica no prevé procedimientos, tan solo se limita a señalar las conductas que constituyen faltas administrativas, remitiendo a la ley de responsabilidades para la instrumentación de los procedimientos, sin embargo ésta última no regula todos los procedimientos, por lo que, en términos de la misma, resulta aplicable supletoriamente el *Código Federal de Procedimientos Penales*, según el Art. 45:

**Artículo 45.** En todas las cuestiones relativas al procedimiento no previstas en esta Ley, así como en la apreciación de las pruebas, se observarán las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales. Asimismo, se atenderán, en lo conducente, las del Código Penal.

Resulta evidente la vinculación entre la materia administrativa disciplinaria y la materia penal, pues de manera expresa devienen aplicables ordenamientos penales a aquélla.

Sin embargo, soy consciente que esta fórmula no necesariamente se debe repetir en las legislaciones de otras entidades federativas pero, ¿resulta relevante que el diseño normativo no sea de esta manera?, es decir, ¿cambia en algo que las normas que regulan los procedimientos disciplinarios no remitan a las legislaciones procesales penales? La respuesta es no, no cambia sustancialmente.

La jurisprudencia sostiene que tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador resultan ser dos inequívocas manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, entendida como la facultad que tiene éste de imponer penas y medidas de seguridad ante la comisión de ilícitos, por lo que la sanción administrativa guarda una similitud fundamental con las penas, toda vez que ambas tienen lugar como reacción frente a lo antijurídico pues, en uno y otro supuesto la conducta humana es ordenada o prohibida.

En consecuencia, puede acudir a los principios penales tanto procesales, como sustantivos, pues en este último rubro (P./J. 99/2006), supone en todo caso la presencia de una *lex certa* que permita predecir con suficiente grado de seguridad las conductas infractoras y las sanciones. Así, la descripción legislativa de las conductas ilícitas debe gozar de tal claridad y univocidad que el juzgador pueda conocer su alcance y significado al realizar el proceso mental de adecuación típica, sin necesidad de recurrir a complementaciones legales que superen la interpretación y que lo llevarían al terreno de la creación legal para suplir las imprecisiones de la norma (P./J. 100/2006).

Si, como sostiene la Suprema Corte, para la construcción principios del derecho sancionador “es válido acudir de manera prudente a las técnicas garantistas del derecho penal, en tanto ambos son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado”, es claro que ante un cisma procesal penal de esta naturaleza, el derecho sancionador debería recuperar ciertos principios adjetivos para aplicarlos en la sustanciación de sus procedimientos, pero, ¿en qué medida?

La propia Corte reconoce que “puede acudir a los principios penales sustantivos, aun cuando la traslación de los mismos en cuanto a grados de exigencia no pueda hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza” (P./J. 99/2006) y, que “desde luego, el desarrollo jurisprudencial de estos principios en el campo administrativo sancionador -apoyado en el Derecho Público Estatal y asimiladas algunas de las garantías del derecho penal- irá formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, sin embargo, en tanto esto sucede, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal” (P./J. 100/2006).

No se desconoce que tales argumentos son claros al precisar que dicha traslación de los principios de orden penal no puede hacerse de forma automática al sistema administrativo sancionador y que, solo proceden en la medida en que resulten compatibles con la naturaleza de este último sistema, a manera de transición en la que mientras se van formando los principios sancionadores propios para este campo de la potestad punitiva del Estado, es válido tomar de manera prudente las técnicas garantistas del derecho penal, pero tampoco se desconoce que la adopción de un modelo acusatorio adversarial en el que exista igualdad de armas, publicidad, concentración, inmediación, oralidad y todas las características del mismo, resulta una aspiración no solo para el modelo penal, sino incluso para el civil, el mercantil, el familiar y, ¿por qué no?, el administrativo, sobre todo el sancionador o disciplinario.

¿Queremos procedimientos de responsabilidades de los servidores públicos bajo el esquema del procedimiento penal acusatorio adversarial?, estoy seguro que la respuesta primigenia es sí, sin embargo, existen algunas complejidades.

Por ejemplo, ¿deberíamos negarle el acceso al gobernado que, en su calidad de quejoso acude ante las autoridades para presentar un reclamo en contra de funcionarios que no cumplen con sus obligaciones, bajo el argumento de que no podemos oír a una de las partes sin que esté presente la otra?

¿A caso sustraeremos de sus funciones a todos los funcionarios a los que se les presente una queja para que oigan a sus acusadores y, luego les obligaremos a que estén presentes en todas las Audiencias en detrimento del tiempo que deben dedicar a sus funciones jurisdiccionales?

¿Debemos convertirnos en meros observadores tan solo valorando los argumentos del quejoso y del servidor público sin hacer uso de nuestras facultades de vigilancia?

¿Cómo garantizar la separación del órgano que acusa -que en algunas circunstancias son los mismos Consejos a través de sus órganos de visitaduría-, de las de juzgador, cuando ambas funciones competen a los órganos de vigilancia y disciplina?

Quizá sea el momento de marcar una separación clara entre el sistema penal y el administrativo sancionador, tan solo matizando éste con la mayor cantidad de principios y prácticas del modelo acusatorio que, como sostiene la Corte, no resulten incompatibles con la naturaleza disciplinaria a la que se aplicarán.

## **FUENTES CONSULTADAS**

### **Normatividad**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Código Federal de Procedimientos Penales

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos

### **Tesis**

Tesis de Jurisprudencia P./J. 99/2006, de la Novena Época, sostenida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo XXIV, agosto de 2006, visible en la página 1565 del SJF y su Gaceta, con el número de registro 174488. Derivada de la acción de inconstitucionalidad 4/2006. Bajo el rubro Derecho Administrativo Sancionador. Para la construcción de sus propios Principios Constitucionales es válido acudir de manera prudente a las Técnicas Garantistas del Derecho Penal, en tanto ambos son Manifestaciones de la Potestad Punitiva del Estado.

Tesis de Jurisprudencia P./J. 100/2006, de la Novena Época, sostenida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tomo XXIV, agosto de 2006, visible en la página 1667 del SJF y su Gaceta, con el número de registro 174326. Derivada de la acción de inconstitucionalidad 4/2006. Bajo el rubro Tipicidad. El Principio relativo, normalmente referido a la materia Penal, es aplicable a las Infracciones y Sanciones Administrativas.





**PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS  
PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD**

---

CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

PROFESOR DE CARRERA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNAM







---

Estamos acostumbrados en el antiguo sistema jurídico penal mexicano al principio de legalidad, esto es, cuando el Ministerio Público dentro de una averiguación previa reúne los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional tiene la obligación, independientemente de ser una facultad, de ejercitar la acción penal en contra del o los imputados de manera inmediata; ahora bien, existe un vicio en nuestro sistema de procuración de justicia de hablar de un principio de oportunidad, es decir, cuando por razones políticas o sociales, si el Ministerio Público considera que es riesgoso ejercitar la acción penal “la guarda dentro de sus cajones” o bien sigue realizando una serie de diligencias inútiles para que pase el tiempo y cuando lo considere oportuno ejercitar la acción penal o no hacerlo. Esto definitivamente no es un principio de oportunidad y nos encontramos con una actuación impropia y que puede caer en un acto de corrupción.<sup>1</sup>

Con las reformas Constitucionales del año 2008, el artículo 21 Constitucional establece “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”, este precepto constitucional presenta novedades, como un criterio de oportunidad reglado, lo que significa que el Ministerio Público únicamente podrá aplicar este principio cuando la ley se lo permita y en su caso bajo las reglas de la propia ley procesal. Diferenciar entre lo que es el principio de oportunidad que es lo establecido por la ley y el criterio de oportunidad que es lo que aplicará en su caso el Ministerio Público, al cual la ley adjetiva le pondrá

---

<sup>1</sup> Barragán Salvatierra, Carlos, Derecho Procesal Penal, 3ª. Edición, México, Mc-Graw Hill, p. 58,59.

una serie de candados para evitar el abuso al principio, pero la reflexión es realmente si el Ministerio Público o Fiscal gozarán de ese criterio, ya que cuando se le limita, deja de serlo y se le vuelve una posibilidad limitada que la ley le concede para, en su caso, no ejercitar la acción penal o dar por terminado un procedimiento en forma anticipada.

Lo que se debe entender en las reformas Constitucionales del 2008 y retomando los antecedentes del principio de oportunidad, es que el Ministerio Público puede, como facultad de ley, ejercer el mismo en asuntos que considere irrelevantes, donde se cubra la reparación del daño o que no causen un perjuicio a terceros, por lo que debe tener una magnífica regulación en nuestras leyes para que haya transparencia en su aplicación y no se abuse de la misma, y aquí si señalaría que se deben evitar actos de corrupción.

El Ministerio Público o fiscal, en su caso, puede resolver no iniciar una investigación o bien abandonar la ya iniciada cuando los hechos denunciados no comprometan gravemente el interés público (delitos de *bagatela*), a menos que se trate de un delito cometido por un servidor público. El juez de Garantía o de Control, de oficio o a petición de los interesados, podrá revocar la determinación. No debemos confundir el principio de oportunidad con la facultad de no investigar, ya que ésta consiste, a diferencia del primero, en que sí existe un probable delito y en la facultad de no investigar, es cuando la denuncia o querrela de hechos no son constitutivos de delito por ser de carácter civil o de otra materia, o bien, cuando se pueda establecer la extinción de la responsabilidad penal del imputado.

Para evitar confusiones, el Ministerio Público tiene facultades para ordenar una reserva de la investigación, pero esto procederá cuando falten diligencias por realizarse y en su caso, el denunciante podrá solicitar la reapertura de la investigación, por lo que, a diferencia del principio de oportunidad, en ésta se extingue la acción penal y en la reserva, como su nombre lo indica, podrá continuarse con posterioridad.<sup>2</sup>

En opinión de Gimeno Sendra, el principio de oportunidad implica “la facultad que al titular de la acción penal asiste para disponer, bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado”.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Barragán Salvatierra, Carlos, México, artículo para conmemorar los 38 años como maestra de la Dra. Emma Mendoza Bremauntz.

<sup>3</sup> Gimeno Sendra, V, El Ministerio Fiscal-Director de la Instrucción, Madrid 2006, Iustel, p. 315.

Estoy de acuerdo con lo señalado por Gimeno Sendra en el sentido de que no es necesario tener acreditada la existencia de un hecho punible, lo que sí es necesario es que exista, ya que en caso contrario estaríamos en la facultad que tiene el Ministerio Público, de no iniciar una averiguación previa cuando considere que no existe un probable hecho delictuoso y en el caso del principio de oportunidad, se requiere necesariamente de un hecho delictuoso que por su poca importancia o habiéndose cubierto la reparación del daño y establecido en la ley, el Ministerio Público puede aplicar su criterio de oportunidad.

Conforme Sergio F. Casanueva Reguart, “el principio de oportunidad, enuncia que el Ministerio Público ante la noticia de un hecho punible o inclusive ante la existencia de prueba completa de la perpetración de un delito, está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejen motivos de utilidad social o razones político-criminales.

El primer objetivo es la descriminalización de hechos punibles, evitando la aplicación del poder estatal, allí donde otras formas de reacción frente al comportamiento desviado pueden alcanzar mejores efectos o donde resulte innecesaria su aplicación; el segundo, es la eficacia del sistema penal en aquellas áreas o para aquellos hechos en los que es indispensable la actuación del Ministerio Público como órgano de control social, procurando el descongestionamiento de una justicia penal sobrecargada de casos, que no permite el tratamiento preferente de aquéllos que deben ser solucionados por el sistema”.<sup>4</sup>

Respecto a lo señalado por el autor Casanueva Reguart, con lo que él considera el principio de oportunidad, en éste el Ministerio Público, cuando tenga conocimiento de un hecho delictuoso, debe iniciar la averiguación previa y en su caso suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, especialmente tratándose de delitos de oficio, ya que a la fecha nuestros códigos procesales facultan al representante social a no iniciar una averiguación previa únicamente cuando considere que no existe un hecho delictuoso.

Ahora bien, debemos distinguir también la diferencia entre que el Ministerio Público descriminalice hechos punibles y que nuestros legisladores deben -dentro de las conductas que consideran típicas en

---

<sup>4</sup> Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio Oral Teoría y Práctica*. México 2007, Ed. Porrúa, p. 43.

los códigos penales- derogar una serie de delitos o bien despenalizarlos, ya que son una carga para nuestro sistema de justicia y que en principio no tienen razón de existir, o bien son conductas que pueden resolverse por cualquier medio alternativo que la ley señale para las mismas en forma específica. Con ésto se descongestionaría en mucho nuestros juzgados penales.

El autor Colombiano Carlos Arturo Cano Jaramillo, señala que el principio de oportunidad “es una excepción al principio de legalidad que permite, con sujeción a la política criminal del Estado, suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal. La fiscalía para renunciar a la acción penal debe buscar argumentos fácticos, probatorios, jurídicos y de política criminal, exigidos en cada una de las causales del principio de oportunidad”.<sup>5</sup>

Como Jaramillo, en forma clara determina, el principio de oportunidad es una excepción al principio de legalidad, ya que conforme a nuestras Reformas Constitucionales, el artículo 16 de nuestra Carta Magna sigue señalando la obligación del Ministerio Público de ejercitar la acción penal cuando se cumpla con los requisitos de la misma, y como una excepción en el artículo 21 del mismo ordenamiento, concede al representante social el criterio de oportunidad que en su caso, en un nuevo sistema penal, puede tener beneficios respecto a dar por terminado un asunto en forma anticipada en delitos de *bagatela* o bien que se haya cubierto la reparación del daño, pero también esta excepción de la “oportunidad” deja en muchas ocasiones a la víctima en un estado de molestia, ya que considera que se le dio preferencia a la parte “económica de un juicio” y no a la aplicación justa de la ley. Aparte de otras formas anticipadas de terminación de un proceso -como es una negociación no reglada entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, cuando el imputado confiesa y se le conceden toda clase de beneficios en sentencia, sin importar el tipo de delitos- y aquí, los señalamientos respecto a la aplicación de la ley donde están ya aplicándose el nuevo modelo acusatorio de que un porcentaje mínimo llega a juicio oral, no porque esté funcionando el sistema, sino por que “se está vendiendo la justicia”.

---

<sup>5</sup> Cano Jaramillo, Carlos Arturo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, Colombia 2005, editorial Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, p. 80.

El ilustre Dr. Sergio García Ramírez, en su obra sobre la Reforma Constitucional, describe el temor del mal uso del principio de oportunidad y que considera un acierto el dictamen de los diputados al señalar que el criterio de oportunidad no será aplicable cuando se trate de intereses públicos o de capital importancia.

La preocupación del Dr. Sergio García al señalar en la misma obra que “la oportunidad no entraña solo la acción o la abstención persecutorias, implica, obviamente, negociaciones entre acusador y el inculpado. Aquél, en uso de criterios de oportunidad podrá aligerar el peso de la justicia y, el inculpado, beneficiario de la potestad discrecional reglada o no que ejerce el Ministerio Público u órgano equivalente, logrará moderar el desempeño de la ley y librarse de sanciones que de otra suerte lo alcanzarían irremisiblemente. La oportunidad, en suma, pone o quita, a discreción, en los platillos de la balanza que pende de la mano de la justicia. No habría demostración más flagrante de que ésta puede y acaso debe retirar la venda que cubre sus ojos.”<sup>6</sup>

De todo lo antes señalado vemos dos corrientes, los que consideran que el principio de oportunidad es ilegal y debe prevalecer el de legalidad, así como los que opinan la necesidad de la existencia del principio de oportunidad como un beneficio, ya que descongestiona el sistema penal, ayuda a la disminución de juicios, a la erradicación de delitos y disminución de delinquentes. Dentro de esta segunda corriente hay quienes consideran que el criterio de oportunidad debe ser reglado y otros por el contrario el dar amplias facultades al Ministerio Público para la aplicación del mismo.

En los Estados Unidos, por ejemplo, existe un principio de oportunidad no reglado, que ha funcionado en su viejo sistema adversarial, donde el Fiscal no lleva a juicio a ninguna persona hasta que considera que tiene un caso formal y donde puede ganar un juicio.

En el derecho Alemán se regulan los casos en que el fiscal puede, con la aprobación del tribunal, dejar de perseguir delitos que se consideren leves o inconveniente de perseguir, como en los casos irrelevantes, de mínima culpabilidad de autor e insignificancia del hecho, de hechos cometidos en el extranjero o por extranjeros, en que el interés público sea mínimo, cuando se dé el arrepentimiento del activo.

---

<sup>6</sup> García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?*, México 2009, Segunda Edición, Ed. Porrúa, p. 39.

En este derecho, el fiscal puede archivar directamente durante el procedimiento, en otros se requiere la aprobación del tribunal y después del ejercicio de la acción penal. Sólo lo puede archivar el tribunal a petición de la fiscalía.

El aspecto concreto del principio de oportunidad son los convenios que celebran el fiscal y el acusado (Absprache) no regidos por el derecho pero sí por la jurisprudencia inicialmente, y en los años noventa regulados algunos casos.

En España la doctrina lo denomina principio de oportunidad reglado, el que permite renunciar a la persecución de los delitos, pero establece una regulación estricta para hacer uso de esta facultad, que al titular de la acción penal asiste, para disponer, bajo determinadas condiciones de su ejercicio, con la independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado.

El artículo 170 del Código Adjetivo Chileno, establece que los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menor, en su grado mínimo, o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

En este mismo precepto la decisión del Ministerio Público deberá estar motivada, la que comunicará al juez de garantía y en su caso el propio juez dentro de los diez días siguientes, de oficio o a petición de parte podrá dejarla sin efectos y por lo mismo el Ministerio Público deberá continuar con la persecución penal.

Respecto a Panamá, en su legislación procesal en los artículos 212 al 214 se contempla el principio de oportunidad al señalar que los agentes del Ministerio Público podrán suspender o prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, en cualquiera de los casos siguientes:

1. Cuando el autor o partícipe del delito haya sufrido a consecuencia del hecho un daño físico o moral grave que haga innecesaria y desproporcionada una pena.
2. Cuando se trate de un hecho que no afecte gravemente el interés de la colectividad o cuando la intervención del imputado se estime de menor relevancia.

3. Cuando la acción penal esté prescrita o extinguida. No procede la aplicación del Criterio de Oportunidad en los delitos que afecten el patrimonio del Estado o cuando el imputado hubiera sido un funcionario público en el ejercicio de su cargo o por razón de éste, cuando hubiera cometido dicho delito.

El principio de oportunidad extingue la acción penal, pero como medida de control se ordena se notifique esta resolución a la víctima u ofendido para que en el término de quince días presente sus objeciones, caso en el que se someterá al juez de control para que resuelva lo conducente.

En el derecho procesal hondureño el Ministerio Público tiene la facultad de aplicar el principio de oportunidad. En los artículos 28 a 35 de la Ley Adjetiva, se señala que el Ministerio Público tendrá la facultad de ejercitar la acción penal pública cuando proceda, pero que podrá abstenerse de ejercitar total o parcialmente la acción penal, limitarla a alguna de las infracciones o alguno de los imputados, como puede ser cuando la pena del delito no exceda de cinco años y la afectación del interés público sea mínima; la falta de peligrosidad del imputado; cuando el cónyuge, concubino o pariente del imputado haya sufrido consecuencia de un delito culposo; cuando la pena sea de menor importancia y en el caso del testigo protegido, en delincuencia organizada.

Cuando a consecuencia del delito se hayan ocasionado daños o perjuicios, para aplicar el criterio de oportunidad, el imputado deberá haber cubierto la reparación del daño.

En la legislación adjetiva de nuestro país encontramos:

En el estado de Chihuahua el Código de Procedimientos Penales en sus artículos 83 a 87, establece el criterio de oportunidad, señala que el agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, pero podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, cuando:

1. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o de exigua culpabilidad del imputado, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público.

2. En esta fracción se refiere al testigo protegido que colabore o ayude como informante, para el esclarecimiento de hechos delictivos graves entre otros.
3. Cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.

El criterio de oportunidad podrá ejercerse hasta antes de que se dicte el auto de apertura de juicio oral y la decisión del Ministerio Público, para la aplicación de ese criterio debe estar fundada, motivada y revisada por el procurador del ramo. De ser autorizada la decisión de ejercer un criterio de oportunidad, podrá ser impugnada por la víctima u ofendido ante el juez de garantía.

En el Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos el principio de oportunidad se contempla en los artículos 206 a 208:

**Artículo 206.** Oportunidad; los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral. El juez a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que negocien, medien o concilien. En caso de interrumpirse la negociación, mediación o conciliación, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.

**Artículo 207.** Trámite; desde su primera intervención, el Ministerio Público o, en su caso, el juez de garantía, invitará a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que proceda, y les explicará los efectos y los mecanismos de mediación o conciliación disponibles.

No obstante lo dispuesto anteriormente, en los delitos de violencia familiar y en los cometidos en perjuicio de menores de edad, el juzgador no deberá procurar los acuerdos entre las partes ni convocar a una audiencia con ese propósito, salvo cuando lo soliciten en forma expresa la víctima o sus representantes legales.

La información que se genere en los procedimientos respectivos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal.



Los conciliadores y mediadores deberán guardar secreto sobre lo que conozcan en las deliberaciones y discusiones de las partes.

**Artículo 208.** Efectos; el juez homologará los acuerdos, los cuales se registrarán. No aprobará los mismos cuando no sea procedente conforme a este Código o las obligaciones de alguna de las partes resulten notoriamente desproporcionadas o tenga motivos fundados para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

Si al momento que se solicite la autorización del acuerdo reparatorio al juez de garantía, aún no se ha formulado la imputación, se estará a los hechos que el Ministerio Público exponga al inicio de la audiencia respectiva.

El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal y de la pretensión punitiva.

Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno.

El cumplimiento de lo acordado impedirá el ejercicio de la acción penal o, en su caso, extinguirá la ya iniciada. Aquí vemos que no existe realmente el principio de oportunidad, sino que se da una forma anticipada para la terminación del procedimiento como es el llegar a un acuerdo reparatorio, pero no se señalan casos en que el Ministerio Público conforme a su criterio pueda no ejercitar la acción penal.

Respecto al Código de Procedimientos Penales del estado de Durango en sus artículos 92 a 95, establece los criterios de oportunidad y nos señala una forma muy similar a los anteriores, esto es que el Ministerio Público podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal que se limite a alguno o varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización, como cuando se trate de hechos socialmente insignificantes, que el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daños graves que torne desproporcionada

la aplicación de una pena, o que la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho que se prescinde, carezca de importancia a la pena o medida de seguridad ya impuesta.

El criterio de oportunidad podrá ejercerse hasta antes del auto de apertura de juicio oral y en su caso la decisión del Ministerio Público que niegue o aplique este criterio podrá ser impugnado por la víctima u ofendido, lo anterior ante el juez de garantía, quien resolverá la procedencia o no del no ejercicio de la acción penal.

La legislación procesal del estado de Oaxaca, es similar a Chihuahua y Durango, ya que siguen el modelo Chileno y destacados abogados de ese país colaboraron en la formación de los mismos.

En la ley procesal del Estado de México en sus artículos 110 a 114 regula el principio de oportunidad y en general retoma las bases señaladas en las legislaciones antes mencionadas, asimismo será regulada por el juez de control y la misma podrá ser objetada por la víctima u ofendido del delito.

Tras un breve análisis de conceptos del principio de oportunidad y reglamentaciones de la misma, tanto en nuestro país como en el extranjero, en primer término el principio de legalidad y los abusos que se siguen cometiendo cuando el Ministerio Público, habiendo reunido los requisitos del artículo 16 Constitucional no ejercita la acción penal por considerar que no es conveniente en ese momento y se denominaba “principio de oportunidad”. Ahora bien, con las reformas Constitucionales se crea este principio que da origen a que el Ministerio Público pueda ejercer su criterio para, en determinadas situaciones establecidas previamente en la ley, pueda hacer uso del mismo evitando el congestionamiento en los procesos y beneficiar, en su caso, a determinadas personas que han cometido delitos de *bagatela* o bien que es innecesario llevarlos a juicio y aplicarles una pena.

El principio de oportunidad y su aplicación por el Ministerio Público, siempre y cuando éste sea reglado y haya una justificación del mismo; que impida que la aplicación del criterio de oportunidad por el Ministerio Público vaya más allá del dictamen de los diputados y se permita una libertad que puede dar como consecuencia abusos o corrupción, que siempre serán en perjuicio de una víctima.

Sería muy peligroso adoptar el sistema de los estados Unidos de Norte América en el sentido de no reglar el principio de oportunidad y dejar al criterio absoluto del Fiscal la aplicación del mismo o llevar a juicio solamente cuando así lo considere.

Es importante también que se regule correctamente cuándo el Ministerio Público puede aplicar el criterio de oportunidad y que quede perfectamente claro que debe ser cuando se haya cometido un delito pero que por su levedad o consecuencias pueda razonadamente concederse cuando no afecte intereses públicos de vital importancia.

En el principio de oportunidad no cabe la aplicación del criterio de oportunidad del Ministerio Público cuando se trate de presuntos delincuentes convertidos en testigos protegidos o colaboradores que se encuentren relacionados en averiguaciones previas o procesos, ya que se desnaturaliza este principio, y en su caso, deberá tomarse como un beneficio, aparte de que no todas las legislaciones lo regulan.

Como una consideración final, no obstante las Reformas Constitucionales, debe prevalecer el principio de legalidad en las actuaciones del Ministerio Público, pero que el principio de oportunidad como forma de terminación anticipada en un proceso, cuando las partes procesales queden satisfechas y se ajuste a Derecho, es conveniente para descongestionar la carga de trabajo de nuestros tribunales, pero también es necesaria una reforma radical a los códigos penales para que sea factible aplicar este principio y especialmente que las actuaciones del Ministerio Público sean vigiladas para evitar el abuso del mismo, a fin de mejorar la procuración de justicia y su credibilidad.

Es necesario que los Códigos Penales de todas y cada una de las entidades federativas, así como el Federal, se modifiquen despenalizando determinadas conductas de las llamadas de *bagatela* o bien las que sean de interés privado y éstas hayan sido debidamente reparadas, bajo una estricta vigilancia del juez de control, ya que en caso contrario nos encontraremos con problemas de que se aplicó el principio de oportunidad, pero no quedó satisfecha la víctima o el ofendido, el que fue presionado para llegar a un convenio y con esto beneficiar al imputado.

Lo que se debe evitar y lo señala acertadamente el Dr. García Ramírez es impedir que el criterio de oportunidad por parte del Ministerio Público se vuelva una negociación con el imputado a fin de que al ejercitar la acción penal no lo haga por todos los delitos, o bien,

suprimirles calificativas con el fin de negociar sentencias, esto es, al declararse culpable el imputado se le beneficia en la consignación, a fin de un procedimiento abreviado se le dicte una sentencia mínima y otorgándole beneficios o sustitutos o bien darle la oportunidad de que en ejecución de sentencia obtenga su libertad en poco tiempo, bajo la premisa de que si lo llevo a juicio por todos los delitos o calificativas puedo perderlo y que quede en libertad y en contrapartida la defensa, si lo llevo a juicio por todo tengo un riesgo de una pena mayor, por lo que todos quedan satisfechos menos la **víctima o el ofendido**.

Por último, debe quedar claro en nuestras leyes procesales que el criterio de oportunidad puede aplicarse respecto a un delito y no a los demás, cuando el imputado sea acusado por varios delitos.

## CONCLUSIONES

- El principio de oportunidad es el que establece la ley y el criterio de oportunidad es la facultad que le da la ley para aplicar este principio.
- En nuestro sistema dadas las deficiencias de nuestra procuración y administración de justicia el criterio de oportunidad debe estar reglado y la ley debe establecer claramente en qué casos el Ministerio Público puede ejercerlo, y en su caso el Juez de Control, aceptarlo.
- Para la procedencia del criterio de oportunidad debe haberse cubierto o garantizado la reparación del daño y ser autorizada por el Juez de Control.
- Se deben crear recursos en contra del criterio de oportunidad para la víctima, a fin de que ésta puede interponerlos y sea el juez de control quien lo resuelva.

## BIBLIOGRAFÍA

Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Tercera Edición, McGraw-Hill Interamericana Editores S.A de C.V, México, 2009.

Cano Jaramillo, Carlos Arturo, *Oralidad, Debate y Argumentación*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia 2005.

Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio Oral Teoría y Práctica*, Ed. Porrúa, México 2007.

García Ramírez, Sergio, *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008), ¿Democracia o Autoritarismo?*, 2ª. Edición. Porrúa, México 2009.

Jimeno Sendra, V., *El Ministerio Fiscal - Director de la Instrucción*, Iustel. Madrid 2006.

Martínez Bastida, Eduardo, *Política Criminológica*, Editorial Porrúa, México, 2007.

Morales Baranda, Alma Ester, *Tesina para obtener el grado de especialista en Derecho Penal*, Facultad de Derecho, UNAM, 2009.

Ojeda Bohórquez, Ricardo, *Hacia la Modernización del Sistema Penal*, Segunda Edición, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

Vasconcelos Méndez, Rubén, *Constitución, Ministerio Público y Principio de Oportunidad*, *Revista Iter Críminis*, No. 8, Cuarta Época, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009.

Villanueva Meza, Javier Antonio, *El Principio de Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio*, Editorial Leyer, Colombia, 2005.



# LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

---

JOSÉ HÉCTOR CARREÓN HERRERA<sup>1\*</sup>

<sup>1\*</sup> Presidente del "Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A.C."; Profesor de Teoría del Delito y Proceso Penal Acusatorio en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México y Universidad Anáhuac.



## **SUMARIO**

Introducción. **I.** Principio de oportunidad. **II.** Principio de oficialidad. **III.** Principio de objetividad **IV.** Bibliografía.





---

Tomando como sustento el movimiento que en materia procesal penal se inicia en Latinoamérica en la década de los cuarenta del siglo pasado, concretamente con la elaboración de corte académico del Código Procesal Penal de Córdoba, Argentina, en el que participaron en su redacción los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, mismos que tomaron como base para sus elaboraciones teóricas los Códigos Procesales Italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882 y la Ordenanza Procesal Alemana,<sup>1</sup> y siguiendo la orientación filosófica y política que se identificaba con el espíritu liberal de la legislación procesal vigente en Europa en el siglo pasado, así como con las ideas que surgen del Código Procesal Penal Modelo para Latinoamérica, que se formuló durante las “Jornadas de Río de Janeiro” de 1988, del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, por destacados procesalistas, entre ellos, los profesores Jaime Bernal Cuéllar, Fernando de la Rúa, Ada Pellegrino y Julio Maier,<sup>2</sup> el Legislador Mexicano, llevó a cabo la Reforma al Sistema de Justicia Penal y Seguridad Pública, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, mediante la cual se deberá implementar en el Estado Mexicano el nuevo Sistema Procesal Penal Acusatorio.

Para tal efecto, el nuevo Sistema Procesal Penal Acusatorio, deberá contemplar en su conformación, tres etapas sucesivas que se inician con la recepción por parte del Ministerio Público de la *notitia criminis*,

---

<sup>1</sup> Citado en Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho Procesal Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I, p. 119.

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 149.

esto es, el aviso de que en el mundo fáctico se ha realizado un hecho que, según el que proporciona la información, se encuentra considerado como delito por la Ley y concluye cuando se dicta la sentencia en la etapa llamada de Juicio Oral.

Es preciso destacar que la *notitia criminis*, “no se reduce en el mundo actual al mero aviso al Ministerio Público de que ha ocurrido un delito. Esta noticia debe referirse a datos concretos o específicos. No importando en ésta los argumentos jurídicos que pueda alegar quien da el aviso”.<sup>3</sup>

La primera etapa conocida como de investigación, de instrucción o también llamada preliminar, corre a cargo del Ministerio Público y tiene por objeto en términos generales, que éste recolecte o acumule elementos suficientes de prueba que le permitan en una segunda etapa, llamada “**intermedia**”, formular la acusación en contra del imputado.

Posteriormente, en una tercera etapa del proceso penal acusatorio llamada de “**Juicio Oral**”, se desahoguen los medios de prueba que ambos sujetos de la relación procesal (Ministerio Público y Defensor), hayan presentado a consideración del Juez o Tribunal de Juicio Oral y así obtener en fallo definitivo ya sea una condena o bien la absolución del acusado.

Con base en lo anterior, se reafirma la ya existente separación entre la función de investigar hechos posiblemente constitutivos de delito, que lleva a cabo el Ministerio Público en su carácter de representante de los intereses de la sociedad, y la imposición de una pena o medida de seguridad por el Órgano Jurisdiccional, que es el encargado de declarar o no, la culpabilidad de un sujeto en el caso concreto.

Como sostiene Maximiliano Rusconi en su artículo *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del Ministerio Público*, con la división de funciones en la etapa de investigación se aseguran diversas situaciones, tales como la igualdad de las partes en el proceso penal, se impide la parcialidad del Juez asegurando la objetividad del mismo al momento de decidir, se amplía el desenvolvimiento del derecho de defensa, así como la circunstancia de que si el imputado se enfrenta al Ministerio Público, esto le proporciona mayor libertad a su posición jurídica.

En el sistema procesal penal acusatorio, se concibe a la investigación como una etapa de preparación del Juicio Oral, en la que el Ministerio Público en forma conjunta o separada con las Policías así como con otros

---

<sup>3</sup> Silva Silva, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, México, Editorial Oxford, 2008 p. 245.

Órganos Auxiliares Especializados (peritos, criminólogos, criminalistas, etc.), bajo su dirección jurídica, deben investigar el hecho denunciado y recolectar los elementos de carácter probatorio que en el momento que el Órgano Acusador considere oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al Juez de Control al iniciarse la segunda etapa del proceso penal acusatorio, esto es, **la Etapa Intermedia**. Elementos probatorios que se convertirán en prueba a través del Principio de Contradicción dentro del sistema del examen cruzado, sin olvidar que los Principios de inmediación, de concentración y de publicidad al tener como facilitador a la oralidad, exigen que la práctica y valoración de la prueba se realice durante la etapa del Juicio Oral.

La actividad del Ministerio Público durante la investigación debe de tener el carácter de ser informal, y desarrollar diligencias que resulten apropiadas para constatar la existencia de un hecho posiblemente constitutivo de delito y determinar la forma de intervención del o los sujetos en ese hecho, teniendo que llevar respecto de todas las investigaciones que realice, ya sea con detenido o sin detenido, un **registro** de las mismas como lo establece el párrafo cuarto del artículo 16 y la fracción sexta del apartado B del artículo 20, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>4</sup>

Sin embargo, se considera importante establecer que también a través de **registros**, se deberá hacer constar la forma en que intervendrán las Policías y los demás órganos auxiliares, en la prestación de sus servicios al Ministerio Público en el desarrollo de la investigación, ello con la finalidad de proveer de mejor manera a la seguridad jurídica de los individuos.

Por lo anterior, en el sistema procesal penal acusatorio, el Ministerio Público en la etapa de investigación tendrá que cumplir con tres importantes funciones:<sup>5</sup>

1. Deberá ser el promotor para que desaparezca la viciada formalización de la investigación, dotándola de mayor flexibilidad, siempre y cuando no reclamen ante el Juez de Control, aquellas personas que se sientan afectadas en sus derechos fundamentales por la indagatoria que no se hubiere formalizado;

---

<sup>4</sup> Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Texto Constitucional comparado antes y después de la Reforma, comentado. Cámara de Diputados LX Legislatura, Senado de la República LX Legislatura, Junio de 2008.

<sup>5</sup> Para un análisis más profundo Véase: Duce J., Mauricio, *El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal en América Latina: Visión acerca del estado de los cambios*: <http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ceja-duce-reforma-mp.pdf>.

2. Será el responsable de diseñar las estrategias o medidas de carácter Político-Criminal que permitan eficientar las cargas de trabajo, dotándolo para tal efecto de un nuevo Sistema de Selectividad (la aplicación del llamado Principio de Oportunidad) tal y como lo establece el párrafo séptimo del artículo 21 Constitucional Reformado; y
3. El Ministerio Público por mandato Constitucional, debe ser un órgano que desde el momento en que tiene conocimiento de la existencia de un hecho posiblemente constitutivo de delito, debe preocuparse por dar una efectiva protección a las víctimas u ofendidos del delito, lo anterior se inserta al decir de diversos autores en las modernas tendencias comparadas sobre Victimología, para impedir la doble victimización del ofendido y procurar que colabore con la acción de la justicia y se rehabilite del daño que produce el hecho delictivo.

Asimismo, respecto de las facultades que deberá tener el Ministerio Público en la etapa de investigación, se encuentran las que se han establecido en países que han implementado el Sistema Acusatorio, tales como “organizar su trabajo de modo eficaz, destacando por su importancia los criterios de asignación grupal, el control y evaluación de casos que no son regulados por la ley procesal, de los cuales su definición corresponderá a las autoridades superiores de los Ministerios Públicos de acuerdo con lo que se disponga en la correspondiente Ley Orgánica”.<sup>6</sup> Mismas facultades que deberán llevar a una reflexión por parte del Legislador Mexicano, para ver si pueden ser viables en la Legislación secundaria a la que se dé origen tanto a nivel federal como local.

Por lo anterior, en las diversas etapas del nuevo proceso penal acusatorio se requerirá que al ser el Ministerio Público el principal protagonista, la actividad que desarrolle tenga como base de sustentación, la vinculación de los Principios de un Derecho Penal sustantivo con los Principios de un Derecho Procesal, ambos de corte liberal, que en virtud del movimiento de Reforma, principalmente los segundos, ya se encuentran establecidos expresamente en los artículos 14, 20 apartado A y 21 párrafo

---

<sup>6</sup> V. Mensaje del Ejecutivo, Eduardo Frei Ruiz Tagle, dirigido a la Honorable Cámara de Diputados de la República de Chile (Santiago, 9 de junio de 1995), en Comisión Permanente de Códigos, *Código Procesal Penal*, Quinta Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 19.

séptimo de la Constitución General de la República reformado, tal es el caso de los Principios de Legalidad Procesal y Oportunidad, entre otros, así como los Principios que rigen la función del Ministerio Público como los Principios de Oficialidad y Objetividad, los que de alguna manera ya normaban la función del Ministerio Público en el **Proceso Formal Acusatorio** (mejor conocido como mixto), pero que requieren de una cuidadosa reflexión para constatar que sean plenamente observados en las Legislaciones Procesales y Leyes Orgánicas del Ministerio Público, que surjan con motivo de la reciente Reforma Constitucional publicada el 18 de junio de 2008.

## I. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

Una novedad que se presenta en la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008, lo constituye sin duda el contenido del párrafo séptimo del artículo 21 Constitucional, que a la letra dice: **“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”**.

Se ha manifestado que el Ministerio Público en el proceso penal acusatorio mexicano, deberá realizar una investigación totalmente desformalizada, sin embargo, si considera conveniente formalizarla (judicializarla), formulará la imputación en contra del imputado, esto es, le hará saber que lo está investigando por un delito específico. Para tal fin, tendrá que acudir ante el Juez de Control, para que éste ordene la celebración de una audiencia en la que deberán estar presentes tanto el imputado como su defensor, el Ministerio Público y si es posible la víctima u ofendido por el delito.

Sin embargo, el Ministerio Público podrá tomar la decisión estratégica de “no formalizar”, acudiendo a los llamados “sistemas de selectividad”. Es preciso destacar que en el Sistema de Justicia Penal Mexicano, en la etapa de investigación el Ministerio Público ya era titular de dos de ellos, el No Ejercicio de la Acción Penal y el Archivo Provisional, y al establecer en la Constitución el Principio de Oportunidad, el Legislador faculta al Órgano Investigador como “titular de la acción penal, para disponer, bajo determinadas circunstancias, de su ejercicio con independencia de que

se haya acreditado la existencia de un hecho punible cometido por un autor determinado”,<sup>7</sup> asumiendo con ello que no todos los hechos que se denuncian pueden ser objeto de investigación.

Con base en lo anterior, para llevar a cabo la implementación de los criterios de oportunidad en la Legislación Procesal Penal Secundaria, se hace necesario plantear una contextualización teórico-práctica de su función en el Subsistema de Procuración de Justicia, que a su vez, nos permita identificar sus beneficios y contradicciones, puesto que el hecho de que la utilización de los criterios de oportunidad, se encuentre expresamente establecida en el ámbito de actuación del Ministerio Público (en aquellos estados en los que se ha implementado el proceso penal acusatorio), ha generado un sinnúmero de reflexiones acerca de su viabilidad y práctica en la investigación, no pudiendo desestimarse las consideraciones encontradas respecto a su naturaleza y proyección.

En un primer plano, se tiene la **interpretación progresista**, según la cual la implementación de los criterios de oportunidad en el sistema procesal penal acusatorio, tiene una función política de desarrollo, en razón de que el sistema formal acusatorio (mixto), se ha visto obstaculizado en su eficacia, por la gran cantidad de casos que le son enterados y que merecen una atención concreta que no puede ser resuelta de forma integral, constituyendo un mecanismo de liberación punitiva que pondera el Principio de Legalidad, pues su aplicación estaría reglada por el Juez de Control, quien observaría la legalidad de dicha determinación, obligando, en su caso, a la autoridad administrativa del Ministerio Público a observar cabalmente el respeto de los derechos de las víctimas u ofendidos.

A mayor abundamiento, la contraposición que pudiera existir entre los Principios de Legalidad y Oportunidad, puede llegar a compaginarse, en razón de que la necesidad que tiene la víctima o el ofendido para hacer valer su derecho a dar continuidad a la investigación puede ser exigida, y por ende, la autoridad administrativa tendrá la obligación de hacer valer la pretensión de aquélla.

Aunado a esto, la función de Procuración de Justicia desplegada por el Ministerio Público, dentro del nuevo sistema procesal penal acusatorio, consiste en generar una nueva visión operacional dentro y

---

<sup>7</sup> Cfr. Montero Aroca, Juan, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 1997, p. 71.

fuera del mismo, así como representar un desarrollo político en un estado, pues esta situación provocará una inoperatividad de dicha institución, originada, por la saturación de investigaciones a las que se ve obligado a realizar, y que muy pocas veces en la realidad atiende cabalmente, en virtud de las grandes deficiencias estructurales y técnicas a las que se encuentra expuesto el Órgano Investigador.

La implementación de los criterios de oportunidad, implica responsabilizar al Ministerio Público, a través de nuevas facultades para que cumpla de manera eficiente y precisa con el Principio de Objetividad que regula su función, es decir, solamente los deberá utilizar en la medida en que realmente esté convencido de que las conductas delictivas que estén sujetas a algún criterio de oportunidad no representen una grave alarma social, y con ello evitar que el procedimiento penal llegue a sus últimas consecuencias, el cual, muchas veces deriva en daños mayores para sus destinatarios.

Por otra parte, existe la **interpretación utilitaria**, que sostiene que los criterios de oportunidad tienen una naturaleza antidemocrática, pues se concede al Ministerio Público amplias facultades para decidir sobre la formulación de la acusación respecto de un delito que se hizo de su conocimiento, desplazando las funciones jurisdiccionales de los tribunales y contraviniendo el Principio de Legalidad Procesal, por el cual, “obliga al funcionario a promover la acción penal tan pronto como se verifique un hecho con apariencias delictivas”.<sup>8</sup>

Así también, la facultad otorgada constitucionalmente al Ministerio Público para aplicar los criterios de oportunidad, implica una “facultad de disponibilidad”<sup>9</sup> que aparentemente propende a engrandecer la injerencia del Poder Ejecutivo en una esfera que compete al Poder Judicial, pues la valoración de la conducta para la aplicación de los criterios de oportunidad atenta contra las garantías procesales mínimas de los individuos.

Sin embargo, a pesar de dichos argumentos, para algunos autores, entre ellos Juan Montero Aroca, la ejecución de los criterios de oportunidad implica “el reconocimiento de la incapacidad del legislador penal para llegar a perfeccionar el derecho penal”,<sup>10</sup> pues la inclusión

---

<sup>8</sup> Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.* pp. 266-267.

<sup>9</sup> La facultad de disponibilidad también suele llamársele discrecionalidad u oportunidad.

<sup>10</sup> Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 79.

del principio de oportunidad presupone la tipificación de delitos que en lo futuro, serán reconocidos por el Ministerio Público como delitos de *bagatela* que no tienen relevancia o dañosidad en la esfera jurídica de la sociedad.

Aunado a lo anterior, es una realidad que no se puede soslayar la imposibilidad fáctica de investigar y perseguir todos los casos que ingresan en el sistema por parte del Ministerio Público, lo que obliga a la implementación de mecanismos de selección (suspensión del proceso a prueba, acuerdos reparatorios y sistemas de selectividad), que permiten el funcionamiento del sistema penal y así lograr una eficiente Procuración de Justicia, situación que resultará de un mayor interés para la sociedad, erigiéndose así, una tercera interpretación basada en la tarea de descriminalización de las conductas que son sometidas a la discrecionalidad del Ministerio Público, y así prescindir de la utilización de los criterios de oportunidad.

En este sentido, no se debe perder de vista que, a pesar de que a la implementación de los criterios de oportunidad se contraponen la interpretación utilitaria de su aplicación, dicho principio se encuentra debidamente legitimado en el denominado “Bloque de Constitucionalidad”, conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución (v. g. Tratados sobre Derechos Humanos aplicables a la Administración de Justicia) y en proyectos para la adopción de reglas concretas para el desarrollo de los sistemas procesales penales acusatorios contemporáneos, como lo es el *Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia Penal*,<sup>11</sup> elaborado durante el periodo comprendido entre los años de 1990 a 1992, en Palma de Mallorca, y que han orientado de manera democrática la adopción de facultades discrecionales para los órganos encargados de la procuración de la Justicia y con estricta coherencia a los principios en los que se sustenta un Estado Democrático de Derecho.

Por tal motivo, no debe pasar desapercibido que, no obstante que los criterios de oportunidad no estaban contemplados antes de la Reforma Procesal Penal, lo anterior no significa que éstos no hayan funcionado en la realidad, puesto que, el Subsistema de Procuración de Justicia ha sido incapaz de hacer frente a todos los casos que en él se presentan,

---

<sup>11</sup> Revisar Tercera Regla de su Apartado A, disponible en internet: <http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasdemallorca.htm>.



y que se ha manifestado a través de la selectividad caótica, informal e irracional, llevada a cabo por operadores ignotos e incapaces y sin que resultara posible conocer el criterio utilizado para realizar la selección.

Tampoco resultaría ilógica la pretensión de llevar a cabo una estrategia de política criminal para descriminalizar determinados “delitos de *bagatela*”, pero para que esto sea posible, previamente el Sistema Penal Mexicano (constituido por las Agencias de Procuración de Justicia, Seguridad Pública, Ejecución de Sanciones, etc.), deberá ajustarse al proyecto de implementación legalmente establecido, por lo cual, no se puede evadir la existencia de los criterios de oportunidad en la legislación penal secundaria, y mucho menos desacreditarla de ineficaz, en razón de que la realización de los mismos se ha encontrado implícita en la función del Ministerio Público porque, como ya se dijo, la creación legislativa de los mismos no presupone necesariamente su existencia, y en consecuencia, servirá de plataforma para la identificación de estrategias Político-Criminales más saludables, como lo es precisamente, el proceso de descriminalización de conductas consideradas como delitos.

Sin duda alguna, el Principio de Oportunidad, dentro de la esfera de operación del Ministerio Público, puede operar como un mecanismo procesal temporal, que le permitirá identificar conductas recurrentes que estarán expuestas a un proceso de análisis y valoración de los criterios de oportunidad y, que posteriormente a este ejercicio de identificación, el legislador estará en posibilidad de iniciar un proyecto de reforma descriminalizadora en la legislación penal sustantiva, prescindiendo de la potestad discrecional que tiene el Ministerio Público a través del uso de los criterios de oportunidad en el periodo de investigación.

El Ministerio Público, deberá hacer una valoración realmente objetiva respecto al nuevo sistema de selectividad que se presenta en su esfera de actuación durante la etapa preliminar, no debiendo olvidar que, la tarea de formalización y ejecución de estos mecanismos, supone una doble obligación: “canalizar jurídicamente la selección y -relacionado con ello- excluir una selección irregular y deformante”.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado- Editoriales de Derecho Reunidas, 1979, p. 123.

## II. PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

Con base en este Principio, la investigación la lleva a cabo el Ministerio Público, siempre y cuando existan indicios suficientes para admitir que se ha cometido un hecho posiblemente constitutivo de delito.

En la Legislación Penal Mexicana, concretamente en los artículos 262 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal y 113 del Código Federal de Procedimientos Penales aún vigentes, se autoriza al Ministerio Público y a sus auxiliares a proceder a la investigación de un hecho posiblemente constitutivo de delito de manera oficiosa, cuando tengan conocimiento del mismo.

Inclusive por Reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 23 de enero de 2009, en el párrafo primero del artículo 113 se adiciona lo siguiente “tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para el inicio de la averiguación la comunicación o parte informativo que rinda la policía, en el que se hagan del conocimiento de la autoridad investigadora hechos que pudieran ser delictivos, sin que deban reunirse los requisitos a que aluden los artículos 118, 119 y 120 de este ordenamiento...” mismos requisitos que se refieren a las diversas formas que deben reunirse para la presentación del requisito de procedibilidad relativo a la denuncia.

A mayor abundamiento, en el multicitado artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, en el último párrafo se establece una disposición que permite al Ministerio Público de la Federación, ordenar a la policía investigar cuando se trate de “**informaciones anónimas**”, situación con la que el Legislador Federal en nuestro concepto legaliza “**la delación anónima**”, también llamada **denuncia anónima**, en la que se desconoce quién es la persona que proporciona la información.

Respecto de esta última Reforma parcial al Código Federal de Procedimientos Penales, se ha dicho que constituye un avance significativo para adecuar el antiguo procedimiento formal acusatorio (mixto), al proceso penal acusatorio, inclusive, respecto del Principio de Oficialidad se dice que su fundamento es la existencia de un interés público, porque los hechos punibles sean siempre perseguidos

penalmente, incluso en ausencia o en contra de la voluntad de la víctima, no siendo necesario que el ciudadano impulse el proceso ya que las denuncias son posibles pero no necesarias.

Cabe destacar, que antes de que se adicionaran con la Reforma parcial del 23 de enero de 2009, los contenidos del párrafo primero y el último párrafo al artículo 113 del Código Federal de Procedimientos Penales, el profesor Fernando Arilla Bas, ya se había manifestado en contra del establecimiento en la Ley del Principio de Oficialidad<sup>13</sup>, porque lo consideraba Inconstitucional al no ser acorde con la normatividad que establece que el Ministerio Público procederá a la investigación de hechos posiblemente constitutivos de delito, cuando se haya obtenido previamente el requisito de procedibilidad que establece el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional reformado, que a la letra dice: **“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito...”**

Es importante señalar que una de las limitaciones o excepciones que en el sistema formal acusatorio (mixto), así como en el nuevo sistema procesal penal acusatorio se plantea al Principio de Oficialidad y como consecuencia a la facultad de llevar a cabo la acusación, lo constituyen los delitos perseguibles por querrela, en los que se requiere solamente el impulso de la persona afectada, sin embargo, el procedimiento posterior como dice Baumman “es asunto que les incumbe a los órganos estatales de persecución penal”.<sup>14</sup>

En el proceso penal acusatorio que se ha implementado en algunos Estados como en el Estado de México, aparte de considerar como limitación al Principio de Oficialidad los delitos perseguibles por querrela, se incluye otra excepción más considerable, los **“delitos de acción privada”** estatuyendo en su Ley Adjetiva, un procedimiento especial por delitos de acción privada, en el que el particular puede acudir directamente ante el Juez de Control, mediante una querrela por escrito e iniciar por determinados delitos que previamente se establecen, un procedimiento que reúne las formalidades que se siguen en un proceso ordinario como lo son la formulación de la imputación, la vinculación a proceso entre otros aspectos procesales.

<sup>13</sup> Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 23 edición, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 66.

<sup>14</sup> Baumman, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986, p. 46.

Cabe destacar, que el hecho de que el Legislador Federal haya establecido en el artículo 21 Constitucional párrafo segundo que, la Ley Secundaria “**determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial**”, constituye como lo recuerdan los profesores Niceto Alcalá-Zamora y Héctor Fix Zamudio, la respuesta a un justo reclamo que procesalistas de diversos países americanos y europeos, en la década de los sesenta del siglo pasado llevaron a cabo al celebrarse en nuestro país las Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, contra la proposición del maestro Vélez Mariconde, quien sugería el monopolio acusador del Ministerio Público. Obteniendo la proposición del profesor Vélez, solo 6 votos contra 26. La idea dominante aconsejó que se restableciera al lado del acusador público al privado.<sup>15</sup>

Con lo anterior, se acaba con el acusador público exclusivo, que como lo manifiesta el profesor Jorge Alberto Silva Silva “es propio de un sistema totalitario donde al sujeto público se le monopoliza la legitimación activa en el proceso”.<sup>16</sup>

En este sentido, también se pronunciaron en México los profesores Humberto Briseño Sierra y Juventino V. Castro, quien manifestó al analizar el contenido del artículo 21 Constitucional anterior a la Reforma del 18 de junio de 2008, que al establecer dicho numeral que la persecución de los delitos (lo que equivale al ejercicio de la acción penal), incumbe al Ministerio Público, ahí ya no se está hablando de propiedad ni de exclusividad. Situación que con el contenido del párrafo segundo del artículo 21 Constitucional se reafirma.<sup>17</sup>

### III. PRINCIPIO DE OBJETIVIDAD

Para concluir el presente análisis jurídico-penal, tomando como base la relación de contradicción que se presenta entre el Ministerio Público y el defensor ante la presencia de un tercero que actúa de manera pasiva, que es el papel que debe de asumir el Órgano Jurisdiccional en el nuevo proceso penal acusatorio, y de acuerdo a lo que establece el

---

<sup>15</sup> Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.* p. 155.

<sup>16</sup> *Ibidem.* p. 154.

<sup>17</sup> *Ibidem.* pp. 268-269.

Principio de Inmediación, al ser el órgano acusador el encargado tanto de la investigación del delito como de llevar a cabo la formulación de la acusación (con lo que de alguna manera en representación de un interés general se desplaza a la víctima), se evita con ello la concentración de funciones que permitía los abusos del poder y la parcialidad en el juicio.

Por lo tanto es necesario que el Ministerio Público actúe con absoluta objetividad y que los criterios que aplique en el ejercicio de sus funciones, no deben ser subjetivos sino al contrario, totalmente objetivos lo que le permitirá averiguar la verdad y que se dé cabal cumplimiento a la Ley Penal.

Con base en este Principio, por ningún motivo, se le puede forzar al Ministerio Público, a que en un caso concreto cuando no existan elementos para acreditar un hecho posiblemente constitutivo de delito, y no se constate fehacientemente la autoría o participación de un sujeto, a que lleve a cabo la formulación de la acusación a cualquier costo.

En otras palabras, el Ministerio Público no sólo debe investigar hechos que de acuerdo a su propia estrategia de investigación lo lleven a formular la acusación, sino que también debe objetivamente analizar los hechos que presente el imputado para excluir o mitigar su responsabilidad penal.

El Principio de Objetividad juega un papel importante y como consecuencia debe de observarse en todas las actividades que realiza el Ministerio Público, tanto en la investigación como en la etapa intermedia e inclusive en la audiencia del Juicio Oral.

Se afirma lo anterior, porque el Ministerio Público en la etapa de preparación de manera objetiva debe llevar a cabo la recolección de pruebas que posteriormente se desahogarán en la etapa de Juicio Oral. De igual manera también se observará cuando el Ministerio Público resuelve proponer el No Ejercicio de la Acción Penal (en el nuevo proceso penal acusatorio será la no formulación de la acusación penal), el Archivo Provisional y ahora también los Criterios de Oportunidad, que constituyen como ya se dijo, lo que la doctrina procesal llama los Sistemas de Selectividad, que permiten en el Nuevo proceso penal acusatorio a nivel de la etapa de investigación en buena medida despresurizar las cargas de trabajo del Ministerio Público.

Inclusive, cuando concluya la investigación si el Órgano Acusador no cuenta con elementos suficientes para formular la acusación debe de solicitar al Juez de Control, el sobreseimiento provisional o definitivo, asimismo cuando al desahogarse en la etapa del Juicio Oral los medios de prueba y constata que no existen elementos suficientes para solicitar en el Discurso de Clausura se dicte en contra del acusado una sentencia condenatoria, deberá de actuar de conformidad al Principio de Objetividad vinculándolo con el Principio de la Racionalización de las Penas y Medidas de Seguridad así como con el Principio de Proporcionalidad que rige tanto su actuación como la de los Jueces de Juicio Oral, con el fin de que se haga efectiva en contra del imputado una pena o medida de seguridad, la cual siempre debe de sustentarse en el grado de culpabilidad en el que haya incurrido el sentenciado.

## BIBLIOGRAFÍA

Arilla Bas, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 23 edición, México, Editorial Porrúa, 2004.

Baumman, Jürgen, *Derecho Procesal Penal. Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, trad. de Conrado Finzi, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

Blanco Suarez, Rafael, *Litigación Estratégica*, Cuarta edición, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2007.

Comisión Permanente de Códigos, *Código Procesal Penal*, Quinta Edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I.

Montero Aroca, Juan, *Principios del Proceso Penal. Una explicación basada en la razón*, Madrid, Editorial Tirant lo Blanch, 1997.

Roxin, Claus et. al. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, Primera edición, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2003.

Silva Silva, Jorge A., *Derecho Procesal Penal*, Segunda Edición, México, Editorial Oxford, 2008.

Zipf, Heinz, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado- Editoriales de Derecho Reunidas, 1979.

### **Fuentes electrónicas**

<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/ceja-duce-reforma-mp.pdf>

<http://www.cidh.org/PRIVADAS/reglasmallorca.htm>

### **Legislación**

Código Penal del Distrito Federal.

Código Penal Federal.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.





**METODOLOGÍA DE AUDIENCIA Y ORALIDAD,  
COMO EJES CENTRALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO**

---

JOAHANA DEL RÍO REBOLLEDO<sup>1\*</sup>

<sup>1\*</sup> Profesora-investigadora del Instituto Nacional de Ciencias Penales



## **SUMARIO**

**I.** Introducción. **II.** Fundamento Constitucional. **III.** Metodología de audiencia. **IV.** Oralidad. **V.** La experiencia de la oralización de los procesos penales. **VI.** Los problemas de la metodología de audiencia.



---

## I. INTRODUCCIÓN

Con la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia irá quedando atrás nuestra rígida y oscura forma de trabajo: *la escrituración*, basada en el registro de actuaciones, diligencias y peticiones formalistas, a las que eventualmente, les recaía una resolución escrita que se integraban a un legajo o expediente sin ningún tipo de intermediación entre el juez y las partes.

La calidad de la información incorporada al proceso era de baja calidad, pues no se aplicaba método o técnica alguna para su obtención y era la que precisamente serviría de base para fundamentar una sentencia.

La valoración de prueba por parte del juez se veía supeditada a la información contenida en un legajo de actuaciones y a las reglas que le imponía la legislación sustantiva para ello, en consecuencia, la toma de resoluciones judiciales era descontextualizada y poco acorde con la realidad del proceso, pues no existía un contacto directo entre el juez y los intervinientes (intermediación).

Bajo el sistema de Audiencias se pretende evitar las prácticas del menor esfuerzo que se facilitaron con la escrituración, como son: la incorporación de prueba por lectura, el valor preconstituido de las actuaciones, las limitadas facultades de las partes para ejercer la contradicción, el diferimiento y suspensión de las Audiencias (que todo son menos eso) por largos plazos, y la elaboración de resoluciones judiciales por machote, entre muchas otras.

Estas prácticas fomentadas por el sistema de trabajo adoptado, dejan en claro que la metodología de escrituración no garantizaba estándares mínimos en la producción de prueba y representaba un serio obstáculo para hacer efectivo un debido proceso, pues su sola aplicación implicaba una renuncia tácita del mismo.

Por ello, uno de los objetivos esenciales del proceso de Reforma Penal fue el reemplazo de la escrituración por un sistema de trabajo más eficiente, transparente y propio de estados democráticos: *la metodología de audiencia*, fundamentada en la oralidad como herramienta principal para su ejecución y asociada a una serie de principios y métodos que garantizan el pleno ejercicio de los derechos de las partes, así como la adopción de resoluciones judiciales expeditas, cristalinas y de mayor calidad, que elevará el sistema de administración y procuración de justicia en nuestro país.

La incorporación de esta metodología de trabajo basada en la producción de Audiencias públicas, contradictorias y orales, para generar información *relevante* que sirva de base para la toma de decisiones judiciales, se enfrentará con las tendencias naturales de regresar a las viejas prácticas de la escrituración, pero eventualmente, con una debida concientización de los operadores del sistema de justicia penal y un adecuado programa de seguimiento y monitoreo, se podrá gozar de los beneficios económicos, sociales y de protección de derechos humanos que brinda el sistema de audiencia.

## II. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

La metodología de audiencia permite que las partes presenten, de manera verbal, las peticiones que involucren decisiones relevantes dentro del procedimiento penal, siendo la oralidad la base medular de éste método que representa no un fin en sí mismo de la reforma al sistema de justicia penal, sino el instrumento que facilita la consecución de principios democráticos básicos y garantías del moderno proceso penal acusatorio que se incorpora en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.

Bajo esta lógica se incorpora en el artículo 20, apartado A, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la metodología de audiencia:

**Artículo 20.** *El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*

**A.** *De los principios generales:*

**X.** *Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las Audiencias preliminares al juicio.*

Realizando una interpretación armónica y progresiva de dicho precepto constitucional, se desprende que los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, deberán hacerse efectivos en todas las Audiencias preliminares<sup>1</sup> a juicio, es decir, la presentación de alegatos, medios de prueba y la incorporación de información relevante, deberá estar precedida de debate para la toma de resoluciones judiciales.

### III. LA METODOLOGÍA DE AUDIENCIAS

Para comprender la lógica de la metodología de audiencia, es necesario partir por definir el concepto de audiencia.<sup>2</sup>

(Del lat. *audientĭa*).

1. f. Acto de oír las personas de alta jerarquía u otras autoridades, previa concesión, a quienes exponen, reclaman o solicitan algo;
2. f. Ocasión para aducir razones o pruebas que se ofrece a un interesado en juicio o en expediente;
3. f. Tribunal de justicia colegiado y que entiende en los pleitos o en las causas de determinado territorio.

Como podemos advertir, el concepto de audiencia lleva implícito el término *oír*; es decir, percibir con el oído los sonidos,<sup>3</sup> para lo cual resulta indispensable la oralidad.

<sup>1</sup> La cantidad de Audiencias varía según lo disponga la legislación sustantiva.

<sup>2</sup> Diccionario de la Real Academia Española, voz "audiencia".

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia Española, voz "oír".

La incorporación de la metodología de audiencia, se encuentra motivada en el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>4</sup> en donde encontramos una breve descripción de su lógica en los siguientes términos:

*La oralidad presupone abandonar el sistema o la metodología de formación de un expediente hasta ahora en vigor, para sustituirla por una metodología de Audiencias.*

*La metodología de Audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general, incluidas las etapas preparatorias del juicio. Queda a salvo, por supuesto, la posibilidad de que el Ministerio Público solicite, sin presencia del imputado o su defensor, órdenes de aprehensión, cateo, intervención de comunicaciones privadas y reserva de actuaciones, entre otras diligencias que por su naturaleza requieran sigilo.*

En el sistema acusatorio adversarial, el control de la información y de los medios de prueba que se pretendan ingresar al procedimiento penal, es propio de las partes y deja de serlo del órgano jurisdiccional.

Este control que ejercen las partes en la producción de la información, debe desarrollarse en un entorno propicio que les permita ejercer sus derechos y hacer efectivos los principios de contradicción, publicidad e inmediación.

Siendo así, el entorno razonable que garantiza el debate público entre los actores del proceso frente a la presencia del juzgador, solo se genera en el formato de audiencia, por tanto, la metodología de audiencia es el sistema esencial para que las partes ejerzan sus derechos y produzcan información relevante para la toma de resoluciones judiciales.

---

<sup>4</sup> Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007.

Mauricio Duce,<sup>5</sup> refiere que las ideas centrales que giran en torno al concepto de audiencia son las siguientes:

- La audiencia es una metodología para la toma de decisiones judiciales.
- Es una metodología para que las partes produzcan información relevante para la toma de decisiones judiciales.
- Es una metodología que opera sobre la base de reunir a todos los actores a fin de permitir el intercambio verbal de información relevante para la toma de decisiones judiciales.

La aplicación de una metodología de audiencia tiene funciones muy específicas durante el procedimiento penal:

a) **Producción de información de alta calidad para la toma de decisiones judiciales.** Esto en razón de que es filtrada por el principio de contradicción, en un entorno de interacción entre las partes que genera un formato de audiencia. La presencia de las partes da la posibilidad de controvertir todos los hechos y medios de prueba que formule el oponente, lo que permite la depuración de la información presentada.

En esta dinámica de audiencia, cada actor cumple con funciones muy específicas en la misma, de tal forma que habrá quien formule una petición, quien se oponga a ella y quien la resuelva de manera inmediata.

A fin de asegurar una resolución inmediata en audiencia, resultó indispensable normar dispositivos legales secundarios que aseguraran su cumplimiento, tal como lo vemos en el Código Procesal Penal del estado de Morelos:

**Artículo 66.** *Plazos para decidir.*

*Las resoluciones en Audiencias deberán emitirse inmediatamente después de concluido el debate y antes de cerrada la audiencia. Excepcionalmente, en casos de resoluciones de extrema complejidad, el juez o el tribunal podrán retirarse a deliberar su fallo, por un término que no deberá exceder de veinticuatro horas.*

---

<sup>5</sup> Véase, Duce, Mauricio, en "La oralidad en las etapas previas al juicio oral", Módulo I del curso Intermedio *Problema de la implementación de la Reforma Penal*, CEJA-JSCA (vol. I), Santiago de Chile, 2005. (CD-ROM)

*En los demás casos, el juez, el tribunal o el Ministerio Público, según corresponda, resolverá dentro de los tres días de la presentación o planteamiento de la solicitud siempre que la ley no disponga otro plazo. La infracción a este precepto será sancionada en los términos de la Ley Orgánica que corresponda.*

Las partes durante el procedimiento penal se turnan el rol de peticionario, pues habrá diligencias en que la defensa formule una petición en concreto que pueda afectar los intereses de la parte acusadora, quien se opondrá a la petición y viceversa. La función de resolver todo planteamiento, alegato y debate será siempre del Juez.

- b) **Producir decisiones judiciales de alta calidad.** En virtud de la presencia física del juez (principio de inmediación) y la posibilidad de las partes de refutar la información (principio de contradicción), provoca una resolución de mayor calidad que la que se pudiera producir en aquella basada en un expediente escrito.

Parte fundamental en la metodología de audiencia, es que la toma de resoluciones judiciales se debe de producir con base en el intercambio de información (debate) producida en la audiencia y no de las constancias que obran en el expediente.

Uno de los candados que se impusieron en los nuevos Códigos de Procedimientos Penales de los estados que ya implementaron el sistema acusatorio adversarial, fue establecer los presupuestos en los que una petición se debía de resolver de manera inmediata en audiencia:

**Artículo 35.** *Resolución de peticiones o planteamientos de las partes.<sup>6</sup>*

*Todas las peticiones o planteamientos de las partes que, por su naturaleza o importancia, deban ser debatidas, requieran producción de prueba o cuando así lo disponga la ley expresamente, se resolverán en audiencia. Cuando así lo disponga la ley, se resolverán por escrito en un plazo máximo de tres días.*

---

<sup>6</sup> Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.



*Cuando alguna de las partes desee producir prueba en la audiencia, deberá ofrecerla en el escrito en el que solicite la celebración de la misma. Si la contraparte del solicitante es quien desea producir prueba en la audiencia, deberá ofrecerla por escrito antes de la celebración de la misma. Las cuestiones debatidas en una audiencia deberán ser resueltas en ella.*

*Los medios de prueba que se desahoguen en una audiencia previa a la de juicio oral, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por la ley.*

- c) **General un entorno razonable en el que las partes puedan ejercer sus derechos en el proceso, a fin de cumplir con el debido proceso.** La metodología de Audiencias, permite que las partes presenten de manera verbal las peticiones que involucren decisiones importantes dentro del procedimiento penal o que puedan afectar los derechos de los intervinientes, siendo la oralidad la parte medular de este método que representa no un fin en sí mismo de la reforma al sistema de justicia penal, sino un instrumento que facilita la consecución de principios democráticos básicos y garantías del moderno proceso penal acusatorio que se incorpora en el artículo 20 de nuestra Carta Magna.
- d) **Resguarda la publicidad de las decisiones que se adoptan en el proceso.** La publicidad de los procesos ventila las razones que fundamentan una resolución judicial, por tanto las legitima, ya que de esta forma la sociedad puede entender sus razonamientos debido a su presencia en el lugar y la observación en el desarrollo de la audiencia.

La complejidad de una audiencia radica en la naturaleza de la petición que se formule, así como del número de pretensiones planteadas en la misma audiencia, así como por bien jurídico tutelado, lo que seguramente, generará un debate más intenso y más complejo de aquéllas en la que se solicite audiencia para el ofrecimiento de un acuerdo reparatorio entre las partes.

La metodología de audiencia es un procedimiento que puede utilizarse extensivamente durante el procedimiento penal, con el empleo de distintas dinámicas, complejidad, duración y objetivos. Es decir se puede emplear este método para resolver tanto las cuestiones más complejas como las más sencillas que pueden surgir en el procedimiento penal.

La metodología de audiencia, proporciona grandes beneficios:

1. Asegura una participación activa de las partes y el pleno ejercicio de sus derechos.
2. Garantiza que cualquier afectación en los derechos fundamentales de la víctima u ofendido, así como del propio imputado en etapas preliminares a juicio, será debatida en audiencia pública, contradictoria y oral, frente a la presencia del juzgador.
3. Maximiza el derecho de contradicción al permitir que las partes puedan controvertir exhaustivamente los medios de prueba ofrecidos por su oponente.
4. La producción de información de mayor calidad al obtenerse bajo el matiz de la contradicción, la publicidad y la intermediación.
5. Eleva la calidad de las resoluciones judiciales, al contar con información filtrada por medio de debate.

La distribución física de una sala de audiencia impacta directamente en la metodología de audiencia, pues la cercanía entre las partes facilita la comunicación entre ellas, dando como resultado el dinamismo en la propia audiencia.

#### **IV. LA ORALIDAD**

La oralidad, entendida como el intercambio verbal de ideas, constituye una herramienta esencial para facilitar el debido respeto a los derechos y garantías consagrados en nuestra Carta Magna y en los tratados e instrumentos internacionales.

La oralidad es considerada como un presupuesto del sistema acusatorio y no un principio, razón por la cual, no se integró en el epígrafe del artículo 20 constitucional, en el que se detallan los principios rectores de este sistema.



El anterior razonamiento, encuentra justificación en el dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, que adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos, que al respecto dispone:<sup>7</sup>

*La oralidad propiamente dicha no es un principio procesal, sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios que se explicarán a continuación. No es imaginable un proceso público si las actuaciones se desarrollan por escrito, en este tipo de procesos los jueces y el público se enteran al mismo tiempo de todas las actuaciones. Tampoco sería posible una adecuada continuidad en el desarrollo de las Audiencias y la concentración en el desahogo de las pruebas si las actuaciones no se desarrollan oralmente. Sin la oralidad, tampoco cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción. Cabe asimismo aclarar que la oralidad no sólo es una característica del juicio, sino de todas las actuaciones en las que deban intervenir todos los sujetos procesales. La oralidad presupone abandonar el sistema o la metodología de formación de un expediente hasta ahora en vigor, para sustituirla por una metodología de Audiencias.*

El concepto de oralidad como garantía de las partes, se encuentra recogido en los instrumentos internacionales cuya función principal es la protección de los Derechos Fundamentales. Entre los vinculantes para el Estado mexicano tenemos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, el cual consagra la oralidad en su artículo 8.2 (f)<sup>8</sup>, disposición que debe complementarse con el numeral 8.5<sup>9</sup> del

---

7 Dictamen de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia, con proyecto de decreto que reforma, que adiciona y deroga diversas disposiciones de la constitución política de los estados unidos mexicanos, publicado en Gaceta Parlamentaria, Cámara de Diputados, número 2401-VIII, martes 11 de diciembre de 2007, p. 31.

8 Artículo 8. Garantías Judiciales.

2.Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

...  
f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

9 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

mismo instrumento y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos que establece la oralidad en su artículo 14.1.<sup>10</sup>

La oralidad por sí sola, no genera una mayor celeridad de los procesos, pero indudablemente, su correcta aplicación garantiza decisiones más expeditas y obliga al juzgador a resolver de manera inmediata, por lo que podemos afirmar que de esta forma, se erige en garantía de justicia.

#### **IV. LA EXPERIENCIA DE LA ORALIZACIÓN EN LOS PROCESOS PENALES**

La implementación del sistema acusatorio adversarial en Latinoamérica y en algunas entidades federativas del país,<sup>11</sup> nos arroja diversos modelos para la incorporación de la oralidad en el procedimiento penal y en otras ramas del derecho.

En la mayoría de los casos, se ha implementado un modelo basado en sistema de Audiencias (metodología de Audiencias), para las diferentes etapas del procedimiento penal,<sup>12</sup> de tal forma, que la discusión de la legalidad de la detención en casos de flagrancia o urgencia, la formulación de cargos, la imposición de medidas cautelares, la vinculación a proceso, el ofrecimiento y admisión de pruebas, se verifica en un formato de audiencia.

Analizando las fases del proceso penal en que está prevista la audiencia oral, encontramos que nueve países (Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Perú, Puerto Rico, República

---

10 Artículo 14.

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

11 Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca y Zacatecas.

12 Etapa preliminar o de investigación, etapa intermedia o de preparación y etapa de Juicio Oral.

Dominicana y Venezuela) tienen prevista la audiencia oral en todas las fases del proceso penal: Inicial, intermedio, juicio, ejecución y recursos.<sup>13</sup>

Para lograrlo, en países como Ecuador fue necesario establecer compromisos institucionales con los operadores del sistema de justicia penal: La policía debía entregar inmediatamente información a los fiscales de turno acerca de las detenciones policiales. Jueces y fiscales debían desarrollar un sistema de turnos que les permitiera responder bajo la lógica de las Audiencias, especialmente en casos de flagrancia. Los jueces se comprometieron a establecer 2 franjas de horarios para la realización de Audiencias. Una, de las 08:00 a 10:00 horas y otra de 16:00 a 18:00 horas, correspondiendo el turno de la mañana y el de la tarde a jueces distintos. Los fiscales establecieron un turno diario de dos fiscales, en que uno se hacía cargo de las Audiencias generadas con las detenciones producidas entre las 00:00 y las 12:00 horas y el otro de las generadas entre las 12:00 y 24:00 horas.<sup>14</sup>

## **V. PROBLEMAS DE LA METODOLOGÍA DE AUDIENCIA.**

La implementación de un sistema de Audiencias para el desahogo de los procedimientos penales, como ya lo hemos señalado, no resultará nada sencillo, pues implica romper con toda una tradición jurídica de más de un centenario en nuestro país.

Por ello, resulta importante advertir los posibles problemas que se pueden presentar en la implementación de ésta metodología, que de no prevenirse, pueden propiciar fallas importantes en nuestro sistema de procuración y administración de justicia.

Las dificultades a las que se han enfrentado los países en la aplicación del sistema oral son muy diversas, podemos identificar tres que fueron destacadas por varios de los países: la falta de recursos económicos, la falta de formación y el apego al sistema escrito.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Conclusiones de la oralidad procesal en Iberoamérica. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, p. 11.

<sup>14</sup> Informe La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca en Ecuador, p.11.

<sup>15</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Conclusiones de la oralidad procesal en Iberoamérica. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, p. 8.

Los problemas más recurrentes se han registrado en la implementación del sistema de Audiencias son:

- Impulso constante hacia la escrituración.
- Alto porcentaje de suspensiones.
- Ausencia de discusiones reales.
- Teatralización.
- Desatención.
- Falta de modelos de gestión administrativa.

Otro dato significativo que debemos ponderar, es el reducido número de países que cuentan con un mecanismo de evaluación y control que pueda verificar el cumplimiento efectivo de la oralidad. Es esencial que los países cuenten con un sistema de seguimiento y control del progreso de las acciones, con la finalidad de poder evaluar los resultados del sistema, localizar necesidades e identificar situaciones que requieran corrección.<sup>16</sup>

Evidentemente, no podemos esperar que a corto plazo se revierta esta tendencia inquisitorial de más de cien años en nuestro país, para la toma de decisiones judiciales que afecten o no los derechos de los intervinientes, sin embargo, de manera prioritaria debemos tomar las previsiones necesarias para blindar los ordenamientos secundarios, limitando de manera expresa en éstos, el empleo de constancias escritas que sirvan de base para la toma de resoluciones judiciales y minimizar al máximo el riesgo del fracaso.

---

<sup>16</sup> XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. Conclusiones de la oralidad procesal en Iberoamérica. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008, p. 10.







**ELEMENTOS MÍNIMOS PARA EMITIR UNA SENTENCIA CONDENATORIA  
DE CONFORMIDAD CON LA REFORMA PENAL 2008**

---

JAVIER DONDÉ MATUTE<sup>1\*</sup>


<sup>1\*</sup> Profesor-Investigador del INACIPE. Doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen (Escocia).





## **SUMARIO**

Introducción. **I.** La sentencia condenatoria en el sistema acusatorio. **II.** Derecho internacional de los derechos humanos. **III.** Derecho penal internacional. **IV.** Conclusiones.



---

## INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación una serie de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Reforma Penal 2008), cuya intención principal es establecer un sistema acusatorio de enjuiciamiento penal en México. Lo anterior implica no solamente establecer un cambio de paradigma en la forma de entender este nuevo proceso penal, sino inclusive crear nuevos conceptos acordes con el sistema acusatorio.

Hay varios conceptos que desaparecen del texto constitucional, como *cuerpo del delito*. También hay nuevos conceptos que se han incorporado, como *auto de vinculación a proceso*. Estos últimos, deben construirse por la legislación e interpretarse por los jueces sin la ventaja de antecedentes ya muy estudiados.

Dentro del rubro de los nuevos conceptos, está lo necesario para dictar una sentencia condenatoria. Tal y como se expresa en el nuevo texto constitucional en el artículo 20, fracción VIII, que señala: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado; [...]”

Así, como el auto de vinculación a proceso representa una etapa intermedia y la detención o la orden de aprehensión representan etapas tempranas del mismo proceso penal, la sentencia condenatoria es la culminación del proceso penal, el auto más importante porque justifica la pena que normalmente implica la privación de la libertad por un tiempo más o menos extenso. Sin embargo, a diferencia de

los primeros autos, a la sentencia condenatoria no se le establecieron requisitos en el texto constitucional; y sobre todo, no se le dio contenido a la palabra “convicción”.

En este trabajo se estudiará el concepto de “convicción”, argumentando que es un término inconsistente con los propósitos de la Reforma Penal 2008 y que debe ser corregido (ante la improbabilidad de una nueva Reforma Constitucional) en los textos de los códigos procesales. Primero, se evaluará este concepto a la luz del principio de presunción de inocencia para demostrar que cualquier concepto de “convicción” que se adopte por las legislaturas, deberá ser acorde con el sistema acusatorio y, por ende, a este principio.

Consecuentemente, se adoptará el principio de duda razonable como el parámetro que debe regir a las sentencias condenatorias en el nuevo sistema acusatorio y en congruencia con tratados internacionales de derechos humanos que fueron la base de la Reforma Penal 2008.<sup>1</sup> De esta forma, se acudirá al Derecho internacional de los derechos humanos y al Derecho Penal Internacional para establecer los parámetros o requisitos mínimos establecidos para la duda razonable.

## I. LA SENTENCIA CONDENATORIA EN EL SISTEMA ACUSATORIO

La propuesta que se presenta en este estudio es la de incorporar el concepto de “más allá de la duda razonable” a las legislaciones secundarias, y se basa en los siguientes argumentos.

En primer lugar, el concepto de duda razonable es el estándar utilizado para condenar en los sistemas acusatorios.<sup>2</sup> La intención del constituyente permanente al reformar el sistema de justicia penal en México, fue precisamente la de transitar hacia un sistema con estas características. Dicha afirmación se desprende del propio texto

---

<sup>1</sup> Estos principios rectores se desprenden del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia de la Cámara de Senadores.

<sup>2</sup> Véase Gallanis, Thomas P, “Reasonable doubt and the history of criminal trial”, *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, Iowa City, núm. 09-48, Diciembre de 2009 pag. 941, <http://www.ssrn.com/abstract=1479788>. Históricamente los inicios del concepto son del *Common Law*. Véase también Zappalá, Salvatore, *Human rights in international criminal proceedings*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 97-98. En los sistemas de *Common Law* se exige condenar más allá de la duda razonable, mientras que en los sistemas continentales se usa el criterio de “*intime conviction du juge*”.

constitucional en la nueva redacción del artículo 20 que señala: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación”.

Esta disposición es de suma importancia pues marca una pauta interpretativa. Las disposiciones constitucionales y legales deben de interpretarse de conformidad con un sistema acusatorio y oral; además, en caso de duda, se debe buscar la preservación de los principios rectores del sistema, tal y como se señala en la propia Constitución Federal.

Al tomar estas pautas de interpretación, queda claro que la acepción coloquial de “convicción” no tiene cabida en un sistema acusatorio, pues implica que el juez podrá dictar una sentencia condenatoria con criterios subjetivos.<sup>3</sup> Aunque un grado de subjetividad es inevitable en la valoración de las pruebas que sustentan una sentencia, un sentido de congruencia obliga a adoptar los criterios para dictar sentencias condenatorias en los sistemas acusatorios.<sup>4</sup> Así, se debe sustituir en las legislaciones secundarias el concepto de convicción, por el de duda razonable, que es propio de los sistemas acusatorios, y es el único que pudiera dar cumplimiento a los parámetros mencionados en el párrafo inicial del artículo 20.<sup>5</sup>

No obstante lo anterior, debe advertirse que en los sistemas anglosajones, donde surge el proceso penal acusatorio y la duda razonable, ha sido imposible definir el contenido de este concepto. En dichos sistemas, es importante el intento de definir, pues se debe hacer claro para los jurados.<sup>6</sup>

3 Véase Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, [http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=conviccion](http://buscon.rae.es/draef/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=conviccion) (22 marzo 2010). En su segunda acepción, por convicción se entiende “Idea religiosa, ética o política a la que se está fuertemente adherido”. Véase Campbell, Colombo, “Garantías constitucionales del debido proceso penal. Presunción de Inocencia”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2007, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20071/pr/pr18.pdf> (22 marzo 2010) Este autor le da un contenido jurídico al término “convicción” tal y como se emplea en Chile, para acercarlo a los parámetros del sistema acusatorio.

4 Véase Engel, Christopher, “Preponderance of the Evidence versus Intime Conviction A Behavioral Perspective on a Conflict between American and Continental European Law”, August 2008, pp. 4-5, <http://www.ssrn.com/abstract=1283503> (13 abril 2010).

5 No solamente en sistemas de *Common Law*, sino en sistemas mixtos como Escocia y Sudáfrica se usa el concepto de duda razonable. Véase *McKenzie v. H.M. Advocate*, 1959 J.C. 32 citado en Gane, Christopher, Stoddart, Charles, *Criminal procedure in Scotland—Cases & Materials*, Edinburgo, W. Green/Sweet & Maxwell, 1994 p. 10; y Joubert, J.J. (ed), *Criminal procedure handbook*, 4th Edition, Pretoria, Juta & Co. Ltd, 1999, p. 7.

6 En los sistemas de *Common Law* se ha debatido mucho sobre el contenido que debe tener la frase “duda razonable”, sin mucho éxito. Inclusive algunos autores y tribunales han preferido no anclar el concepto en una definición estática. Sobre este debate Véase Israel, Jerold H. y LaFave, Wayne R., *Criminal procedure - constitutional limitations*, St. Paul, Thomson/West, 2001, In a Nutshell Series, pp. 512-513; LaFave, Wayne R., *Criminal law*, 3rd Edition, St. Paul, West Group, 2000, Hornbook Series, p. 62; Gallanis, Thomas P., *op. cit.*, pag. 491; Véase también Schabas, William A. “Presumption of innocence-Article 66”, en Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2nd Edition, Oxford, C.H. Beck/Hart/Nomos, 2008, p. 1241.

Este problema no repercute en los sistemas acusatorios que no tiene jurado, como el previsto en la Reforma Penal 2008.

En todo caso, parece haber consenso en que el criterio de duda razonable debe aplicarse a la responsabilidad de la persona y los elementos del delito; no incluye otros aspectos del proceso penal que también exigen una comprobación, como la admisión de las pruebas.<sup>7</sup> Asimismo, es un criterio basado en probabilidades, pero siempre aplicando el estándar más alto posible, con base en las pruebas aportadas.<sup>8</sup>

En segundo lugar, el dictar una sentencia condenatoria más allá de la duda razonable tiene consecuencias para el debido proceso, pues se trata de un elemento indispensable de la presunción de inocencia.<sup>9</sup> El derecho a que una persona se le presuma como inocente ya ha sido incorporado expresamente en la Constitución Federal en virtud de la Reforma Penal 2008. El artículo 20, apartado B, fracción I señala: “De los derechos de toda persona imputada: A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa; [...]”.

Esta inclusión tiene consecuencias importantes para todo el proceso penal y en particular para la sentencia. En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “[E]l principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada”.<sup>10</sup>

El argumento que aquí se expone es que esa demostración de la que hace mención la Corte Interamericana de Derechos Humanos solamente puede darse por cumplido a través del estándar probatorio más elevado; que en un proceso penal es la duda razonable.<sup>11</sup>

También la doctrina y los tribunales han identificado criterios de política criminal que hacen deseable la incorporación del concepto de comprobación elevado que representa la condena más allá de la

---

7 Véase Del Carmen, Rolando V., *Criminal procedure-law and practice*, 2nd Edition, Belmont California, Brooks/Cole, Pacific Grove, 1987, pp. 343-344.

8 Véase Zappalá, Salvatore, *op. cit.*, pp. 98-99.

9 Véase *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970) 362, 364. Con base en este precedente de la Suprema Corte de los Estados Unidos, se le dio rango constitucional, dentro de las cláusulas de debido proceso legal al concepto de condena más allá de la duda razonable. Véase también Israel, Jerold H., *op. cit.*, pp. 512-513.

10 Caso Suárez Rosero vs Ecuador, Fondo. Corte IDH, Serie C No. 35, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, párr. 77.

11 Véase Del Carmen, Rolando V., *op. cit.*, p. 89. Este autor hace un cálculo de que la duda razonable es un 95% de certeza, el 100% es la certeza absoluta (*Absolute certainty*).

duda razonable. Christopher Engel señala que este concepto asegura que se minimicen las condenas falsas, lo cual pudiera ocasionar una pérdida de confianza en el sistema procesal.<sup>12</sup>

Asimismo, la Suprema Corte de Estados Unidos al reconocer el rango constitucional del concepto duda razonable le reconoció las siguientes funciones:

- 1 Se reducen las condenas por error fáctico (*factual error*).
2. Es una expresión concreta del principio de presunción de inocencia.
3. Las personas procesadas estarían en una desventaja que derivaría en una injusticia fundamental (fundamental fairness) si fuera declarado culpable con los mismos estándares de un proceso civil.
4. Las personas procesadas tienen mucho que perder con un proceso penal, es por ello que una sociedad que valora el honor y libertad de las personas no puede condenar a una persona cuando exista duda razonable de su inocencia.
5. La duda razonable es un elemento esencial para que los miembros de la sociedad tengan confianza en la impartición de justicia.<sup>13</sup>

En conclusión, el concepto de duda razonable es una expresión del principio de presunción de inocencia y del sistema acusatorio. Además, cumple con funciones importantes que la mera “convicción” del juez, con su fuerte carga subjetiva, no puede realizar. Es por ello que se sugiere la incorporación del concepto de duda razonable en los códigos procesales como una ampliación de garantías y una congruencia con los preceptos constitucionales que prevén la transición al sistema acusatorio.

## II. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En este apartado se establecerán los requisitos que en materia de derechos humanos ha fijado la comunidad internacional para determinar el contenido de la duda razonable.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Engel, Christopher, *op. cit.*, p.7.

<sup>13</sup> *In re Winship*, *op. cit.*, pp. 363-364.

<sup>14</sup> Véase Schabas, William A. *op. cit.*, p. 1240. El principio de duda razonable no tiene un sustento sólido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Inclusive se quiso incorporar en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pero fracasó.

Es sorprendente que en el Derecho internacional de los derechos humanos no se haya establecido un parámetro para dictar una sentencia condenatoria y que no exista un tratado internacional que establezca algún requisito para dictar una. A manera de ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos señala que cualquier sentencia condenatoria debe dictarse únicamente después de “ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella”.<sup>15</sup>

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha interpretado de forma directa que una sentencia condenatoria debe dictarse más allá de la duda razonable. En el caso *Fermín Ramírez* los representantes de las víctimas alegraron que la pena de muerte impuesta a la víctima no hubiera reunido los estándares de la duda razonable, como un componente de la presunción de inocencia.<sup>16</sup> La Corte Interamericana, sin embargo, no hizo pronunciamiento alguno sobre el particular, aunque señaló que había otras violaciones al debido proceso, en concreto al artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>17</sup>

La única referencia a la duda razonable dentro del contexto del sistema interamericano de derechos humanos se encuentra en el voto particular de Sergio García Ramírez en el caso *López Álvarez*, cuando señala que la condena más allá de la duda razonable es un elemento esencial del debido proceso:

La Sentencia del Caso *López Álvarez* también se ha ocupado en la materia del procedimiento -y, en su momento, del proceso, como se ve en este caso-, que constituye la razón de fondo para que el Estado haga lo que está haciendo: restringir derechos y libertades y actuar, a través de sus autoridades, en forma que pudiera desembocar en mayores restricciones o privaciones, cuya justificación debe hallarse siempre claramente establecida. Esta consideración obliga a precisar

---

<sup>15</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, Art. 8 (1). En el mismo sentido el artículo 14 (2) constitucional establece “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

<sup>16</sup> Caso *Fermín Ramírez vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, Serie C No. 126, Sentencia de 20 de junio de 2005, párr. 56 (p)

<sup>17</sup> *Ibidem*, párrs. 80-81.



con adecuados medios de prueba -esto es, admisibles, suficientes y persuasivos- la existencia del cuerpo del delito, conforme a los ordenamientos que así lo mencionen, o de los elementos contenidos en el tipo penal, de cuya comprobación depende, primero, el enjuiciamiento mismo (aunque en ese momento no se exija comprobación plena), y luego, la sentencia (que se instala sobre una prueba convincente, por encima de la duda razonable).<sup>18</sup>

Resulta lamentable que la mayoría no haya retomado este razonamiento, pues explica con precisión la necesidad de incorporar el concepto de duda razonable en el proceso penal y su vinculación con la prueba. Sin embargo, es posible explicar por qué la Corte Interamericana rehúye de aplicar el criterio de duda razonable al retomar los razonamientos vertidos en *Fermín Ramírez*. En primer lugar, la Convención Americana de Derechos Humanos no avala ningún sistema procesal en particular,<sup>19</sup> solamente considera si hay violaciones al debido proceso. Por lo tanto, no podría incorporar un concepto propio del sistema acusatorio, como lo es la duda razonable. En segundo lugar, evaluar si en un caso se cumplió con los estándares de la duda razonable, implica hacer una revisión de los hechos probados en el proceso penal, lo cual la Corte Interamericana no está facultada a hacer;<sup>20</sup> como se mencionó, solamente puede revisar si hubo una violación al debido proceso.

La Convención Europea de Derechos Humanos no menciona expresamente los criterios para dictar una sentencia condenatoria, sin embargo, ha sido relativamente reciente que la Corte Europea de Derechos Humanos ha reconocido este criterio, aunque solamente para señalar que la duda razonable es el estándar probatorio que debe aplicarse en materia penal y que éste es un nivel probatorio más elevado que en otras materias sancionadoras, como la fiscal.<sup>21</sup> No obstante, es interesante notar que cuando hace una determinación sobre la existencia de un acto cruel, inhumano y degradante o tortura, como responsabilidad estatal, usa el criterio de duda razonable.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> *Caso López Álvarez vs Honduras*. Fondo Voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, Corte IDH, Serie C No. 141, Sentencia de 1 de febrero de 2006, párr. 15.

<sup>19</sup> Véase *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*, *op. cit.*, párr. 66.

<sup>20</sup> *Ibidem.*, párr. 62.

<sup>21</sup> *Case of Geerings V. The Netherlands*, Judgment, CorteEDH, Application no. 30810/03, 1 March 2007, párr. 47.

<sup>22</sup> *Case of Sevgin And Ince V. Turkey*. Judgment, CorteEDH, Application no. 46262/99, 20 September 2005. párr. 52.

El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, al abordar el tema de la duda razonable, en el contexto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, parece ser más abierto que los tribunales en la materia. En primer lugar, ha incorporado el concepto dentro del contexto de la presunción de inocencia. En su Comentario General #13 estableció: “En virtud del principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba le corresponde al órgano acusador y el acusado tiene el beneficio de la duda. La culpabilidad no puede presumirse hasta que los cargos han sido probados más allá de la duda razonable”.<sup>23</sup>

El Comité de Derechos Humanos, en la misma línea que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que le corresponde a los tribunales nacionales evaluar los hechos y las pruebas que se le presentan<sup>24</sup>. Sin embargo, no ha abandonado el concepto del todo. En un caso, en el cual la víctima fue condenada por homicidio exclusivamente con el testimonio de su supuesto cómplice, quien además cambió su testimonio en varias ocasiones,<sup>25</sup> el Comité determinó que se había violado el principio de duda razonable. A pesar de que esta determinación implicaba evaluar los hechos y las pruebas, en casos en los que la condena fuera manifiestamente arbitraria o implicara una denegación de justicia, podría analizar los hechos y declarar una violación al principio de duda razonable.<sup>26</sup>

Las anteriores reflexiones no parecen tener mucha importancia ante lo escaso de los criterios en Derecho internacional de los derechos humanos para darle contenido a las sentencias condenatorias. Sin embargo, es importante señalar que a pesar de estas omisiones hay una tendencia a reconocer que dicho criterio debe girar en torno a la duda razonable. En otras palabras, aunque el contenido y los requisitos precisos no se señalen, el criterio de duda razonable parece ganar terreno sobre criterios “continentales” como “*intime conviction du juge*”; que se basan en criterios subjetivos no probatorios. A su vez, de conservarse el término corriente de “convicción” usado en la Reforma Penal 2008, podría haber una violación a los derechos humanos.

---

<sup>23</sup> International Covenant on Civil and Political Rights General Comment 13 (Twenty-first session, 1984): Article 14: Equality Before the Courts and the Right to a Fair and Public Hearing by an Independent Court Established by Law, A/39/40, 1984, 143 at párr. 7. (Traducción del autor).

<sup>24</sup> *Rolando V. The Philippines* (1110/2002), ICCPR, A/60/40 vol. II, 3 November 2004, 161 at párr. 4.4.

<sup>25</sup> *Arutyunianz V. Uzbekistan* (971/2001), ICCPR, A/60/40 vol. II, 30 March 2005, 68 at párr. 2.2.

<sup>26</sup> *Ibidem*, párr. 6.5.

## II. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Aunque en Derecho internacional de los derechos humanos no se hayan establecido parámetros para la identificación de la duda razonable; por lo menos, se puede ir tejiendo una línea de pensamiento en el sentido de que éste debe ser el parámetro a seguir. Como ese cuerpo normativo se encuentra limitado para determinar el alcance del concepto y también se elude pronunciarse a favor de un sistema de procesamiento penal; resulta conveniente buscar respuestas en el derecho penal internacional.

Idealmente, estos requisitos se encontrarán en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en la jurisprudencia que lo interpreta, puesto que en este tratado internacional se encuentran los criterios modernos sobre el debido proceso; además de que es la única norma convencional que describe un proceso penal en plenitud.<sup>27</sup> El Estatuto de Roma prevé este estándar probatorio, en su artículo 66 (3): “Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable”. No que no se han desarrollado son los criterios que lo interpretan.

Sin embargo, el concepto de duda razonable tiene un arraigo importante en el Derecho Penal Internacional. Ya en la resolución dictada por el Tribunal de Núremberg dos acusados fueron absueltos por no encontrarse pruebas de su participación en la comisión de crímenes contra la paz, más allá de la duda razonable.<sup>28</sup>

Este criterio probatorio fue retomado en las Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia<sup>29</sup> y Ruanda.<sup>30</sup> Estos tribunales han abordado el concepto de duda razonable en sus resoluciones y hay evidencias de que la propia Corte Penal Internacional retomará dichos criterios. Por lo tanto, son importantes estos casos para encontrar un posible contenido para el incipiente sistema de procesamiento penal en México.

<sup>27</sup> Sobre este aspecto Véase Dondé Matute, Javier, “¿Cómo se regula el debido proceso en el Estatuto de Roma?”, Congreso Internacional de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/internac/pdf/10-457s.pdf> (13 abril 2010).

<sup>28</sup> Véase *Judgment of the International Military Tribunal for the Trial of German Major War Criminals, resoluciones de Schacht and Van Pappen*, [http://avalon.law.yale.edu/subject\\_menus/judcont.asp](http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/judcont.asp) (13 abril 2010); Véase también Schabas, William A. *op. cit.*, p. 1240.

<sup>29</sup> Véase Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, 10 diciembre 2009, Regla 87 (A).

<sup>30</sup> Véase Reglas de Procedimiento y Prueba del Tribunal penal internacional para Ruanda, 14 marzo 2008, Regla 87 (A).

El Estatuto de la Corte Penal Internacional expresamente retoma el concepto de duda razonable en su artículo 66 como parte de la regulación de la presunción de inocencia. Para contextualizar los comentarios siguientes se transcribe el artículo completo:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

A pesar de la extensa regulación del principio de presunción de inocencia no hay una aclaración de lo que implica el concepto de duda razonable. Es omiso el propio Estatuto y las Reglas de Procedimiento y Prueba; lo cual obliga a estudiar la jurisprudencia para tratar de establecer con una precisión mínima su contenido.<sup>31</sup>

Al no haber sentencias condenatorias dictadas por la Corte Penal Internacional, es indispensable recurrir a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para tratar de esclarecer el concepto de duda razonable.<sup>32</sup>

Así como los tribunales del *Common Law* y la doctrina anglosajona han renegado definir el concepto de duda razonable, lo mismo ha ocurrido en los tribunales *ad hoc*. Se puede desprender una aplicación casuística del principio, que no permite establecer un concepto unívoco. En las apelaciones se señala que los tribunales de primera instancia, al ser quienes presencian el desahogo de las pruebas, están en una situación más adecuada para tomar determinaciones en cuanto a su valor, y la eventual refutación de la acusación del Fiscal.<sup>33</sup> Esta manifestación claramente representa el principio de inmediación, propio del sistema penal acusatorio.<sup>34</sup>

No obstante, la Sala de Apelaciones del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia en el caso *Martic* señaló que condenar más allá de la duda razonable implica que con las pruebas presentadas no

31 Véase Schabas, William A. *op. cit.*, p. 1241. Según este autor no parece haber problema con la interpretación de la frase a pesar de esta omisión en el marco normativo de la Corte Penal Internacional.

32 Es importante recordar que la propia Corte Penal Internacional ha recurrido a la jurisprudencia de estos tribunales para interpretar el propio Estatuto de Roma, por lo que resulta factible pensar que lo volverá a hacer en el futuro. Véase *Prosecutor V. Jean Pierre Bemba Gombo*, Decisión Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor against Jean-Pierre Bemba Gombo, Pre-Trial Chamber II, ICC-01/05-01/08, 15 June 2009, párr. 133; *Prosecutor V. Thomas Lubanga Dylo*, Decisión on the Confirmation of Charges, Pre-Trial chamber I, ICC-01/04-01/0629 January 2007, párr. 209.

33 Véase por ejemplo *Prosecutor V. Aleksovski*, Judgement, Sala de Apelaciones, IT-95-14/1-A, 24 March 2000, párrs. 62-64 y 69-76; *Prosecutor V. Kayishema and Ruzindana*, Judgement, Sala de Apelaciones ICTR-95-1-A, párr. 117.

34 Véase Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio oral-teoría y práctica*, México, Porrúa, 2007, pp. 84-85.

se pueda llegar a una conclusión distinta que la condena.<sup>35</sup> De esta forma, confirmó el criterio empleado por la Sala de Primera Instancia que establece que, con base en las pruebas presentadas, se debe comprobar la responsabilidad de la persona y los elementos del delito tal y como fueron presentados en el pliego de acusación (*Indictment*). En otras palabras, si bien la condena no requiere de un alto grado de certeza (*high degree of certainty*); las pruebas deben satisfacer al juzgador de que no hay otra explicación posible que no sea la condena.<sup>36</sup>

A pesar de que la Corte Penal Internacional no ha emitido a la fecha una sentencia, en la apelación contra la orden de aprehensión de Omar al Bashir se determinó que la Sala de Cuestiones Preliminares había errado al considerar que para librar dicha orden por genocidio era indispensable que se comprobara plenamente la intención específica requerida por el tipo penal. La Sala de Apelaciones consideró que exigir que las pruebas corroboraran en esta temprana etapa procesal la comprobación plena implicaba elevar el umbral probatorio al de duda razonable. No obstante, en su razonamiento consideró, igual que el Tribunal de la antigua Yugoslavia, que la duda razonable implicaba que con las pruebas presentadas, la intención genocida fuera la única conclusión viable.<sup>37</sup>

Por otro lado el tribunal de la ex Yugoslavia, especifica que el juzgador puede inferir ciertas conclusiones de los hechos probados, pero cuando dichas inferencias son de tal magnitud que permiten llegar a una conclusión distinta a la condena se debe absolver.<sup>38</sup> Como consecuencia de las anteriores afirmaciones, la Sala de Apelaciones consideró contrarios a este criterio los estándares menos elevados como el de “alto grado de probabilidad” (*high degree of probability*).<sup>39</sup>

El Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el caso *Rwamakuba* llegó a conclusiones similares. En primer término enmarcó el criterio de duda razonable dentro de la presunción de inocencia. Consecuentemente,

<sup>35</sup> Véase *Prosecutor V. Martić*, Judgment, Sala de Apelaciones, IT-95-11-A, , 8 October 2008, párr. 59.

<sup>36</sup> *Ibidem*, párr. 60; *Prosecutor V. Tadić*, Judgement, Sala de Apelaciones, IT-94-1-A , 15 July 1999, párrs. 231 y 233. Confirmando la posibilidad de que los juzgadores recurran a la lógica y hagan inferencias de los hechos probados. Véase también Zappala, *op. cit.*, p. 98.

<sup>37</sup> Véase *Judgement on the appeal of the Prosecutor against the “Decision on the Prosecutor’s Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad al Bashir, Situation in Darfur, Sudan*, Sala de Apelaciones, ICC-02/05-01/09-OA, 3 Febrero 2010, párrs. 33 y 39.

<sup>38</sup> Véase *Prosecutor V. Martić*, *op. cit.*, parr. 58.

<sup>39</sup> *Ibidem*, parr. 56.

le corresponde a la Fiscalía probar los hechos. Así, el papel de la defensa se limita a establecer la duda razonable y no se le debe exigir más que esto. La consecuencia práctica es que cualquier afirmación que haga la defensa debe ser refutada por la Fiscalía para superar este umbral probatorio. En el caso particular, el acusado estableció una coartada, por lo que el Fiscal tuvo que comprobar que en realidad se encontraba en el lugar de los hechos tal como se señalaba en la acusación.<sup>40</sup>

Además de estas afirmaciones generales, en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* se pueden encontrar otras afirmaciones relevantes para el tema en cuestión. A diferencia de los sistemas anglosajones, los tribunales *ad hoc* han aplicado el criterio de duda razonable a cuestiones probatorias. Por ejemplo, en el caso *Akayesu*, la Sala de Apelaciones consideró que la credibilidad de los testigos debe satisfacer a la Sala de Primera Instancia más allá de la duda razonable.<sup>41</sup>

En este mismo caso, se estableció que los términos empleados por la Sala de Primera Instancia son irrelevantes, siempre y cuando en su evaluación *de facto* aplique el criterio de duda razonable. Así, a pesar de que la Sala de Primera Instancia empleó términos como “posible” o “eventualmente” para razonar su resolución; los argumentos, a final de cuentas, implicaron el uso del umbral probatorio de la duda razonable.<sup>42</sup>

Esto es importante para la interpretación de la Reforma Penal de 2008 por dos razones. En primer lugar, sirve de fundamento para cambiar el criterio de “convicción”, previsto constitucionalmente, por el de duda razonable en las legislaciones secundarias y en las resoluciones. En efecto, no es importante que la Reforma Penal 2008 establezca un término equívoco, siempre y cuando, se empleen los estándares propios de la duda razonable. En segundo lugar, debe recalcar que aunque los términos distintos a la duda razonable son desafortunados, lo importante es la forma en la cual se funda y motiva la resolución. En otras palabras, mientras los razonamientos del juzgador sean compatibles con los umbrales probatorios requeridos para condenar a una persona, el lenguaje empleado resulta irrelevante. El énfasis, entonces, se encuentra precisamente en la fundamentación y motivación de la sentencia.<sup>43</sup>

40 Véase *Prosecutor V. Rwamakuba*, Judgment Trial Chamber, ICTR-98-44C-T, 20 September 2006, párr. 32; Véase también *Prosecutor, V. Niyitegeka*, Judgment, Sala de Apelaciones, ICTR-96-14-A 9 July 2004, párrs. 60-61.

41 Véase *Prosecutor V. Akayesu*, Judgment, Sala de Apelaciones, ICTR-96-4-A, 1 June 2001, párr. 242.

42 *Ibidem*, párr. 220.

43 Véase Zappalá, *op. cit.*, pp. 98-100. La condena debe ser legal y lógicamente sustentable. Para este autor no hay gran diferencia entre los criterios probatorios del sistema acusatorio y el inquisitivo toda vez que en ambos casos, la sentencia debe razonarse y plasmarse en la resolución. La fundamentación y motivación de la misma minimiza las diferencias.

Otro dato interesante es que el criterio de duda razonable trasciende a la apelación, pero con sus particularidades. En esta etapa procesal el criterio de duda razonable sigue vigente, pero como ya se adelantaba, hay un respeto importante a la valoración de las pruebas hecho por la Sala de Primera Instancia. Consecuentemente, la evaluación en apelación implica determinar si el juzgador de los hechos (*trier of fact*) pudo haber llegado a una conclusión de culpabilidad más allá de la duda razonable. Es decir, si con las pruebas, incluyendo pruebas circunstanciales y las inferencias que los jueces pueden hacer, se puede llegar como única conclusión a la condena.<sup>44</sup>

#### IV. CONCLUSIONES

La Reforma Penal de 2008 establece como criterio para condenar a una persona la “convicción” del juez. Esta palabra es desafortunada pues invita a condenar con elementos meramente subjetivos y se aparta de la intención del Constituyente de establecer en México un sistema procesal penal acusatorio. Para lograr un apego a los derechos humanos, a los tratados internacionales y, en particular, al debido proceso, se propone sustituir el concepto en la legislación secundaria con el de duda razonable.

Aunque se trata de un concepto complicado de definir se propone tomar algunos de los criterios del Derecho Penal Internacional para darle contenido a este estándar probatorio. Dicho criterio podría formularse de la siguiente manera: para condenar a una persona más allá de la duda razonable debe haber una alta probabilidad, más no necesariamente certeza absoluta, de que la persona acusada cometió (por alguna de las formas de autoría y participación) el delito imputado, pudiéndose comprobar con el mismo alto grado de probabilidad cada uno de los elementos típicos de la conducta descrita; de tal forma que con las pruebas desahogadas no se pueda llegar a una conclusión distinta que la culpabilidad.

Es importante que el razonamiento del juez se encuentre debidamente fundado y motivado, es decir, en la sentencia se deberá explicar cómo es que las pruebas no permiten llegar a una conclusión distinta que la culpabilidad.

44 Véase *Prosecutor v. Milosevic*, Judgement, Sala de Apelaciones, IT-98-29/1-A, 12 Noviembre 2009, párr. 20.





## DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA ACUSATORIO

---

LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PLACENCIA  
IBETT ESTRADA GAZGA



## **SUMARIO**

- I.** Introducción.
- II.** Derechos Humanos y Estado Constitucional.
- III.** La vigencia de los derechos humanos en la reforma de justicia penal.



---

## I. INTRODUCCIÓN

Conocer la trascendencia y los alcances que implica la Reforma Constitucional al sistema de justicia penal mexicano, es un trabajo que requiere espacios amplios para su difusión y análisis, por ello, quisiera aprovechar la invitación que se nos ha hecho para ofrecer, en líneas muy generales, lo que representa, desde la perspectiva de los derechos humanos, los avances logrados con esta reforma, al identificar las asimetrías existentes entre el Estado y las personas que por cualquier razón se enfrentan a un proceso penal, ya sea como víctima o imputado, para proporcionarles un mínimo de derechos que garanticen una actuación acorde a los derechos humanos por parte de todas las autoridades que intervienen en el proceso.

La transformación de cualquier sistema jurídico requiere un análisis desde diversas perspectivas que nos ayuden a explicar y justificar por qué los cambios son necesarios y cuáles son sus beneficios, sin embargo, explicar la reforma publicada el 18 de junio de 2008 al sistema de justicia penal mexicano desde la perspectiva de los derechos humanos representa, la justificación más contundente, sobre todo cuando se integra como determinación ética-política de nuestro texto constitucional.

Por ello, daremos a conocer las características de la Reforma Constitucional en materia de justicia penal y su alcance en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho y la definición de los derechos humanos como ejes transversales del control del poder y de protección

de grupos en situación de vulnerabilidad, así como, en términos de la apropiación y apoderamiento de la víctima en el proceso penal y la resolución del conflicto, incluso fuera del ámbito del derecho penal.

## II. DERECHOS HUMANOS Y ESTADO CONSTITUCIONAL

Difícilmente se podría dudar de la estrecha conexión que existe entre derechos humanos y organización del Estado,<sup>1</sup> y que dentro de las formas de Estado, la del Estado Constitucional provee el único marco institucional en el que puede prosperar el paradigma garantista cuyo desarrollo teórico y definición se lo debemos a Luigi Ferrajoli,<sup>2</sup> el cual representa un sistema de mínima intervención, mínima violencia y el máximo de libertad a fin de controlar el poder que tiene el Estado sobre sus habitantes.

Señala Robert Alexy, que la experiencia nos ha enseñado que en los Estados en que los derechos humanos no juegan ningún papel o uno muy escaso, las fuerzas dirigentes los pueden conceder o suprimir arbitrariamente de acuerdo a la oportunidad política.<sup>3</sup>

Así, continua Alexy,<sup>4</sup> nada puede amenazar más los derechos humanos que el Estado mismo, por lo que, cuando se busca que la base del Estado sea esencialmente la defensa del ciudadano frente al poder público, se hace indispensable pasar del Estado democrático de derecho al Estado Constitucional Democrático.

Podemos decir que desde el siglo pasado, el Estado Mexicano se ha ido moldeando, para evolucionar al Estado Constitucional de Derecho. En esa evolución, los Derechos Humanos resultan indispensables no sólo para establecer la estrategia de esa transformación, sino como estrategia misma.<sup>5</sup>

---

1 Alexy, Robert, "La institucionalización de los derechos humanos en el estado constitucional democrático", *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, España, Año nº 5, Nº 8, 2000 pp. 21-42.

<http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf>

2 Ferrajoli, Luigi, "Derecho y razón, teoría del garantismo penal", Novena Edición, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otros, España, Trotta, 2009, p. 851-852.

3 Alexy, Robert, *Idem*, p. 24.

4 *Ibidem*, p. 39.

5 Zaffaroni, Eugenio Raúl, "Derechos humanos y sistemas penales en América Latina", *Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo del Estado*, Argentina, Ed. Juris, 1993 p. 63.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha jugado un papel fundamental, en la configuración del Estado Constitucional de Derecho, principalmente por tres razones: nos ofrece espacios efectivos para generar el reconocimiento de los derechos; determina pautas orientadoras relativas a la armonización del sistema jurídico interno con el sistema jurídico internacional; y exige el cumplimiento de los compromisos internacionales en materia de acceso efectivo a esos derechos.

Así, a partir de la década de 1990 hemos avanzado en la delimitación del poder central del Estado, al crear sistemas de pesos y contrapesos, no sólo con la creación de una jurisdicción constitucional otorgada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, implementa un sistema de control que exige al legislador ajustarse a las disposiciones constitucionales, es la principal característica del Estado Constitucional;<sup>6</sup> sino que también, con la creación de órganos de protección y defensa de los derechos electorales otorgadas al Instituto Federal Electoral, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a sus homólogos en las entidades federativas; de protección y defensa de los derechos humanos, a través de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y los correspondientes órganos en las Entidades Federativas. Aunado a la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y los correspondientes en las Entidades Federativas. Todas estas instituciones son muestra de que el control del poder político no se encuentra limitado a la tradicional división de poderes, fruto de la Ilustración.

Así, el trinomio democracia, derechos humanos y rendición de cuentas, como formas de limitación del poder y mecanismos que empujan el ejercicio efectivo de los derechos de los habitantes del país, encuentran anclaje institucional y proveen, a las y los ciudadanos, de garantías para su defensa, y al Estado de mecanismos de legitimación del ejercicio del poder.

Lograr la positivización de los derechos humanos en la Constitución Federal ha representado uno de los mayores retos, pues sin duda ha implicado la institucionalización de los derechos humanos como principios

---

<sup>6</sup> Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 1, p. 40. Señala que "El proceso democrático real no ofrece todavía una garantía suficiente para los derechos humanos y los derechos fundamentales. Esto hace necesaria la institucionalización de la vinculación del legislador, también a los derechos fundamentales... Para que la vinculación del legislador a los derechos fundamentales sea auténticamente controlada es indispensable una jurisdicción constitucional. Que representa un auténtico control, esto aún no significa que la solución del problema del control haya sido encontrada".

que no sólo deben cumplir los legisladores al emitir las leyes secundarias, sino que representan un eje transversal bajo el cual debe desarrollarse la actividad de las autoridades administrativas y judiciales, en el plano del reconocimiento de la existencia de los mismos y como principios que deben regir su actuación y reflejarse en sus determinaciones.

En el momento en que los derechos humanos son entendidos como uno de los principales instrumentos de legitimación del poder público, nos encontramos ante el desarrollo que plantea el paradigma garantista, es decir, el garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de las exigencias que condensan los derechos fundamentales.<sup>7</sup>

En este sentido, la legitimación sólo es posible cuando aquel que ostenta el poder resuelve la apuesta ética que representa su ejercicio, determinando no utilizar el poder del Estado de manera arbitraria, sino por el contrario, frente al más débil, determina proporcionarle todas las herramientas que necesita para el ejercicio efectivo de sus derechos, llevando a cabo las acciones positivas necesarias para empoderarlo y colocarlo en una situación de igualdad frente a la autoridad.

### **III. LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA REFORMA DE JUSTICIA PENAL**

Sin duda, es en el proceso penal donde el ejercicio arbitrario del poder nos muestra su cara más radical. Así se reconoce en uno de los acuerdos alcanzados durante la discusión y aprobación de la Reforma Constitucional del 18 de junio de 2008 al señalar que el sistema de justicia penal todavía vigente en la mayoría del territorio nacional sólo sirve para producir víctimas.

El ejercicio de la violencia institucional que genera la aplicación de un sistema de justicia, en donde los principios mínimos de protección no están garantizados, origina sistemáticas violaciones a los derechos

---

<sup>7</sup> Prieto Sanchís, Luis, "Constitucionalismo y garantismo", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, editores, *Garantismo*, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005. p. 44.

humanos. Alessadro Baratta,<sup>8</sup> señalaba ya, en 1987, que la lucha por la transformación del derecho penal es una lucha por la contención de la violencia estructural y por tanto, es la misma lucha por la afirmación de los derechos humanos.

Esta afirmación de los derechos humanos ha sido esbozada en nuestro texto constitucional y está representada en múltiples combinaciones de interpretación sistemática del mismo.

Por cuestión de espacio es imposible analizar todos y cada uno de los elementos que integran la Reforma Constitucional, señalamos los más relevantes y que sirven al propósito de los derechos humanos, al permitir al Estado una utilización más racional del derecho penal y una reducción en el número de víctimas que éste produce.

El primer aspecto, es el establecimiento de los derechos humanos como principio de actuación de los integrantes de las Instituciones de Seguridad Pública<sup>9</sup> (Policías, Agentes del Ministerio Público, Peritos y Personal de los centros de reclusión), pues constituye un eje transversal que rige el comportamiento de los encargados de investigar los delitos y custodiar a las personas privadas de libertad, lo que implica una modificación sustancial en el desempeño de esas instituciones.

Asimismo, la reforma establece la nulidad de la prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales,<sup>10</sup> a fin de terminar con el incentivo de la autoridad, de obtener pruebas violando derechos humanos, pues tenían la certeza de que su efectividad procesal no podría ser anulada, aún cuando se demostrará la ilegalidad de su obtención. Esto, sin duda, contribuirá a romper el círculo vicioso en el cual policía, Ministerio Público y juez ignoraban sistemáticamente las alegaciones de violaciones de los derechos humanos en la obtención de la prueba y, por el contrario, aceptaban su validez, haciendo casi imposible para la defensa obtener su anulación.

---

<sup>8</sup> Baratta, Alessandro, "*Criminología y Sistema Penal*", en Julio César Fayra Editor, Compilación In memoriam, Colección Memoria Criminológica, Buenos Aires, Argentina, B de F, 2004, p. 303.

<sup>9</sup> Artículo 21 Constitucional, párrafo noveno. "La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución".

<sup>10</sup> Artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción IX. "Cualquier prueba obtenida con violación a los derechos fundamentales será nula".

Así, la determinación judicial que excluya un elemento probatorio por haberse obtenido con violación a los derechos fundamentales, servirá también como prueba en los procesos que se sigan en contra de las autoridades cuya actuación violó dichos derechos.

En este punto, cobra relevancia el establecimiento del registro inmediato de la detención,<sup>11</sup> incluido como garantía del imputado cuando es detenido en flagrancia. En una primera lectura, parecería que el establecimiento de este registro no tiene una consecuencia directa para la protección de los derechos humanos de las personas detenidas, sin embargo, este control significa el registro en tiempo real de la detención y permite identificar cuanto tarda la policía en poner a la persona detenida a disposición del Ministerio Público. Asimismo, se estará en posibilidad de cotejar la información de este registro con las declaraciones de los policías aprehensores, lo cual sin duda contribuirá a reducir las detenciones arbitrarias y la posibilidad de obtener información y confesiones bajo tortura.<sup>12</sup>

Ahora bien, la Reforma Constitucional permite armonizar los derechos de la víctima y el imputado, además de ofrecerles la posibilidad de asumir el control del conflicto y tener la oportunidad de resolverlo, incluso fuera del campo del derecho penal.

El principio de presunción de inocencia, que representa uno de los pilares del proceso penal acusatorio, quedó específicamente establecido en el texto constitucional<sup>13</sup> en sus dos acepciones,<sup>14</sup> la primera, como regla para el tratamiento del imputado y la segunda, como regla del juicio, es decir, como un derecho del imputado, cuyo cumplimiento implica un límite para el legislador<sup>15</sup> que deberá procurar que las normas

---

11 Artículo 16 Constitucional, párrafo cuarto: "Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención".

12 En el 2009, la detención arbitraria representó el 56% de las violaciones al derecho al debido proceso y garantías judiciales en el Distrito Federal. Datos obtenidos del Informe de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Puede consultarse en: [http://informes.cdhd.org.mx/anual2009\\_2010/](http://informes.cdhd.org.mx/anual2009_2010/).

13 Artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción I: "A que se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa".

14 Ibáñez Perfecto, Andrés, *"Garantismo, una teoría crítica de la jurisdicción"*, en *Constitucionalismo y Garantismo*, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar editores, *Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005. p. 67.

15 La fracción I del apartado A, del artículo 20 Constitucional establece: "I. El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen".



secundarias protejan este principio, pero establece un comportamiento específico de las autoridades respecto de la persona a la que se le imputa un delito, y sirve para garantizar la neutralidad del juez.

La reforma también otorga a la víctima u ofendido la posibilidad de intervenir en el juicio<sup>16</sup> y oponerse a cualquier determinación de la autoridad administrativa o judicial que perjudique sus intereses. Así, la víctima u ofendido está en posibilidad, por ejemplo, de solicitar directamente al juez la aplicación de una medida cautelar, por considerar que se encuentra en riesgo su integridad y éste debe atender la solicitud y escuchar sus argumentos.

De igual manera, se establece un modelo de justicia restaurativa<sup>17</sup> en el que se da oportunidad, tanto a la víctima como al imputado, de resolver el conflicto fuera del ámbito del derecho penal, al establecerse la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, dejando al legislador en una amplia libertad de establecer los casos y las condiciones en que operarán estos medios.<sup>18</sup>

Por lo que hace a la defensa de la persona procesada, la Reforma Constitucional la coloca en un punto central, al determinar como derecho del imputado el acceso a una defensa adecuada, por abogado, suprimiendo con ello la participación de personas de confianza, que generaba constantes violaciones a sus derechos fundamentales.<sup>19</sup> Se cierra el círculo para garantizar el acceso a una defensa adecuada cuando se establece como garantía que la Federación, los estados y el Distrito Federal, proporcionen un servicio de defensoría pública de calidad, lo cual es indispensable para que el imputado tenga igualdad en el proceso frente al Ministerio Público.

<sup>16</sup> Artículo 20, apartado C, fracción II. "Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley".

<sup>17</sup> Baratta, Alessandro, *op. cit.* nota 8, p. 317. La concepción de Baratta se refería al derecho reparatorio, que se encontraba ligado con la indemnización, más que con la reparación, sin embargo, consideramos pertinente rescatar las características, que en nuestra opinión fueron tomadas en cuenta en la redacción de la Reforma Constitucional: "Sustituir en parte el derecho punitivo por el derecho reparatorio, otorgar a la víctima y, más en general, a ambas partes e los conflictos interindividuales, mayores prerrogativas, de manera que puedan estar en condiciones de restablecer el contacto perturbado por el delito, asegurar en mayor medida los derechos de indemnización de las víctimas, son algunas de las más importantes indicaciones para la realización de un derecho penal de la mínima intervención para lograr disminuir los costos sociales de la pena.

<sup>18</sup> Artículo 17 Constitucional, párrafo tercero: "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación asegurando la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial".

<sup>19</sup> Artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público.

Sin duda, la centralidad que el Juez tiene ahora en el proceso penal acusatorio, al controlar no sólo los actos procesales correspondientes a la instrucción y el juicio, sino también todas las medidas cautelares, providencias precautorias y las llamadas técnicas de investigación, a través de la institución del Juez de Control, representan no sólo un control de legalidad sobre la actuación de la Policía y el Ministerio Público, sino también, a un control que verifica que la actuación se realice con respeto a los derechos humanos de las víctimas y los imputados.

La neutralidad del juez, también se garantiza al establecer que, el juez del juicio no conozca previamente el caso, lo que representa un fortalecimiento de la actividad jurisdiccional y, al mismo tiempo, una gran responsabilidad del juzgador, que debe sujetar su actuación y la de todos los actores del proceso penal al cumplimiento de los principios del debido proceso. Dicho de otro modo, el juez pierde su papel tradicional de operador ciego de ley ordinaria y legitimador ideológico de ésta, recibiendo el encargo de identificar y hacer visibles los incumplimientos producidos en y mediante la misma, como forma de contribuir activamente a la coherencia y eficacia del proceso penal.<sup>20</sup>

Así, el debido proceso se conforma como parte crucial en sus dos acepciones,<sup>21</sup> la adjetiva y sustantiva. La primera, se refiere al cumplimiento de los derechos procesales al ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial, en un procedimiento que respete los principios de contradicción, intermediación, concentración y publicidad, y que además, establezca el acceso a una defensa de calidad en todas las etapas, en igualdad de condiciones respecto del Ministerio Público.

La segunda, la acepción sustantiva<sup>22</sup> del debido proceso o principio de razonabilidad, se entiende como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas, con las normas, principios y valores contenidos en la Constitución. La concordancia normativa se hace más evidente cuando la determinación de la nulidad de pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales se le concede al Juez local y no sólo al Juez de amparo, como el anterior diseño constitucional establecía.

20 Ibáñez Perfecto, Andrés, *op. cit.* nota 14, p. 62.

21 García Ramírez, Sergio. El debido proceso en materia penal bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Marco General). Que puede consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx>.

22 Gozáini, Alfredo Osvaldo. "El debido proceso en la actualidad" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2005, Fundación Konrad-Adenauer. Que puede consultarse en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_6959-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_6959-544-1-30.pdf).

El nuevo diseño del proceso penal en nuestra Constitución Federal, está propiciando la creación de equilibrios entre las partes que intervienen en el proceso penal, al presentar alternativas que pretenden reducir la intervención del derecho penal, mejorar aquellas circunstancias que producían desigualdad procesal y reducir el problema de la victimización.

Sin duda, el reto más importante es la implementación de la reforma de justicia penal y aún cuando los derechos humanos no representan un obstáculo para la “efectividad” de la seguridad y la justicia penal; existen voces que pretenden circunscribir el ejercicio de la fuerza pública y del derecho penal a una lógica de combate del Estado frente a los enemigos internos que pretenden destruir el orden jurídico e institucional y que es, por tanto, necesario impedirlo a cualquier costo.<sup>23</sup> Si bien, esta estrategia no afectó sustancialmente el proceso de reforma para avanzar hacia el sistema penal acusatorio, si influyó para que en el texto constitucional se mantuviera un régimen de excepción para la delincuencia organizada y los delitos de alto impacto como el secuestro.

Quizá el tema más grave fue la integración al texto constitucional de la figura del arraigo, criticado en muchas ocasiones por representar una pena anticipada, una violación al principio de presunción de inocencia y la facultad discrecional con la que el Ministerio Público tiene el control absoluto de la persona investigada con un grave riesgo de violación a sus derechos humanos.

La supuesta “efectividad” que se defiende, sólo sirve al propósito político y no al de los ciudadanos. Los resultados que se han obtenido hablan por sí mismos: más violencia, más inseguridad y más violaciones a los derechos humanos. Aquí es donde falla la justificación del derecho penal, pues no se alcanza a obtener el máximo bienestar posible para quienes cumplen con la ley penal y el mínimo malestar necesario para los que la incumplen.<sup>24</sup>

Por ello, la incorporación de la perspectiva de los derechos humanos en nuestra constitución, es fundamental para reforzar la evolución del Estado Mexicano al Estado Constitucional de Derechos que necesitamos. El Senado de la República<sup>25</sup> ha aprobado una Reforma Constitucional que abandona el concepto de las garantías individuales

<sup>23</sup> Jakobs, Günter y Cancino Meliá, Manuel, *“Derecho penal del enemigo”*, Civitas Ediciones, Madrid, España, 2003, p. 33.

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *“El derecho penal mínimo”*, en Juan Bustos Ramírez, Director, Prevención y Teoría de la Pena, Santiago de Chile, Jurídica Conosur Ltda., 1995, p. 37.

<sup>25</sup> Dictamen aprobado en el pleno del Senado de la República, el 8 de abril de 2010, y fue enviado como minuta a la Cámara de Diputados para su discusión y votación. El dictamen puede consultarse en <http://www.senado.gob.mx/>.

para transformar el capítulo primero de la Constitución en un capítulo de los derechos humanos y sus garantías, lo que los consolida como ejes transversales de la actuación de las autoridades no sólo en la materia penal, estableciendo como principios constitucionales la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los Derechos Humanos, así como la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación de derechos humanos. Sin duda, la aprobación de esta reforma consolidará el avance de la transformación del sistema de justicia penal hacia la definición del fin al que lo ha circunscrito Ferrajoli,<sup>26</sup> la protección del más débil contra el más fuerte.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, Robert, La institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Año nº 5, N° 8, 2000, pp. 21-42.  
<http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1372/1/DyL-2000-V-8-Alexy.pdf>.

Baratta, Alessandro, *Criminología y Sistema Penal*, en Julio César Fayra Editor Compilación In memoriam, Colección Memoria Criminológica, Ed. B de F, Buenos Aires, 2004.

CDHDF, Informe 2009 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal Puede consultarse en [http://informes.cd hdf.org.mx/anual2009\\_2010/](http://informes.cd hdf.org.mx/anual2009_2010/).

CONGRESO DE LA UNIÓN, Decreto de reforma en materia de seguridad pública y justicia penal que reforma diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Novena Edición, España, 2009, p. 851-852.

-----, *El Derecho Penal Mínimo*, en Juan Bustos Ramírez, Director, Prevención y Teoría de la Pena, Ed. Jurídica Conosur Ltda. Santiago de Chile, 1995.

<sup>26</sup> Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 24, p. 15-16.

García Ramírez, Sergio. El debido proceso en materia penal bajo la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Marco General). Que puede consultarse en <http://www.juridicas.unam.mx>.

Gozáini, Alfredo Osvaldo. "El Debido Proceso en la Actualidad" en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano (2005). Fundación Konrad-Adenauer. Que puede consultarse en [http://www.kas.de/wf/doc/kas\\_6959-544-1-30.pdf](http://www.kas.de/wf/doc/kas_6959-544-1-30.pdf).

Ibáñez Perfecto, Andrés, Garantismo, una teoría crítica de la jurisdicción en Constitucionalismo y Garantismo, en Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Garantismo, *Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Ed. Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y Garantismo*, en Edición de Miguel Carbonell y Pedro Salazar, Garantismo, Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli, Ed. Trotta e Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

SENADO DE LA REPÚBLICA, Dictamen aprobado en el pleno del Senado de la República, el 8 de abril de 2010, y fue enviado como minuta a la Cámara de Diputados para su discusión y votación. El dictamen puede consultarse en <http://www.senado.gob.mx/>.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *"Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina"*, Criminología Crítica y Control Social, El Poder Punitivo del Estado. Argentina, Ed. Juris, 1993.



**ARRAIGO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA  
UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS**

---

**JUAN CARLOS GUTIÉRREZ CONTRERAS  
SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ<sup>1\*</sup>**

<sup>1\*</sup> Juan Carlos Gutiérrez es Director Ejecutivo de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. (CMDPDH); Silvano Cantú es coordinador de investigación de la CMDPDH.



## **SUMARIO**

**I.** El malestar en la Reforma. 1. Adopción de un subsistema de excepción característico del llamado “derecho penal del enemigo”. 2. Flexibilización de los derechos humanos y las garantías constitucionales de las personas arraigadas. 3. Impacto negativo en la calidad de las investigaciones y resoluciones jurisdiccionales en materia penal. **II.** Conclusión





---

## I. EL MALESTAR EN LA REFORMA

La reforma del sistema de justicia penal y seguridad pública inició formalmente con la publicación del Decreto del 18 de junio de 2008 por el que se modificaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B, del artículo 123.<sup>1</sup> Los méritos de estas reformas incluyen, entre otras, la incorporación de un sistema acusatorio de justicia penal, del que se espera una justicia más expedita e imparcial, en el que las partes gocen de equidad procesal, sea efectiva la presunción de inocencia de los acusados, y el Ministerio Público construya la causa de la acusación, en vez de que el acusado construya la de su inocencia. Con todo, persiste una fuente de inquietud con respecto a la reforma, que representa un problema del que el Estado mexicano en su conjunto debe hacerse cargo.

El arraigo es considerado técnicamente como una medida cautelar del procedimiento penal federal, que en 1999 fue reputada de inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentándose jurisprudencia en el sentido de que la orden de arraigo afecta la libertad personal y es susceptible de suspensión.<sup>2</sup> En el

---

<sup>1</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Diario Oficial de la Federación de miércoles 18 de junio de 2008. Disponible en la URL:

<http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/textoReforma.html>.

<sup>2</sup> Tesis jurisprudencial 78/99, Primera Sala, Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal". Disponible en la URL: <http://www.scjn.gob.mx>.

marco de la reforma, la lógica del Estado consistió en considerar que elevar a rango constitucional una figura de esta especie podría hacerla constitucional sin más.

Diversos organismos internacionales de defensa de los derechos humanos han planteado abiertamente la necesidad de eliminar el arraigo, apoyados en los principios básicos del derecho internacional de los derechos humanos, así como en datos duros y evidencias fehacientes de abusos cometidos en el marco de la aplicación de esta medida. Ya en 2007 el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU sostuvo que “la institución del arraigo es en realidad una forma de detención preventiva de carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares que, si bien no son secretos, sí son “discretos”.<sup>3</sup> Por lo anterior, el Grupo de Trabajo apuntó, entre otras cosas, a la necesidad de promover el cumplimiento de las recomendaciones de los órganos de derechos humanos en la materia, entre las que está “garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal”.<sup>4</sup>

En el mismo sentido se pronunció el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes (SPT) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en su Informe sobre la visita a México del 27 de mayo de 2009, publicado recientemente por la Secretaría de Relaciones Exteriores en respuesta a una solicitud de acceso a la información. Este informe revela la coexistencia de graves violaciones de derechos humanos y arraigo desde hace por lo menos un año. En este tenor, el Informe asienta en el párrafo 216 lo siguiente: “La delegación pudo observar cómo dicha figura [el arraigo], que en doctrina pretende ser la forma menos invasiva de la libertad, se convierte en México en un limbo procesal por un tiempo que excede lo razonable, además de generar obstáculos a la defensa y a la determinación de la situación jurídica de la persona arraigada en condición de detención”. Esto da cuenta de la recomendación contenida en el párrafo 215: “En línea con las recomendaciones que se hicieron al Estado parte, durante el Examen Periódico Universal y desde el carácter preventivo de su mandato, el

---

3 Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. México (2002) E/CN.4/2003/8/Add.3, párr. 50.

4 Conclusiones y recomendaciones del Comité contra la Tortura (2007). CAT/C/MEX/CO/4.

SPT recomienda al Estado parte que elimine la figura del arraigo ya que es una situación fuera del control judicial que se constituye en un riesgo de sufrir torturas y malos tratos”.<sup>5</sup>

De igual modo, el pasado mes de marzo, la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C. presentó en Nueva York un informe sobre la situación de los derechos humanos en México, en el marco del Quinto Examen Periódico de nuestro país ante el Comité de Derechos Humanos de la ONU. Con base en los razonamientos lógico-jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho constitucional así como de los numerosos casos documentados de violaciones de derechos humanos de personas en situación de arraigo, en el informe se destacaba la necesidad de eliminar esta figura, solicitando al Comité exhortara al Estado mexicano a reconocer plenamente los derechos que asisten a la persona afectada por la medida. El Comité recibió diversas comunicaciones, incluyendo las de varias organizaciones de derechos humanos y, como fuente principal de evaluación, el informe que presentó el gobierno federal sobre la materia. Finalmente, el 22 de marzo instó al Estado mexicano, entre otras cosas, a lo siguiente:

*“15. El Comité expresa su preocupación por la legalidad de la utilización del “arraigo” en el contexto de la lucha contra la delincuencia organizada, que prevé la posibilidad de detener a una persona sin cargos durante un máximo de 80 días, sin ser llevado ante un juez y sin las necesarias garantías jurídicas según lo prescrito por el artículo 14 del Pacto. El Comité lamenta la falta de aclaraciones sobre el nivel de las pruebas necesarias para una orden de “arraigo”. El Comité subraya que las personas detenidas en virtud del “arraigo” corren peligro de ser sometidas a malos tratos. (Arts. 9 y 14)*

***A la luz de la decisión de 2005 de la Suprema Corte federal sobre la inconstitucionalidad de la detención preventiva y su clasificación como detención arbitraria por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la detención arbitraria, el Estado parte debe adoptar***

---

<sup>5</sup> Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas. CAT/OP/MEX/R.1, párr. 215 y 216.

***todas las medidas necesarias para eliminar la detención por el “arraigo” de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal” (en negritas en el original).<sup>6</sup>***

Las reacciones a nivel nacional también se han multiplicado. Los días 19 y 26 de mayo, con diferencia de tan sólo una semana, se presentaron ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión dos iniciativas para eliminar el arraigo de la Constitución (la del diputado Rubén Moreira y el senador Silvano Aureoles,<sup>7</sup> por una parte, y la del senador Carlos Sotelo,<sup>8</sup> por la otra), que contemplan también el reforzamiento del principio de presunción de inocencia. Cabe destacar que en ambas iniciativas se da una atención central a la consideración según la cual el problema del arraigo en relación con la presunción de inocencia es fundamentalmente un problema de respeto y protección de los derechos humanos y no meramente de seguridad pública o técnica procesal penal. Posiciones coincidentes se han extendido entre académicos, políticos y defensoras y defensores de derechos humanos a lo largo de todo el país.

Resulta digna de atención la posición de César Camacho Quiroz, ex diputado federal que durante su Legislatura fue el principal promotor de la reforma del sistema de justicia penal y seguridad pública. A casi dos años de la reforma judicial, Camacho publicó un artículo en el diario Reforma (23 de mayo de 2010)<sup>9</sup> titulado “Reforma penal secuestrada”, en el cual afirmó que la reforma se encuentra trabada por las burocracias y que su espíritu “garantista” ha sido echado por tierra por el abuso de figuras como el arraigo, “del que [las autoridades federales] han abusado al grado que pareciera que sin él no les es posible investigar”.

Ahora bien, estas posiciones de franco malestar con la reforma, expresan críticas frecuentemente vertidas en torno a la inclusión del concepto de delincuencia organizada, bastante vago, cuyo combate por medio de figuras como el arraigo (además de los testigos secretos, las intervenciones telefónicas y los cateos *express*), redundan en 1) la adopción de un subsistema de excepción característico del llamado “derecho penal del enemigo”; 2) la flexibilización de los derechos humanos y las garantías

6 Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, Nueva York, 2010, <http://www.hchr.org.mx/Documentos/Invitaciones/2010/05/1070510.pdf> p. 6.

7 <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=1001&id=3442>.

8 <http://www.senado.gob.mx/gace61.php?ver=gaceta&sm=1001&id=3560&lg=61>.

9 <http://www.reforma.com/editoriales/nacional/556/1110874/>.

constitucionales de las personas arraigadas, lo cual abre la puerta a abusos por parte de las autoridades, que, finalmente; 3) representan un impacto negativo en la calidad de las investigaciones y resoluciones jurisdiccionales en materia penal.

A continuación describiremos tres efectos generales, conстриñndonos al estudio de la figura del arraigo, como representativa del subsistema de excepción.

## **1. Adopción de un subsistema de excepción característico del llamado “derecho penal del enemigo”**

En años recientes ha habido una tendencia regresiva en la doctrina del derecho penal que se ha traducido en instituciones de igual signo. Se trata de la doctrina del llamado “derecho penal del enemigo”, formulada originalmente por el jurista alemán Günter Jakobs. La pretensión punitiva del Estado en la fórmula Jakobs queda clara en la siguiente cita:

“El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo”.<sup>10</sup>

El principal efecto de la ampliación del poder punitivo es el socavamiento de los principios en que se funda el Estado constitucional de derecho, fundamentalmente del principio de legalidad y el respeto de los derechos humanos como límites de la actuación del Estado frente a la esfera de valores jurídicos de los particulares.<sup>11</sup>

Como advierte Eugenio Zaffaroni,<sup>12</sup> la cantidad de temas de la ciencia del derecho penal que trastoca la doctrina del enemigo incluye la racionalización del debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica, con base en criterios que se independizan de la causalidad; la minimización de la acción en beneficio de la omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino

<sup>10</sup> Jakobs, Günter y Manuel Cancio Meliá. (2007). *Derecho penal del enemigo*. Madrid, Thomson.

<sup>11</sup> Cfr. Gracia Martín, Luis. (2005). *Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “derecho penal del enemigo”* en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología.

<sup>12</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2007). *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires, Ediar. pp. 13-15.

el deber que haya violado; de la construcción del dolo a partir de una “teoría del conocimiento” que incluye lo que anteriormente era propio de la negligencia (el acento en la “garantía cognitiva” de Jakobs); la pérdida de contenido material del bien jurídico; multiplicación de tipos de *peligro sin peligro* (peligro *abstracto* o *presunto*); la lesión de la legalidad mediante tipos vagos; la delegación de función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*; entre otras.

El derecho penal del enemigo se ha cristalizado también en el ámbito de las instituciones jurídico-penales positivas, mediante: 1) la anticipación de las barreras de punición (alcanzando a la investigación ministerial); 2) la desproporción entre las penas (vistas como medidas de contención) y la lesión realmente inferida; 3) el marcado debilitamiento de las garantías procesales del acusado; y 4) la identificación de destinatarios específicos de las normas.

El impacto real del derecho penal del enemigo a nivel mundial queda manifiesto ante la estadística de la prisión preventiva en América Latina, una de las regiones en que mayor receptividad se ha dado a esta doctrina. Nada menos que las tres cuartas partes de la población privada de la libertad entra bajo un esquema de prisión o detención preventiva, lo que demuestra el mayor peso concedido en los últimos años al sistema penal cautelar o *precondenatorio* frente al mucho más elaborado y regulado sistema de proceso conducente a una sentencia (Zaffaroni, 2007: 107, 108).

Este sistema cautelar, en cuyo ámbito se ubica el arraigo, configura un subsistema de excepción, debido a que no tiene empacho en postular la de-personalización de los “delincuentes”, quienes son caracterizados como “enemigos” de la sociedad y, por tanto, indignos de ser considerados como ciudadanos. Toda vez que, jurídicamente hablando ya no son “personas”, sus derechos humanos *pueden ser flexibilizados*, como ocurre en el estado de excepción. La “diferencia” es que el estado de emergencia no es decretado conforme a los requerimientos técnico-jurídicos que contempla la Constitución en su artículo 29 ni el derecho internacional, tal como puede leerse en el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Observación General No. 29 del Comité de Derechos Humanos de la ONU sobre la suspensión de disposiciones del Pacto durante un estado de excepción o el artículo 27 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

En este sentido, el arraigo es una figura paradigmática de la creciente *excepcionalización* del derecho, al dejar a la persona afectada sin garantías ni situación jurídica clara, ya que no es ni indiciada ni inculpada. Lo que es más, ni siquiera está vinculada a proceso penal alguno, simplemente se le ha privado de la libertad para ponerla a plena disposición de la autoridad investigadora, lo que resulta aún más grave para la persona que la suspensión convencional de derechos en un estado de excepción “normal”.

El impacto que esto tiene en el ejercicio del derecho de presunción de inocencia es de primera magnitud, ya que aún cuando no se haya construido una causa para demostrar la culpa de una persona arraigada, conforme a los principios que animan un sistema de justicia acusatorio, se le ha impuesto de antemano una pena prejudicial. Es como si la persona, inocente o no, estuviera condenada desde el momento en que se abre un expediente de investigación penal, es decir, como si nunca hubiera sido inocente. Lo avanzado con la constitucionalización del derecho de presunción de inocencia es retrocedido con la constitucionalización del arraigo.

## **2. Flexibilización de los derechos humanos y las garantías constitucionales de las personas arraigadas**

El arraigo es *per se* violatorio de los derechos de libertad personal y de tránsito (artículos 2º, 3º y 13.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), artículos 2 y 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP) y de los artículos 7 y 9 del Pacto de San José); del derecho a la presunción de inocencia (artículo 5 de la DUDH, artículos 2, 7 y 9 del PIDCyP y artículo 5 del Pacto de San José); de los derechos relacionados al debido proceso (artículo 9 de la DUDH, artículos 2, 9, 10, 14.1 y 14.3 del PIDCyP y artículo 8 del Pacto de San José); y del derecho al honor y la reputación (artículo 12 de la DUDH, artículo 17.1 del PIDCyP y artículos 11.1 y 11.2 del Pacto de San José).

Existen múltiples elementos en el arraigo que anulan los efectos positivos de la reforma, principalmente en lo tocante a la presunción de inocencia. ¿Cómo pensar en la permanencia de ella cuando la “peligrosidad” se da como un dato objetivo, pese al principio fundamental del derecho penal que prohíbe la responsabilidad objetiva?

¿Cómo hacerlo cuando la pena de privación de libertad excede ya de la culpabilidad de la persona e incluso de la relación entre detenido y hecho ilícito (que en muchos casos no existe)? Hoy por hoy, una persona que sirve de testigo en determinado caso puede ser arraigado bajo diversos argumentos, principalmente el de su protección frente a eventuales “venganzas privadas” o el de evitar que evada participar en el procedimiento. El testimonio es forzoso y la presunción de inocencia se torna así irrelevante.

Otra evidente contradicción sobre la presunción de inocencia en el seno de la reforma misma se da en la relación que hay entre arraigo y prisión preventiva en términos de taxativa temporalidad. Esa contradicción se lee en el inciso VII del artículo 20, B constitucional y en el inciso IX del párrafo segundo de ese artículo. En el primero, se establece que el plazo máximo para que el juzgador emita sentencia en todo proceso penal es de un año “salvo que [el acusado] solicite mayor plazo para su defensa”; el segundo, señala que el plazo de duración de la prisión preventiva podrá ser hasta de dos años. “Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, **sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares**”. Esas otras medidas incluyen el arraigo, que funge aquí las veces de una prisión preventiva complementaria. La diferencia es prácticamente semántica; el efecto, en cambio, es el mismo: la privación de la libertad de la persona, aunque su culpabilidad no haya sido positivamente construida por el Ministerio Público ni valorada por el juez. Esto es de por sí injustificable, porque el plazo de duración de la prisión preventiva puede ser mayor que el plazo máximo de emisión de sentencia por parte de la autoridad jurisdiccional; encima de esto, puede prolongarse por la vía de los hechos mediante el arraigo.

El diseño del arraigo y su carácter “preventivo” abren muchas puertas más a la arbitrariedad. En muchos casos se combina un plazo prolongado de arraigo, la incomunicación de la persona detenida y el desconocimiento de los lugares de arraigo, generando una situación de vulnerabilidad, desprotección de la justicia y flexibilización de los derechos fundamentales de las personas afectadas. De manera alarmante, diversos órganos del sistema de la ONU de protección de



los derechos humanos y organizaciones nacionales e internacionales en la materia han documentado casos en los que se han vulnerado los derechos de debido proceso e integridad física y mental.

En este sentido, resultan reveladoras las cifras que el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas (SPT) expone en el párrafo 225 del Informe: “La delegación examinó 70 informes médicos del arraigo federal. Un 49% de esos 70 casos presentaban lesiones recientes en el momento de ingresar al arraigo. Conforme a los informes, en 13 casos, las lesiones se habrían producido durante las detenciones; para 17 casos, no se habría encontrado el origen de las lesiones en los expedientes; [...]. La delegación constató que el número de personas detenidas que presentan signos de violencia reciente era bastante alto, aproximadamente de un 50%”.<sup>13</sup>

Igualmente, las cifras que arroja la lectura de las quejas presentadas ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) en relación con la aplicación del arraigo desde el 18 de junio de 2008 a la fecha, información que obtuvo la CMDPDH mediante una solicitud de información generada el pasado 2 de marzo.<sup>14</sup> En la respuesta a la solicitud de información, la CNDH informa que se han ventilado 112 expedientes con quejas por violaciones de derechos humanos contra personas bajo arraigo, de los cuales 42 incluyen detención arbitraria (cerca del 38%) y 46 de ellos, tratos crueles, inhumanos o degradantes antes de recibir la orden de arraigo o durante el plazo de la medida (el 41%). Del total de los casos, 29 de ellos (casi el 26%) presentaron tanto detención arbitraria como tratos crueles, inhumanos o degradantes a la vez. Entre los tratos crueles que las quejas mencionan se encuentran golpes, lesiones, fracturas y aplicación de descargas eléctricas en los genitales u otras partes del cuerpo.

Estos casos *extremos* no son excepcionales, como se colige de la interpretación de las cifras. Su frecuencia da cuenta de la grave problemática de violación de derechos humanos que está en juego con el arraigo.

---

<sup>13</sup> Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas. CAT/OP/MEX/R.1, párr. 225.

<sup>14</sup> Oficio CNDH/PVG/DG/138/2010, folio 7110, del 29 de abril de 2010.

### 3. Impacto negativo en la calidad de las investigaciones y resoluciones jurisdiccionales en materia penal

“La deformación que implica el sistema penal cautelar como forma dominante del ejercicio del poder punitivo -sostiene Zaffaroni- lleva a que las agencias ejecutivas defiendan con especial énfasis sus ámbitos de arbitrariedad para detener, requisar, allanar, interrogar, etc., y a que poco les importe la efectiva búsqueda de evidencias con miras al juzgamiento y condena formales” (cfr. Zaffaroni, *op. cit.*: 112).

Toda vez que el objetivo del arraigo no es el de declarar si una persona es inocente o culpable, sino conseguir información que puede ser valiosa para la investigación penal (privándola de su libertad), es decir, toda vez que no se investiga para arraigar sino que se arraiga para investigar, podemos afirmar que el arraigo resulta demasiado cómodo para las autoridades investigadoras -por decir lo menos-. Así, puede advertirse que hay un estímulo de *confort* para que el Ministerio Público maximice racionalmente las posibilidades de arraigar, en vez de privilegiar la investigación, por lo que la medida no favorece a la profesionalización de las investigaciones y la implementación de un sistema de justicia penal acusatorio por lo que hace a las resoluciones jurisdiccionales en la materia.

Conforme a estadísticas del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes del Consejo de la Judicatura Federal,<sup>15</sup> entre el 18 de junio de 2008 y el 14 de mayo de 2010 se han emitido 1,051 órdenes de arraigo por parte de los juzgados federales, contra las cuales se han promovido 862 amparos indirectos (es decir, el 82% de los casos). Los razonamientos vertidos en muchas de esas sentencias de amparo evidencian un formalismo llano que impacta directamente en el propósito de transitar a la oralidad y al sistema adversarial, así como en el reconocimiento de la presunción de inocencia de los quejosos.

---

<sup>15</sup> <http://www.dgepi.cjf.gob.mx/>.

Atendamos, por citar un ejemplo, al siguiente argumento del juzgador en una sentencia de amparo indirecto en revisión a la que tuvo acceso la CMDPDH:

“el concepto de violación [...] es infundado, porque no se está en el caso de violación al principio de presunción de inocencia, ya que el arraigo decretado en contra de \*\*\*\*\* no tiene como fin último privarlo de su libertad, sino garantizar la eficacia de la investigación de delitos, como facultad constitucional del Ministerio Público, para lo cual se establece esta medida, tendente a evitar la sustracción de la persona señalada como probable responsable de hechos posiblemente constitutivos de delito, que es de interés social, sin que ello implique la determinación de culpabilidad que sustenta el principio de presunción de inocencia”.

¿Cómo justifica el juzgador la vulneración del derecho de libertad personal y de tránsito de la persona arraigada en nombre del interés social, cuando no se ha determinado su culpabilidad? En el amparo citado, el juzgador niega que haya privación de la libertad. Estar detenido hasta por 80 días es un mero “acto de molestia”, porque el fin del arraigo, se argumenta conforme a jurisprudencia, no tiene como fin privar de la libertad a la persona sino evitar que ésta se sustraiga de la acción de la justicia. “Se trata entonces -sigue diciendo la autoridad judicial- de un acto de molestia que no produce los mismos efectos que los actos privativos, porque restringe de manera provisional o preventiva la libertad de tránsito y personal del indiciado, para evitar que se sustraiga de la acción de la justicia, mientras el Agente del Ministerio Público busca pruebas para poder ejercer la acción penal”.

Esta forma de argumentación jurídica, unida a las dificultades que implica para el juzgador amparar a una persona que se queja de un acto de autoridad fundado justamente en la garantía que el quejoso invoca para protegerse, obstaculiza el cambio de cultura jurídica necesario para la implementación de la reforma y restringe el ámbito de garantías de los particulares y los mecanismos de justiciabilidad de las mismas. Reconocer la presunción de inocencia y justificar penas “precondenatorias” con base en sutilezas de la argumentación y la interpretación jurídicas, en meros juegos semánticos tales como la distinción entre acto privativo y acto de molestia.

## II. CONCLUSIÓN

Ante los desafíos que a todos plantea el arraigo en términos de presunción de inocencia, implementación adecuada de un sistema penal acusatorio y principalmente, respeto irrestricto de los derechos humanos, con apego a los principios que animan todo Estado democrático y social de derecho, estamos obligados a replantear los términos de la discusión en lo relativo a esta figura procesal.

No se puede seguir insistiendo en que la disyuntiva del sistema de justicia penal y seguridad pública está entre el respeto de los derechos humanos y la eficacia policiaca o judicial. El problema de la seguridad es fundamentalmente un problema de derechos humanos, toda vez que la seguridad es un derecho humano. No puede satisfacerse ese derecho si se violan otros en “su nombre”.

Por ello, a manera de conclusión, nos adherimos a las recientes iniciativas legislativas presentadas ante la Comisión Permanente del Congreso, a los llamamientos al Estado mexicano de los órganos universales e interamericanos de protección de los derechos humanos y a los posicionamientos de diversas organizaciones nacionales e internacionales de derechos humanos que se han reiterado en numerosos foros y textos:

Que se ponga fin a la práctica del arraigo tan pronto como sea posible, y que se tomen medidas para hacer efectiva la prohibición de malos tratos y actos de tortura en los lugares que se utilizan para ejecutar la medida, antes, durante o después del arraigo.





# CONSTITUCIONALIDAD Y VIGENCIA DE LA REFORMA PENAL

---

EVERARDO MORENO CRUZ







---

Formalmente, no puede pensarse que la Reforma Penal, del 18 de junio de 2008 sea inconstitucional, toda vez que hacerlo equivaldría a hablar de la inconstitucionalidad de la Constitución.

Hay quienes consideran que esta Reforma pudiera ir en contra de los principios consagrados en el propio espíritu de esa ley, y consecuentemente se estuviera atentando en contra de las llamadas “decisiones fundamentales de la Constitución” de las que habla Carl Schmitt.<sup>1</sup>

La Reforma que nos ocupa no vulneró esas decisiones a las que se refiere el longevo profesor (murió a los 96 años) de la Universidad de Berlín. En su obra citada expresa, en relación con la Constitución alemana, que son decisiones fundamentales aquellas que señalan la forma de gobierno, su estructura y en si, las decisiones políticas sobre la forma de ser de un Estado.

Las modificaciones de junio del 2008 no tocaron esos principios, y se hicieron siguiendo el procedimiento que nuestro propio orden jurídico determina a través de la participación del constituyente permanente.

Haber hecho esa Reforma Penal se presentó como una necesidad que respondió a la creciente comisión de ilícitos, y a la manifiesta insatisfacción social ante sus órganos de gobierno encargados de las tareas jurisdiccionales.

---

<sup>1</sup> Karl Schmitt. *Teoría de la Constitución*. España Ed. Alianza. 1990.

El destacado jurista mexicano, doctor Sergio García Ramírez, a propósito de esta Reforma expresó:

“A mi juicio, se trata de una “reforma histórica” por diversos conceptos. Revisa cuestiones sobresalientes del sistema constitucional en materia de seguridad y justicia. Para ello introduce cambios -de mayor cuantía, generalmente- en diez preceptos constitucionales. Ahora bien, la historia se recorre en dos sentidos: hacia atrás, desandando los progresos, y hacia adelante, abriendo nuevos progresos. Esta “reforma histórica” hace ambas cosas. De ahí su verdadera importancia y su hondo significado”.<sup>2</sup>

Por encima de las mismas leyes, se encuentra la manera en la que éstas se interpreten, apliquen y se cumplan. De ahí, que debemos esperar que estas modificaciones legales nos permitan avanzar en los temas que regulan.

Lo anterior, implica que las fallas que en este orden de la vida nacional se presentan, no son solo atribuibles a las normas que nos rigen, sino a la conducta que observan los servidores públicos cuya función es la procuración y la administración de justicia.

Ahora bien, no es posible calificar con las mismas notas reprobatorias a todos aquellos que tienen a su cargo estas actividades, sin embargo, el resultado es que un número muy importante de las personas avocadas a esas tareas, no desempeñan adecuadamente sus funciones, y suponiendo que lo hicieran, la delincuencia crece, la impunidad aumenta, la lentitud en los procedimientos penales es ostensible, la falta de reinserción social es propiamente nula.

Ante esa realidad, el Poder Legislativo y el Ejecutivo Federal, consideraron imperioso reformar nuestro sistema penal.

Una manera de romper las inercias negativas que invaden este campo, fue transformar el esquema existente, más que buscar que bajo ese modelo, hubiera un cambio en las conductas de los funcionarios encargados de esa tarea.

---

<sup>2</sup> García Ramírez, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008) ¿Democracia o Autoritarismo?* México Ed. Porrúa. 2009.

El camino escogido de hacer la Reforma, fue más incierto, en la medida que con los mismos elementos humanos, se va a instrumentar. No obstante las anteriores consideraciones, dicha Reforma es uno de los logros, hasta ahora, más importantes del actual gobierno.

A través de la historia universal, ha quedado manifiesto el propósito que deben alcanzar los buenos gobiernos: “libertad de pensamiento y doctrina; dignidad del individuo; responsabilidad humana hacia la sociedad y el estado”.<sup>3</sup>

La transformación es necesaria, las leyes entonces, tienen que responder a las necesidades que la comunidad más que vivir, esta padeciendo.

Es evidente que en algunos aspectos puede considerarse que la ley se ha endurecido, por usar un término coloquial, como en el caso del arraigo o las comunicaciones privadas, pero es también consecuente entender la procedencia de ese rigor.

Por otra parte, también se le ha dado jerarquía constitucional a la presunción de inocencia, y por eso se ha precisado que la prisión preventiva solo podrá aplicarse con criterios más limitados a los que actualmente se emplean para imponerla.

Es novedosa así como pragmática, cuando permite que existan arreglos previos y soluciones alternas. En muchas ocasiones el ofendido prefiere, tratándose por ejemplo de delitos patrimoniales, ser resarcido en el perjuicio económico que haya sufrido, a que se encuentre privado de la libertad quien le haya causado ese daño.

Entre las diversas ventajas que pueden encontrarse a esa mediación ante la autoridad, podemos mencionar, entre otras, lo que expresa José Zamora Grant:

“La mediación, como una medida alterna al procedimiento penal, pretende, en principio, lograr la reparación de las víctimas sin necesidad de acudir a procesos jurisdiccionales”.<sup>4</sup>

Lo anterior implica beneficios tanto para el ofendido como para la misma sociedad, al evitar tener que tramitar un asunto más que se sume a los muchos, que por no permitir un arreglo de esa naturaleza, tendrán que seguir toda la secuencia procesal.

---

<sup>3</sup> Mayer, J.P., *Trayectoria del Pensamiento Político*. México-Buenos Aires. Fondo de Cultura Económica. 1961.

<sup>4</sup> Zamora Grant, José, *Derecho Victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. México. Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2009.

Como lo expresa la licenciada en Derecho Erika Bardales Lazcano, esta Justicia Alternativa, ofrece las siguientes ventajas:

1. *Mayor rapidez de los conflictos antes de llegar a los Tribunales.*
2. *Es más económica que los procedimientos judiciales.*
3. *Es privada y confidencial.*
4. *Es voluntaria e imparcial.*
5. *Facilita el llegar a un acuerdo conjunto.*<sup>5</sup>

Ahora bien, para que esta Reforma dé los frutos que todos esperamos, deseamos y necesitamos, es imprescindible realizar las siguientes tareas:

- I. Acelerar la promulgación de las leyes procedimentales tanto a nivel federal como local.
- II. Capacitar adecuadamente a quienes tendrán que aplicarla en ambos niveles de gobierno.
- III. Realizar las adaptaciones materiales que se requieren en las instalaciones físicas en donde se materializará la Reforma.
- IV. Adecuar los programas de estudio de las Escuelas y Facultades de Derecho con los contenidos de la Reforma.
- V. Concientizar a la población de la trascendencia de esta Reforma.

**I. La promulgación de las leyes ordinarias adjetivas**, tienen como plazo para entrar en vigor hasta el año dos mil dieciséis. Esto implica que será hasta el final del siguiente período presidencial cuando deberán entrar en vigor.

Por eso, es urgente que a través de los mecanismos adecuados se invite y exhorte a todos los gobiernos locales, independientemente de su filiación política, a que realicen las reformas legales que exige la Reforma Penal.

Así también, revisar que en plazos de igual brevedad, se legisle en materia de delincuencia organizada y secuestro, considerando a estos ilícitos de naturaleza federal.

Olvidarse del plazo máximo señalado. La *vacatio legis* que los artículos transitorios de la Reforma Constitucional señaló fue demasiado larga. Tanto, que pone en riesgo su aplicación.

---

<sup>5</sup> Bardales Lazcano, Erika, *Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México*. México. Ed. Magister. 2009.

Compete entonces al Titular del Ejecutivo Federal, establecer el compromiso con los gobernadores de todas las entidades federativas, a que se contará con las leyes procedimentales en este mismo año o a principios del próximo.

Y por lo que se refiere al Código Federal de Procedimientos Penales, se necesita que la Iniciativa respectiva sea considerada por el Congreso con una prioridad relevante. Podrá servir incluso de una orientación muy útil para todas las entidades federativas. La Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados elaboró un Código Modelo, que puede también servir de guía para todo el país en la redacción de este cuerpo de leyes.

Sin violentar la soberanía de entidad alguna, es también ésta una oportunidad para que en el ámbito procedimental, se mantengan, con forma y estructura semejantes los mismos principios y reglas que alentaron a la Reforma Constitucional del 2008, en todas las legislaciones locales.

Es este, de verdad, en bien de la sociedad, el momento en el que por encima de las muy respetables diferencias ideológicas que pueda haber entre las distintas corrientes representadas en los Congresos Locales, se logre una legislación justa, clara y eficaz de manera inmediata.

Contar con códigos semejantes, no implica intromisión en los asuntos locales, entraña, por el contrario, un modo de servir mejor a la sociedad. Y ese servir mejor, debemos entender que son las preocupaciones y los afanes de todos los partidos políticos registrados.

Aunadas a las modificaciones procedimentales, para que la Reforma Penal Constitucionalmente aprobada, tenga de verdad frutos positivos, será necesario incluir tipos penales en los códigos sustantivos, en los que se sancionen a los servidores públicos que no cumplan o trastoquen los principios que se imponen en la Reforma.

Asimismo, será conveniente promulgar reformas reglamentarias que premien con incentivos a los servidores públicos que en su actuación demuestren sentido de responsabilidad y eficiencia.

El plazo de ocho años no tiene que consumirse en su totalidad. Aguardar que se agote, puede implicar que esta Reforma sea solo un proyecto sin realizarse.

**II. La capacitación en las Procuradurías**, General de la República, del Distrito Federal y de los Estados debe ser intensiva e inmediata, lo mismo en el Poder Judicial de la Federación como en los Tribunales Superiores de Justicia de todos los Estados de la República y en el Distrito Federal. Esta capacitación, deberá comprender la explicación de los principios de la Reforma, como la manera en la que las actuaciones de la autoridad tendrán que adecuarse a los términos del texto constitucional reformado.

Por otra parte, deberá también capacitar y orientar debidamente a los servidores de los órganos internos de control, para que tengan una tarea esencialmente preventiva, y no como muchas veces ahora sucede, en que se convierten en instancias que llegan a cohibir las tareas de investigación y de policía en la persecución de los delitos.

Es entendible que para realizar todas esas tareas de capacitación, orientación y concientización, se requieren recursos económicos y en el interior del país, como en la misma capital federal, puede carecerse de los mismos. Es lamentable que en los presupuestos de egresos, tanto en el federal como en los locales, las partidas de gasto dedicadas a la procuración y administración de justicia, no son suficientes; no alcanzan para atender las necesidades ordinarias de su funcionamiento cotidiano, menos entonces para costear programas de capacitación.

Ante esta realidad, el Gobierno Federal, tendrá que destinar partidas extraordinarias para colmar tal propósito.

La aplicación y entrada en vigor de la Reforma Penal, es de mayúscula importancia. Los motivos que se expusieron para hacerla, dan certeza de que es ésta una prioridad de la que depende la misma seguridad nacional.

Ante tal realidad, hay que adoptar medidas para contar con recursos, sin más dilación. Concretamente, podría pensarse, por ejemplo, en el Poder Judicial de la Federación, cuyo presupuesto admitiría algunos ajustes en los rubros de servicios personales para lograr ese objetivo. Tratándose de los Estados y del Distrito Federal, sin que esto sea intromisión a su vida soberana, revisar los presupuestos y apoyarlos cuando esto fuera necesario.

Ahora bien, esto tendrá que ir caminado de manera paralela a la promulgación de los nuevos códigos de procedimientos. En caso de no hacerse así, la capacitación se estaría solo haciendo sobre los conceptos teóricos de la Reforma Penal y no sería ni tendría la efectividad que se pretende.

Sin que sea necesario entonces modificar los artículos transitorios del texto constitucional reformado, los códigos de procedimientos, tanto el federal como el local, deberán señalar en sus transitorios, el período en el que entrarán en vigor. Este plazo, deberá señalarse para dos o tres meses después de su promulgación, y buscar que los tiempos coincidan con los que se señalen en el código federal y en los locales. Así se logrará, que la entrada en vigor de la Reforma Penal en todo el país, pueda ser al mismo tiempo durante el primer semestre del año próximo.

**III. La Reforma Penal** obliga a hacer adaptaciones materiales tanto en las Procuradurías como en los Tribunales. Deben comenzar a realizarse de inmediato; tanto la creación de los Jueces de Control, así como de los Tribunales para los Juicios Orales, que en este momento no existen hablan de esa urgencia.

Para esto, tendrán que viajar al interior del país y en la ciudad de México, técnicos que optimizando las instalaciones existentes, proyecten las obras a emprenderse de acuerdo con los requerimientos que la ley exige. Para realizar lo anterior, aparecerá el problema económico. Éste, tendrá que ser resuelto por la Federación de acuerdo con los recursos locales que puedan destinarse. El Ejecutivo Federal deberá encargarse de la elaboración de una ruta crítica para que las instalaciones físicas queden concluidas al momento en el que adquieran vigencia los códigos procedimentales. Si esto se descuida, de nada servirá que se hayan promulgado los códigos adjetivos, ni capacitado a las autoridades que tendrán que aplicarlos.

Abstenerse de emprender lo mencionado, generará que el panorama no solo visual, que también es importante, sino la misma práctica en que deberá tener vigencia la nueva legislación, ofrezca el panorama idéntico, en la forma y en el fondo, que actualmente se vive en muchas procuradurías y tribunales del país, por no decir la mayoría. Expedientes en el suelo, testigos sin cubículos especiales para no escuchar las diligencias en las que participarán, entre otras deficiencias.

Además por la Reforma, se requerirá de salas para encontrar soluciones alternas. Se necesitan prever adaptaciones en los centros de reclusión, con los consecuentes espacios para los Jueces de Ejecución de Sentencias.

**IV. En este momento** el modelo federal como el de la inmensa mayoría de las entidades de la República, no se ha modificado, consecuentemente tampoco la enseñanza del Derecho Procesal Penal; ante esto, es necesario buscar desde ahora, la adecuación de los programas de estudio de las Escuelas y Facultades de Derecho en los contenidos teóricos de la Reforma.

Si hemos hablado de la necesidad de capacitar a los funcionarios de las Procuradurías y los Tribunales, es lógico que también se piense en capacitar a los particulares que, como abogados, acudirán a patrocinar a sus clientes en sus asuntos penales.

Estas modificaciones a los programas de estudio, tendrán que darse en todas las Universidades y Escuelas en las que se imparta Derecho. Para alcanzar tal objetivo, el gobierno deberá entrar en contacto con esos centros de enseñanza a fin de brindarles la asesoría y orientación que requieran para colmar esos objetivos.

Es cierto que esta actualización docente será antes de que se promulguen los nuevos códigos de procedimientos, más teórica que práctica. Aún así, será de una gran utilidad para los estudiantes de Derecho, conocer e irse familiarizando con los nuevos términos que después estarán plasmados en la ley.

De esa ley a la que Rousseau, en su obra "Del Contrato Social", le daba las siguientes cualidades:

"Cuando digo que el objeto de las leyes es siempre general, entiendo que la ley considera a los súbditos formando un cuerpo y a las acciones como abstractas, nunca a un hombre como individuo ni a una acción en particular. Así la Ley puede estatuir que haya privilegios, pero no puede otorgárselos a nadie".<sup>6</sup>

La ley adjetiva que se promulgue en cada Entidad, y la que tenga vigencia nacional por su carácter federal, de acuerdo con la Reforma constitucional, derivará la creación de nuevas ideas en el marco teórico procedimental del Derecho Penal.

---

<sup>6</sup> Jacques Chevallier, Jean, *Los Grandes Textos Políticos*. Madrid. Ed. Aguilar. 1962.



Solo para enunciar unas cuantas, señalo la importancia que reviste el que se pueda conocer la manera en la que desarrollará sus tareas el Ministerio Público; la integración de la carpeta de investigación, así como los modos en los que ésta se presentará a un juez que ahora no existe.

La procedencia para la determinación del arraigo, ahora ya figura constitucional. La naturaleza del auto de vinculación al proceso, así como la implementación de medidas cautelares; exponer y explicar los principios torales de la Reforma, que la hacen acreedora a juzgarla innovadora y que transforma radicalmente el sistema actual.

Tendrán que enseñarse los nuevos principios que con ella surgen en forma preponderante. Entre los mismos, están los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, independencia, oralidad, que si bien ahora pueden ser conocidos y aceptados, con la implementación de un modelo acusatorio, adquieren incontrovertible trascendencia.

Tendremos la presunción de inocencia y carga de la prueba, para quien acusa, como imperativos de relevancia determinante para la Reforma de la que venimos hablando, así también el ejercicio de la Acción Penal Pública como la Privada, y las posibles soluciones alternativas con las que es permisible la conclusión de un procedimiento penal. Especial atención deberá tener también la exposición a la mecánica en la que se desarrollaran los juicios orales.

A muchos de esos alumnos les corresponderá acusar, defender y, lo que finalmente es más importante, formar parte de la corte que sentenciará y resolverá sobre la inocencia o culpabilidad de los presuntos responsables. Citando al licenciado Fernando Gómez Mont:

“El proceso penal en México está cargado de formalismos innecesarios que impiden la celeridad procesal. Ello contribuye a aminorar la cultura de la denuncia y a fomentar el crimen (el delincuente evalúa las probabilidades que tiene de ser castigado, y en esa medida delinque)”.

“No debemos olvidar conceptos como el principio de inmediación (sensibilidad que debe demostrar el juez al emitir una sentencia, habiendo estado presente en el desahogo de pruebas), el principio de contradicción (debate entre las pruebas de acusación y de defensa, e incluso permitiendo a la víctima que intervenga en su defensa) ni el principio de

concentración (desahogo de pruebas en una sola audiencia). El proceso en México parece olvidar todos estos principios”.<sup>7</sup>

Las ideas transcritas, revelan con claridad la urgencia de la Reforma que hará que esas ideas expuestas, se contemplen satisfechas en los vicios que ahora se padecen.

Ahora bien, a los actuales abogados postulantes, también será necesario capacitarlos. Sería conveniente, que se organizaran cursos en las escuelas de las que son egresados, para que conocieran los términos y las formas nuevas que van a normar el procedimiento penal. Las agrupaciones de abogados, deberán también implementar cursos de esta naturaleza.

Por eso, tanto a las escuelas de Derecho del país, como a los colegios de abogados, el poder público deberá orientarlos y alentarlos en la realización de los mismos.

**V. La Reforma Penal** está orientada a ser útil a la sociedad que quiere contar con una mejor atención en los temas que directamente afectan sus intereses personales como lo puede ser su seguridad, de ahí entonces, que es muy importante concientizar a la población de la trascendencia de la misma.

Es un mérito que ha de reconocerse a las Cámaras de Diputados y de Senadores, como a las Legislaturas locales, que la misma fue aprobada en un tiempo relativamente breve; es importante que ese comportamiento sea divulgado, que se publicite de manera clara, sencilla y entendible para todos, la manera distinta en la que se ventilaran los asuntos penales.

La sociedad debe ser conciente de que esa Reforma comience a aplicarse lo más pronto posible, y que no tenga que esperarse a que esté terminando el próximo sexenio para conocer los resultados que queremos y esperamos pueda dar. Los gobernados quieren un estado fuerte, respetuoso de sus garantías, pero también vigoroso, capaz y apto, que les garantice seguridad. Desean acudir a denunciar un delito con la certeza de que serán atendidos con diligencia, prontitud y eficacia.

---

<sup>7</sup> Laveaga, Gerardo, Lujambio, Alberto, coordinadores, *El Derecho Penal a Juicio*, Diccionario Crítico, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales. 2009.

La sociedad no quiere un estado empedregado y temeroso de actuar, por el contrario lo anhela lo suficientemente capaz como para que le garantice una convivencia tranquila y segura. Podemos decir, siguiendo la clásica definición de que el Estado se integra por la población, el territorio y el gobierno, que la población espera que su gobierno le cumpla en el territorio en el que vive; la población aguarda, hágase breve su espera, así como que esta pueda dar lugar, más adelante a que los juicios orales, que constituyen la mayor transformación de esta reforma, se puedan aplicar a otras materias.

Si eso se logra, se tendrá que recordar que esa modernización que pudiera darse en todo nuestro sistema legal, habría tenido su origen en esta Reforma. La sociedad mexicana, como la de cualquier nacionalidad, desea que sus controversias legales sean resueltas equitativa y honradamente, y que las leyes que normen los modos de hacerlo, garanticen esos fines. La corrupción, como lo señala Miguel Carbonell, en buena medida se puede considerar que se desarrolla por la forma poco divulgada y pública en que se llevan actualmente los juicios.

El maestro universitario, textualmente expresa:

“... una de las causas de la gran corrupción que existe en el sistema penal (en todas sus etapas, aunque con distinta intensidad en cada una de ellas) se debe a la opacidad con la que trabajan sus principales protagonistas”.<sup>8</sup>

Es parcialmente aceptable su aseveración, pues al momento de que en público se desahoguen las pruebas que se ofrezcan para que un tribunal resuelva, no se podrá emitir una sentencia contraria a lo que se haya mostrado ante el juzgador. En esto, encontramos una ventaja más en esta modificación legal.

El gobierno, en nuestro sistema político integrado por tres poderes, debe cumplir; el legislativo ha hecho una parte importante en esta Reforma, ahora la mayor responsabilidad se encuentra en la esfera del Ejecutivo. El Judicial Federal y Locales, han de cumplir desde ahora, con las tareas que vayan preparando su participación en lo que habrá de ser la parte más importante.

A la esfera judicial, corresponderá desde la investigación de la conducta de los indiciados, hasta la solución de la *litis* fijada en la

---

<sup>8</sup> Manuel Carbonell. Los Juicios orales en México. Ed. Porrúa. México 2010.

investigación, y en su caso el cumplimiento de la sanción que se haya impuesto, que no será solo castigo, sino lo realmente trascendente, la reinserción social de quien haya cometido un ilícito.

Esta Reforma a nuestra Constitución implica también modificaciones no solo teóricas o técnicas, sino lo que es mayor en su importancia, transformaciones en las conductas de quienes tienen que aplicar estas normas. Es un reto. Quienes de alguna manera nos veremos insertos en su aplicación, por el ejercicio de nuestra profesión, debemos de mirarla con entusiasmo y optimismo. De ella dependen valores sociales superiores.





## LO RELEVANTE DEL TESTIGO Y DE SU TESTIMONIO

---

DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ



## SUMARIO

Introducción. **I.** Capacidad sensitiva y perceptiva del testigo. 1.1 Sensación. 1.2 Percepción. **II.** La Instrumentalidad de los Sentidos. 2.1 La visión o sentido de la vista. 2.2 La audición o sentido del oído. 2.3 El Olfato o Sentido del Olor. 2.4 El Gusto o Sentido del Sabor. 2.5 El Tacto. **III.** Exigencias y proceso de la percepción. 3.1 Etapas de la percepción. 3.2 Requerimientos de la percepción. **IV.** Memoria. 4.1 El recuerdo. 4.2 Tipología de la memoria. 4.3 Alteraciones en la memoria. 4.3.1 Amnesia anterógrada. 4.3.2 Amnesia retrógrada. **V.** Alucinaciones. 5.1 Tipos de alucinaciones. **VI.** Posibles motivos y fines de la impugnación del testimonio. **VII.** Interrogatorio. **VIII.** Interrogador. 8.1 Virtudes del interrogador. 8.2 Habilidades y destrezas especiales del interrogador. **IX.** Entrevista y preparación del testigo. 9.1 Interrogatorio y Entrevista. 9.1.1 Metas a perseguir con la entrevista.





---

## INTRODUCCIÓN

Ya que para apreciar el testimonio,<sup>1</sup> el juez tendrá en cuenta los principios técnicos-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio<sup>2</sup> y el contra-interrogatorio,<sup>3</sup> la forma de sus respuestas y su personalidad; revisemos sus implicaciones.

### I. CAPACIDAD SENSITIVA Y PERCEPTIVA DEL TESTIGO

La capacidad del testigo frente a los hechos que percibió y a la manera como los puede relatar en el juicio oral, se basa en la:

---

1 Igartúa Salaverría, Juan. *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia-España, 1995. Cafferata Nores, José I. *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1988. Además Véase: Chiesa Aponte, Ernesto. pues el *contra-interrogatorio* es un aspecto central de la prueba testifical. *Tratado de Derecho Probatorio*, Publicaciones JTS, USA, 2005, p. 335. Del mismo autor: *Derecho procesal penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, Editorial Forum, 1ª reimpresión, vol. I, San Juan de Puerto Rico, 1995, pp. 398 y ss.

2 *Entrevistarse* con el testigo de modo previo, es correcto, tiene como finalidad prepararlo para testificar en una sala, o Tribunal, lo que hará que su estrés disminuya en el momento real. Ello hará que su testigo luzca más confiado. Incluso se aconseja llevar al testigo a la verdadera sala donde rendirá su testimonial. Mauet, Thomas A. *Trial Techniques*, Wolters Kluwer, Law and Business, 7ª ed., NY, USA, 2007, pp. 117, 118.

3 Con excepción de las del *contra-interrogatorio* que merecen un artículo aparte, léanse en el aparato crítico sólo un par de apartamientos.

## 1.1 Sensación

Referida a experiencias inmediatas básicas, generadas por estímulos aislados simples.

## 1.2 Percepción

En la que se incluye la interpretación de esas sensaciones, dándoles significado y organización. Esa organización, interpretación, análisis e integración de los estímulos, implica la actividad no sólo de nuestros órganos sensoriales, sino también de nuestro cerebro.

El abogado interrogador y el contra-interrogador, deben tomar en cuenta que la sensación precede a la percepción y ésta en el proceso sensible, se percibe como un estímulo que luego analiza y compara, dándose así la percepción. La sensación está referida a los sentidos que luego racionaliza percibiendo determinados estímulos.

## II. LA INSTRUMENTALIDAD DE LOS SENTIDOS

Los sentidos son instrumentos que sirven para poder tener una relación o una interacción con el resto del universo que los rodea. Tocando y palpando los objetos adquirimos conciencia de ellos.

### 2.1 La visión o sentido de la vista

Es la sensación consciente producida por la luz que permite apreciar los objetos y sus cualidades. Se distinguen dos tipos de visión<sup>4</sup> según las condiciones de luminosidad (la escotópica que se percibe cuando el ojo está acostumbrado a la oscuridad y fotópica que se percibe cuando el ojo está acostumbrado a la luz).

---

<sup>4</sup> Como enfermedades más comunes de la visión están: a) *ceguera* que es causada por la presión del nervio óptico; b) *miopía*, bajo la cual el cristalino funciona bien, pero el globo ocular es demasiado largo; c) *conjuntivitis*, representada por el enrojecimiento, inflamación, molestia y constante lagrimeo; d) *hemeralopía*: incipiente opacidad en uno o más de los tejidos oculares; e) *diplopía*, cuyo resultado es la visión doble, estrabismo y bizquera que son causados por debilidad o parálisis de los músculos externos del globo ocular; f) *hipermetropía*, cuando el cristalino funciona bien, pero el globo ocular es demasiado corto. La imagen de los objetos se forma detrás de la retina; g) *astigmatismo* que conlleva la deformación de la cornea o alteración de la curvatura de la lente ocular. Provoca una visión distorsionada debido a la imposibilidad de que converjan los rayos luminosos en un solo punto de la retina.

## 2.2 La audición o sentido del oído

El oído es el órgano responsable de la audición y el equilibrio. Es decir, es el encargado de captar las vibraciones y transformarlas en impulsos nerviosos que llegan al cerebro en donde son interpretadas.<sup>5</sup> El oído consta de tres regiones anatómicas: la externa, la media y la interna.

## 2.3 El Olfato o Sentido del Olor

Este sentido químico permite percibir los olores<sup>6</sup> que también son importantes para la percepción al estar relacionada con la memoria, toda vez que el aroma en determinado momento conduce a evocar situaciones pasadas.

## 2.4 El Gusto o Sentido del Sabor

Facultad humana de percibir cuatro tipos de sabores: dulce, salado, ácido y amargo. El gusto es el sentido que nos permite saborear las cosas. Se experimenta por medio de la lengua.

## 2.5 El Tacto

A través del tacto el cuerpo percibe el contacto con las distintas sustancias u objetos, es el equipo sensorial más grande que tiene el ser humano. Para unos la percepción es la sensación interior resultante. Y para otros constituye el punto donde la cognición y la realidad se encuentran.<sup>7</sup>

## III. Exigencias y proceso de la percepción

La percepción tiene un *mecanismo de recepción sensorial* -que ingresa por los sentidos, pues sin sensación no hay percepción-, una estructura simbólica -dado que la percepción conlleva representaciones, concepciones o significados- y elementos emocionales -que van de los agradables a los desagradables, por ejemplo-.

<sup>5</sup> La transmisión de la *emisión* y la *desaparición rápida* son aspectos acústicos de sonido relacionados con la capacidad de localizar las fuentes sonoras y la desaparición rápida de sonido. La *inter-cambiabilidad* es una característica que describe la habilidad de un hablante de reproducir cualquier mensaje que entienda sin que se distorsione su contenido. La *retro-alimentación* total se refiere a que escuchamos todo lo que decimos. La *especialización* significa que el propósito del habla es comunicar. La *semánticidad* y la *arbitrariedad* muestran que en el lenguaje no hay relación inherente que vincule los sonidos con sus referentes, aunque los sonidos tengan un significado. El *lenguaje* es más que un sistema de signos utilizado para la comunicación entre los individuos. Best, John B. *Psicología cognoscitiva*, 5ª ed., Ed. Thomson, México, 2002, p. 244.

<sup>6</sup> El aire que contiene los olores, llega a la cavidad nasal, a través de dos vías: proveniente de la inhalación o de la garganta. Existen siete tipos de receptores existentes en las células de la mucosa olfatoria: alcanfor, almizcle, flores, menta, éter, acre y podrido.

<sup>7</sup> Alfonso Rodríguez, Orlando. *El testimonio penal y sus errores*, Ed. Temis, Bogotá, 2005, p. 186.

### 3.1 Etapas de la percepción

El número de *estímulos* (uno o varios) captados por los sentidos son llevados a la corteza cerebral del sujeto cognoscente, en donde producen una reacción en cadena y le cambian la actividad e interés; ahí el sujeto realiza un *comparativo* de ellos por sus características (mediante la cualidad nemónica el sujeto evoca las imágenes percibidas con antelación y relaciona sus características con el objeto de la percepción. Ejecuta un análisis comparativo para darle identidad e individualidad propia a cada percepción); y seguidamente les asigna una *valoración afectiva* (la percepción de un contenido de bienestar o comodidad, o de intranquilidad o desasosiego, según el contenido de la imagen o estímulo percibido).

### 3.2 Requerimientos de la percepción

La percepción debe ser coherente, selecta, unívoca, real e individual. Tiene un inicio y un fin, permite el almacenamiento de imágenes y su correspondiente evocación.<sup>8</sup>

## IV. MEMORIA

Es una parte crucial del proceso de aprendizaje, sin ella, las experiencias se perderían. La memoria no tendría contenido, si no tuviere lugar el *aprendizaje*. La memoria es la retención del aprendizaje o de la experiencia. Con el proceso de inducción se adquiere información compleja y abstracta sobre cualquier ambiente, independientemente de la conciencia de los sujetos sobre el proceso de adquisición o sobre la información adquirida -debido a la denominada *memoria implícita*-.

---

<sup>8</sup> Es *coherente* porque pone en funcionamiento todas sus partes integrantes; acoge algunas percepciones en detrimento de otras (felicidad en vez de incomodidad, y por ello, es *selecta*); *unívoca*, pues los elementos integrantes de la percepción surgen en la conciencia humana como un todo único. Tiene *conciencia de la realidad*, en atención a que los objetos existen fuera de sus representaciones; *individualidad*, en tanto que la percepción está constituida y condicionada por factores externos, objetivos, independientes, que son captados por la mente. Cobra lugar en el *umbral psíquico* que inicia en la percepción del estímulo y continúa en la formación del arco psíquico que emite juicios y conceptos. Puede *almacenar imágenes* mediante el proceso de selección, posterior fijación y consecuente memorización, que constituye un fenómeno psíquico no rectilíneo, sino complejo, abstruso, como el hombre mismo, según sus afectos y estados de ánimo. Por ello, durante las primeras horas del día la facultad receptiva es más fresca, rápida y vigilante. Y puede *evocar imágenes*, ya que para traer al presente una vivencia almacenada, es necesario combinar dos factores: la figura y el fondo o contenido de la figura. Para ejercitar al testigo en los rubros de refrescamiento de la memoria, con base en su recolección de datos y almacenamiento de la información, *cf.* Mauet, Thomas A. y Warren D. Wolfson. *Materials in Trial Advocacy, Problems and Cases*, Wolters Kluwer, Law and Business, Aspen Publishers, 6ª ed., NY, USA, 2007, pp. 31 y ss.

Mientras que lo que se hace de modo consciente y se expresa directamente, proviene del efecto de la *memoria explícita*.

#### 4.1 El recuerdo

Otro aspecto importante a tener en cuenta al momento de elaborar el interrogatorio o contra-interrogatorio, es el referido al recuerdo que constituye la manera de recuperar o localizar la información que se ha almacenado o, también representa diferentes modos de *medir la memoria*. Dentro de tal concepción, se hace igualmente indispensable verificar los conceptos de *reconocimiento* (modo sensorial de recordar), *rememoración* (forma más puntual del recuerdo, porque se reproduce algo aprehendido tiempo atrás. Sus señales de recuperación, con frecuencia, han desaparecido o son muy escasas), y el *re-aprendizaje* (en el cual, lo aparentemente olvidado, puede ser más fácil de aprehenderlo una segunda vez, más aún de lo que fue en la primera ocasión).<sup>9</sup>

#### 4.2 Tipología de la memoria

La memoria *sensorial* es útil para efectuar el almacenamiento en sí; la de *corto plazo* resulta funcional para almacenar información durante el tiempo suficiente de su empleo. Tiene una codificación acústica. La de *largo plazo* se convierte en el depósito de todas las cosas en la memoria que no se utilizan en el momento pero potencialmente pueden recuperarse. Su codificación es semántica, visual y acústica.

---

<sup>9</sup> En torno a esta temática en concreto, revisen: Addeley, A. *Memoria humana. Teoría y práctica*, McGraw-Hill, Madrid, 2006. Baron, Robert. *Psicología*. Ed. Prentice Hall, México, 1996. Coon, D. *Psicología. Exploración y aplicaciones*. Ed. Thomson, México, 1999. Davidoff, L. L. *Introducción a la psicología*, McGraw-Hill, México, 1989. Day, R. H. *Psicología de la percepción humana*, Ed. Limusa, México, 1973. Domjan, M. *Principios de aprendizaje y conducta*, Ed. Thomson, 5ª ed., Madrid, 2003. Doyle, Mc. Keachie. *Psicología*, Ed. Fondo Educativo Interamericano, México, 1977. Feldman, Robert. *Psicología*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1999. También de Feldman, Robert. *Psicología, con aplicaciones en países de habla hispana*. McGraw-Hill, 6ª ed., México, 2006. Giovetti, Paola. *Los fenómenos paranormales*, Ediciones Paulinas, Santa Fé de Bogotá-Colombia, 1992. Goldstein, E. B. *Sensación y percepción*, Ed. Thomson, Madrid, 1999. Haller Gilmer, B. Von. *Psicología General*, Ed. Harla, México, 1972. Lahey, B. B. *Introducción a la Psicología*, Ed. McGraw-Hill, 6ª ed., Madrid, 1999. Maraleida, Mariano. *Psicología del desarrollo*, Editorial Alfa Omega, México, 1999. Matlin, Margaret W., y Foley, Hugh J. *Sensación y Percepción*, Ed. Thomson International, USA, 1996 (y en México por Prentice Hall, con traducción de Marcela Ramírez Escoto y Revisión Técnica de María Elena Ortiz Salinas, 1996). Mestre, J. M., y Palmero, F. *Procesos psicológicos básicos*, Ed. McGraw-Hill, Madrid, 2005. Miller, G. A. *Introducción a la psicología*, Ed. Alianza, Madrid, 1980. Morris, C. G., et al. *Introducción a la Psicología*, Ed. Pearson-Prentice Hall, 10ª ed., México, 2001. MYERS, D. G. *Psicología*, Ed. Panamericana, Madrid, 2000. Ramírez Santiago. *El mexicano: Psicología de sus Motivaciones*. Ed. Grijalbo, México, 1998. Rubinstein, S.L. *Principios de Psicología General*, Ed. Grijalbo, México, 1974. Scharamm, Wilbur. *La Ciencia de la comunicación humana*. Ed. Grijalbo, México, 1979. Shiffman, Harvey Richard. *La Percepción Sensorial*. Ed. Limusa, México, 1983. Whittaker, James y Sandra Whittaker. *Psicología*, Ed. Mc Graw Hill Interamericana, México, 1989. Wolff, Werner. *Introducción a la Psicología, una visión científico-humanista*, Ed. Alhambra, México, 1983.

### 4.3 Alteraciones en la memoria

Almacenar, conservar, discriminar información tiene que ver con el tipo de limitantes de la memoria. De ahí que se aluda a la amnesia como alteración de la memoria, la cual se subdivide en:

#### 4.3.1 Amnesia anterógrada

Bajo la que existe incapacidad para asimilar nueva información.

#### 4.3.2 Amnesia retrógrada

Ante la que se presenta la imposibilidad de evocar hechos previamente almacenados. Cuando el defecto en la memoria es *parcial* dichas amnesias se acompañan de *confabulaciones*, que no es otra cosa que un error de memoria que se comete bajo condiciones de alta motivación o excitación, al punto que se crean falsos recuerdos dentro de recuerdos verdaderos.

Para ser *buen testigo* no basta querer, sino que es preciso saberlo ser. En suma, el *testimonio* pone en juego la mayor parte de las funciones intelectuales: los sentidos, la percepción, la memoria, el juicio. Entonces -respecto de los *sentidos*- se precisa no ser ciego, ni sordo, ni demasiado miope, ni demasiado duro de oído -pues un sordo pudo haber visto perfectamente y un ciego pudo haber escuchado mejor que un testigo normal-. En cuanto a las *percepciones*, dado que son pasajeras, a consecuencia de la excitación nerviosa periférica, deben precisarse en el acto sintético, agrupándolas en el tipo de percepción que las sujeta a representaciones anteriores y les da un sentido objetivo.

La *memoria* interviene después de la percepción, aproxima constantemente noticias dadas a recuerdos ya adquiridos. Permite así fijar las impresiones incorporando las imágenes ordenadas. Conserva enseguida estos recuerdos hasta que hayan de ser utilizados. Por último, los reproduce, cuando son evocados.

Todo esto demanda esfuerzo, se opera mediante tropiezos, pero se exige la intervención frecuente del *juicio*. Para ser *capaz de testimonio*, hay que gozar no solamente de órganos de los sentidos intactos, sino de una inteligencia normal, de un juicio recto y de una memoria fiel. Si uno de estos órganos, sensibles

o intelectuales es defectuoso, no dejará de alterar los datos del hecho; será una ventana equívoca, que desvía las razones de su uso natural, y habrá de tomarse el trabajo de volver a encontrar la verdad bajo tales subjetividades, o defectos.

## V. ALUCINACIONES

Se deben, además, descartar las experiencias sensoriales que se originan en la mente en lugar de hacerlo en la realidad externa, pues ningún objeto ni sujeto las origina. Dichas alteraciones<sup>10</sup> de la percepción nos llevan a ver algo que no existe en la realidad y que sólo está en nuestra imaginación.

### 5.1 Tipos de alucinaciones

Las alucinaciones tienen que ver con los sentidos; de ahí que sean: auditivo-verbales;<sup>11</sup> visuales u ópticas;<sup>12</sup> táctiles;<sup>13</sup> somáticas;<sup>14</sup> olfativo-gustativas;<sup>15</sup> extracámpicas;<sup>16</sup> y también las halla bajo el rubro de pseudo-alucinaciones.<sup>17</sup>

## VI. POSIBLES MOTIVOS Y FINES DE LA IMPUGNACIÓN DEL TESTIMONIO

Como motivos para la impugnación de la credibilidad del testigo se estatuye la existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro análogo que decante en la parcialidad del testigo.<sup>18</sup>

<sup>10</sup> Entre las causas médicas y psiquiátricas provocadoras de las *alucinaciones* están: a) los trastornos psiquiátricos como la esquizofrenia, la depresión psicótica, el trastorno por estrés; b) la intoxicación por drogas o a falta de ellas; c) el delirio o la demencia; d) la enfermedad grave como insuficiencia hepática, la insuficiencia renal y el cáncer de cerebro; e) la pérdida sensorial como la ceguera o sordera; e) la fiebre que puede ocurrir con cualquier infección (frecuentemente produce alucinaciones en los niños y en los ancianos).

<sup>11</sup> Se califican como el inicio de la esquizofrenia. Se presentan también en pacientes con trastornos afectivos como la manía y la depresión delirante. Se perciben voces que dialogan entre sí sobre su persona o pensamiento, o comentan sus actividades. El paciente se siente sujeto a las argumentaciones que puedan realizar estas voces sobre él.

<sup>12</sup> Pueden ser elementales cuando se trata de vivencias ópticas amorfas (fotomas como luces, colores, centellos o figuras geométricas que en ocasiones adquieren movimiento). Son complejas cuando la visión adquiere características semejantes a la realidad. El sujeto ve objetos o seres reconocibles.

<sup>13</sup> El paciente experimenta sensaciones de que lo tocan, agarran, estrangulan, pinchan o atraviesan.

<sup>14</sup> Afectan o están referidas al interior del cuerpo o a alguna de sus partes. El paciente tiene sensaciones de estar petrificado, hueco, vacío, lleno de líquido.

<sup>15</sup> El paciente percibe sabores u olores generalmente desagradables.

<sup>16</sup> Experiencias alucinatorias que están referidas a un lugar fuera del campo visual del sujeto.

<sup>17</sup> La alucinación psicótica se considera una falsa alucinación. No las relaciona con ninguna modalidad sensorial.

<sup>18</sup> Romero Soto, Julio y Rocio Romero Álvarez. *Técnicas jurídicas de la investigación e interrogatorio*, Librería del Profesional, Bogotá, 1989. Paz Rubio, José María et al. *La prueba en el proceso penal, su práctica ante los Tribunales*, Ed. Colex, Madrid-España, 1999, pp. 99-149.

Impugnar su credibilidad tiene como finalidad:

- a) Resaltar la naturaleza inverosímil o increíble del testimonio.<sup>19</sup>
- b) Cuestionar la capacidad del sujeto -común y corriente, o testigo perito- para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración.
- c) Denotar la existencia de cualquier *prejuicio* (proceso de “prejuzgar” algo. El prejuicio ciega la razón y se cierra ante argumentos convincentes, lleva a juicios temerarios. Es contrario a la caridad, a la verdad, a la justicia); *interés* (entendido como provecho, utilidad, ganancia, inclinación del ánimo hacia un objeto, una persona, una narración o conveniencia o beneficio en el orden moral o material)<sup>20, 21</sup> o algún motivo de *parcialidad* por parte del testigo (por ejemplo, por *pasión*<sup>22</sup> -sentimiento de gran intensidad y de breve duración, caracterizado por la alteración del ánimo- se llegan a anular prácticamente la inteligencia y la voluntad, en determinados eventos; o por *vanidad*<sup>23</sup> -se llegan a desviar-).
- d) Poner en entredicho las manifestaciones anteriores del testigo, incluidas las hechas a terceros, o en entrevistas, exposiciones, declaraciones juradas o interrogatorios en Audiencias ante el juez de control.

---

19 El *Cross-examination* es un instrumento de confrontación mediante el cual uno de los intervinientes pretende demostrar al juez que la *teoría del caso* de la contraparte carece de veracidad, permite apreciar el verdadero alcance y contenido del testimonio y limitar la declaración adversa “a sus justas proporciones, o cuando menos mostrarle al juzgador que las cosas no exactamente ocurrieron como el testigo las describió, bien porque algo sucedió en menor dimensión (confrontación a las exageraciones del testigo), o bien porque se omitió algo que era relevante para valorar el testimonio (confrontación dirigida a omisiones del testigo). Ver Decastro González, Alejandro. *El Contra-interrogatorio*, Librería Jurídica, Medellín, 2005, p. 15. *Sobre las circunstancias para acreditar o no la veracidad del testigo*, Vid. Goldberg, Steve H. *Mi primer juicio oral. ¿Dónde me siento? ¿Y qué diré?*, Editorial Heliasta, Buenos Aires-Argentina, 1994, pp. 147 y ss. Bergman, Paul. *La defensa en juicio. La defensa penal y la oralidad*, 2ª ed., Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, 1989, pp. 47-55.

20 La simpatía por la víctima y la antipatía por el delincuente son las que guían particularmente al denunciante desinteresado. Sentimientos que se tornan predominantes cuando el testigo conocía previamente a las partes, por lo que pueda sentirse obligado a declarar de la que le ha hecho citar. Tal estado da lugar a deformar los hechos, a suprimir detalles que son desfavorables y a aumentar los favorables.

21 Se erige como causal de impugnación de credibilidad del testigo cuando se advierte en el contenido del relato un interés respecto de su testimonio o del resultado del procesado. Según el principio de la Ley Romana: ninguno es reputado buen testigo en su propia causa “*Nullus in re sua testis intelligitur*”.

22 La principal pasión es el *amor*. Estado mental, afecto, sentimiento o emoción que hace desear el bien y la compañía de otro. Por amor, en el testimonio se da la falsedad o las deformaciones (casos pasionales). Felizmente el amor no es peligroso ante la justicia, porque es aparente, por lo general no se esconde sólo coloca una venda sobre sus propios ojos. No ocurre lo mismo con su contrario: el odio. Según Francois Gorph el amor es el tipo más puro de la pasión. “Es el alma que envuelve al cuerpo” siguiendo a Nietzsche. Ya lo refería Shalespeare “El amor no ve con los ojos del cuerpo, sino del alma”... el enamorado percibe lo que quiere percibir, deja de interpretar datos según sus deseos, borra imágenes reales y “se engaña a sí mismo”. Gorphe, Francois. La crítica del testimonio, Ediciones biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, 8ª ed., Madrid, 1980, pp. 142 y ss.

23 Incluyente del orgullo, la presunción y el amor propio desmedido o desmesurado. La vanidad es una forma de vanagloria, que se basa en el orgullo, en las cosas vanas (las que se tienen por valiosas pero que en la realidad se desvían de lo que en verdad vale).



- e) Subrayar el carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad.
- f) Esclarecer las contradicciones en el contenido de la declaración.

## VII. INTERROGATORIO

Interrogar, del latín *interrogare*, del prefijo *inter* (en medio) y del verbo *rogare* (preguntar). Se trata de buscar la verdad por medio de preguntas. Se inquiere a una persona acerca de una cuestión. Es el arte de cuestionar a una fuente con el fin de obtener la máxima cantidad de información utilizable, en el menor tiempo posible. A través del interrogatorio el juez disipa dudas y esclarece puntos oscuros, llega a una decisión razonada y justa, sin la cual es imposible pronunciar una condena que no sea arbitraria.

El interrogatorio es el conjunto de preguntas que un interviniente en el juicio oral y público le formula a su testigo, con el fin de demostrar su teoría del caso.<sup>24</sup>

En el examen directo<sup>25</sup> se permite relatar la teoría del caso desde la prueba concreta y no desde puras afirmaciones del abogado (como sucede durante la fase de los alegatos de apertura) que hasta el momento han sido sólo una promesa. La función del interrogatorio es presentar el testimonio de una manera lógica,<sup>26</sup> efectiva<sup>27</sup> y persuasiva.<sup>28</sup>

## VIII. INTERROGADOR

Debe ser una persona calificada, cualificada y entrenada, motivo por el cual debe tener cualidades personales, habilidades y destrezas especiales, habida cuenta que su deber es mantener atento al juez y al testigo para sustentar su teoría del caso, en la información asimilada por aquél.

---

<sup>24</sup> Tiene como finalidad que el testigo informe los hechos que percibió y que interesan al proceso, desde la perspectiva de la teoría del caso de la parte que lo solicitó. Se refiere a los hechos objeto del juicio o relativos a la credibilidad de otro declarante. No se podrán formular preguntas sugestivas ni se insinuará el sentido de la respuesta. En el examen directo el abogado permite al tribunal revivir la versión de los hechos de su cliente (acusado, víctima o testigo propiamente tal).

<sup>25</sup> Baytelamn, Andrés y Duce, Mauricio. *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, pp. 106, 107.

<sup>26</sup> El relato de los hechos que realice el testigo debe ser coherente, destacando los puntos importantes del testimonio con el fin de que queden claramente en la memoria del juzgador.

<sup>27</sup> Debe ser conciso, preciso y evitar toda información innecesaria y superflua, a efecto de comprobar la teoría del caso.

<sup>28</sup> El convencimiento del juez, es el objeto del proceso oral y esto se logra con los testigos, máxime si se trata de un relato veraz de los hechos.

## 8.1 Virtudes del interrogador

El interrogador debe tener atributos, dones o virtudes que le permitan ganar la cooperación de la fuente a ser interrogada. Debe:

- a) *Motivarlo* demostrando interés por la recolección de la información, es decir, que cuente con el impulso de actuar. El interrogador debe anticiparse a cada pregunta y estar seguro que la fuente cooperará.
- b) *Estar alerta* de los cambios de actitud del testigo<sup>29</sup> y de las respuestas que suministre (poniendo total atención a los gestos, palabras, cambios de tono o de acento en la voz de la fuente).
- c) *Tener paciencia*<sup>30</sup> y *tacto* que le permitan crear el ambiente necesario entre él y el interrogado, ello aumentará las posibilidades de éxito en el interrogatorio.
- d) *Mantener la credibilidad* con la fuente, para ello guardará absoluto respeto en cuanto a la persona y a sus derechos constitucionales y legales.
- e) *Conservar una actitud mental objetiva* sin importar las reacciones emocionales que en realidad se estén sintiendo al momento de recolectar la información.  
La pérdida del equilibrio emocional del interrogador conduce a predicar su falta de objetividad y su inconsistente credibilidad.
- f) *Mostrar autocontrol* frente a las emociones que se pueden sentir por razón de los datos que suministre el interrogado. Particularmente cuando se están empleando técnicas de interrogación que requieren la demostración de emociones o actitudes simuladas.
- g) *Mostrarse adaptable* a muchas y variadas personalidades.
- h) *Ser perseverante o persistente* para obtener la información, no se puede desanimar fácilmente por oposición o falta de cooperación de la fuente.

---

<sup>29</sup> Acorde con los *principios de orden cronológico*, se presentan a los testigos en el orden en que sucedieron los hechos, conectándolos unos con otros; *al de primacía y novedad*, la primera pregunta y la última deben ser impactantes, toda vez que no se puede perder de vista que las personas, entre ellas el juez recuerdan lo primero y lo último que oyen; *al del testimonio más creíble*, primero se deben presentar los testimonios más verosímiles, coherentes y libres de contradicción, dado el impacto que causará en la mente del juzgador; *al del testigo más creíble* presentamos como estrategia al testigo más creíble, en cuanto a sus calidades personales y relato.

<sup>30</sup> Demostrar impaciencia conduce a que la persona suministre información de manera dispersa, y en determinados eventos que se pierda el respeto por el interrogador, reduciendo su efectividad. Teniendo paciencia y tacto podrá terminar un interrogatorio y comenzar otro con la misma fuente sin generar aprehensión o resentimiento.

- i) *Guardar una apariencia organizada y profesional en la presentación y formulación del interrogatorio*, para crear un ambiente favorable del interrogatorio exitoso.<sup>31</sup>

Si la apariencia y la presentación del interrogador refleja justicia, fuerza y eficiencia, seguramente la fuente cooperará y será más receptiva al interrogatorio.

## 8.2 Habilidades y destrezas especiales del interrogador

- a) *Habilidad para hablar*. Preparar y formular las preguntas en forma clara, concisa y precisa. Quien pregunta claro, así mismo se le responderá.
- b) *Manejar un conocimiento integral que le permita sortear los eventos que pueden ocurrir en el interrogatorio*. Debe poseer mucha información variada, detallada y veraz.

Podrá adaptarse mejor a la personalidad de la fuente y controlar sus propias reacciones si conoce sus factores psicológicos básicos, actitudes, motivaciones e inhibiciones.

---

<sup>31</sup> Las *preguntas tipo* son *abiertas y narrativas* (interesa que el testigo suministre todos los datos que percibió. Las preguntas *abiertas* elevan la credibilidad del testigo. Lo que se produce como consecuencia natural del hecho de que dejan al testigo explicarse en sus propias palabras y le permiten al jurado evaluar el grado de conocimiento que tiene de los hechos. Nada mejor para la credibilidad del testigo y de la propia teoría del caso que un relato sólido y consistente que emana de un testigo que no requiere ser llevado de la mano para contar cómo ocurrieron los hechos que él supuestamente presencié. En síntesis, empléense preguntas abiertas, iniciando con: ¿qué?, ¿cómo?, ¿cuándo?, ¿dónde?, ¿porqué?, explique; las *descriptivas* permiten ubicar al juez en el lugar más importante de los hechos, y al testigo realizar una descripción exacta de múltiples circunstancias, como por ejemplo, las condiciones de iluminación, el número de personas presentes en el momento de los hechos, el tipo de sonidos, las distancias que guardaba el victimario respecto de la víctima y éstos de los testigos, el tiempo transcurrido (de ser posible precisando el antes, el durante, y el después en la comisión del delito). El interrogador debe observar bien las *oposiciones* que realicen los intervinientes, a efecto de reformular la pregunta en caso de que no sea aceptada. Toda pregunta versará sobre hechos específicos. El juez *prohibirá* toda pregunta *sugestiva, capciosa o confusa*, como aquellas que tiendan a *ofender al testigo*; las *compuestas, conclusivas, especulativas, irrelevantes o impertinentes, ilegales, repetitivas, tendenciosas*, las que *vulneren la excepción de declarar*. Ramos González, Carlos *et al. Teoría y práctica de la litigación en Puerto Rico*, Ed. Michie of Puerto Rico, San Juan de Puerto Rico, 1996, pp. 29 y ss.

## IX. ENTREVISTA Y PREPARACIÓN DEL TESTIGO

La entrevista<sup>32</sup> es una variante táctica coloquial de la averiguación que tiende a lograr obtener datos, indicios e informaciones mediante la aplicación de las técnicas del interrogatorio.

### 9.1 Interrogatorio y Entrevista

El *interrogatorio* es un método mediante el cual el interviniente formula una serie de preguntas preconcebidas<sup>33</sup> con el fin de verter en el juicio oral, el conocimiento que el testigo tiene de los hechos y de esa manera solidificar la teoría del caso.<sup>34</sup>

En la *entrevista* se realizan preguntas que están debidamente preparadas, pero no tiene carácter conminatorio (pues se hace por fuera del juicio oral y constituye la base para formular el interrogatorio). La entrevista es informativa de datos antecedentes o concomitantes o posteriores al futuro testigo que relatará los hechos dentro del juicio oral y público.

Recolectar datos dentro de los roles que tienen los intervinientes en el juicio oral y público, es el fin de la *entrevista*. Hay que asegurarse de no caer en las pruebas impertinentes.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> Escobar, Raúl Tomás. *El interrogatorio en la investigación criminal*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2003, p. 251. Raskin, David C. *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao-España, 1994, p. 169. Yeschke, Charles L. *The art of investigative interviewing: a human approach to testimonial evidence*, Library of Congress Cataloging in Publication Data, USA, 2003. Thomas, Charles C. *Technologies of interview to advanced level*, Publishing John Schafer, Washington, 2003. Consúltense en concreto: Vélez Franco, Fulton Edisson. *Entrevista Forense en Investigación Criminal*, en: *Manual de la entrevista forense*, Defensoría del Pueblo, República de Colombia Ministerio del Interior y de Justicia, Unión Europea, Bogotá-Colombia, 2008.

<sup>33</sup> Las preguntas *introdutorias*, además de acreditar al testigo, permiten al juez conocer qué se busca con el testimonio que se rinde y conducen a situar al testigo. Las de *transición* sirven para precisar cuándo termina un tema relevante del relato y cuándo se pasa a otro. Las preguntas de *orientación* sirven para mover y encausar al testigo dentro de los temas que nos interesan dentro de la teoría del caso.

<sup>34</sup> Dentro de la *preparación del testigo* se debe tener en cuenta que la primera labor del interrogador es la de acreditar o legitimar al testigo. El interrogador debe velar porque el relato del testigo sea cronológico, coherente y creíble; y por lo mismo que sirva de soporte a los elementos que integran la teoría del caso, en especial su aspecto jurídico. García Valencia, Jesús Ignacio. *Proceso penal acusatorio*, comentarios al acto legislativo núm. 3 de 2002 y al Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), Bogotá-Colombia, 2005, pp. 218-227. En el plano estratégico, debemos preguntarnos si nos corresponde poner en evidencia las debilidades de nuestro testigo. Ello, en algunos eventos, podría evitar que el *contra-interrogatorio* fuese más riguroso.

<sup>35</sup> Prueba impertinente -según Jauchen Eduardo- es aquella que evidentemente no tiene vinculación alguna con el objeto del proceso, en razón de no poderse inferir de la misma ninguna referencia directa ni indirecta con el mismo o con un objeto accesorio o incidental que sea menester resolver para decidir sobre el principal. Tratado de la prueba en materia penal, Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2004, pp. 24 y 25. Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio de enjuiciamiento penal*, Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 2005, p. 89.

### 9.1.1 Metas a perseguir con la entrevista

- a) Establecer la comunicación y confianza. Es necesario crear el clima adecuado de la comunicación nítida.<sup>36</sup>

Dentro de esas condiciones, el abogado debe ser eficaz para preguntar,<sup>37</sup> escuchar, comprender, mostrar reconocimiento y estimular la reflexión. Saber escuchar, permite filtrar información que interesa al caso y evidenciar que el relato que da el entrevistado en determinados eventos, puede estar gestado por factores de índole religiosa, sexual, o de género.

Mostrar comprensión e interés conduce a que debe haber una empatía o un parafraseo,<sup>38</sup> lenguaje gestual o aptitudes que deben ser interpretadas o decodificadas. La comprensión está dirigida a los hechos que nos informan y a los sentimientos o emociones que muestra el entrevistado.

- b) Obtener información de los hechos, mediante el correcto manejo del conocimiento general de la comunicación. El lenguaje, la senso-percepción y la memoria humana permiten evitar los tropiezos que tienen su génesis en la alteración de la percepción y en la complejidad del recorrido de la evocación de los hechos y situaciones que interesan al proceso.

En suma, el entrevistador debe estar atento en que el interrogado<sup>39</sup> narre lo que percibió, sin que se encuentre manchado por pre-conceptos, prejuicios o sentimientos que lleven a distorsionar la realidad del acontecer fáctico, como hemos enfatizado.

---

<sup>36</sup> Se requiere la elaboración precisa de las preguntas además de la interpretación de los gestos, aptitudes y silencios del entrevistado. La comunicación se da a nivel verbal (todo lo que fluye como sonido y tiene forma en cuanto a su significado), no verbal (en cuanto a conocer lo que el otro quiere decir y desarrollarlo adecuadamente, en un proceso empático).

<sup>37</sup> La entrevista debe ser *preparada con anticipación*, el entrevistador parte de datos acerca de los antecedentes y conocimientos del entrevistado (define objetivos, planifica estrategias y los contenidos claves a tratar, selecciona el lugar para celebrar la entrevista, dispone de tiempo suficiente entre otros); no desconoce las propias *fortalezas y debilidades*, así como las del entrevistado; siempre *crea un clima de confianza y colaboración*; *presta atención y sabe escuchar* al entrevistado; se pone en el lugar del entrevistado y tiene *respeto por él*; utiliza el *lenguaje que está al nivel del entrevistado*, puesto que el mensaje debe ser claro, específico y directo; *no pierde el rumbo de la entrevista* (evita que el entrevistado asuma el control de ésta); evidencia *sinceridad* con el entrevistado.

<sup>38</sup> Realizar una síntesis y repetir lo que el entrevistado nos ha relatado, despojando el dicho de expresiones que generen una fuerte carga emotiva; ayuda a dar claridad y a ordenar las ideas del entrevistado y verificar la información que hemos recibido.

<sup>39</sup> La *acreditación del testigo* debe hacerse desde el plano personal de quien va a testificar y de la manera cómo lo va a hacer. En el plano personal, se hace necesario suministrar al juez, por intermedio del testigo, toda la información que contribuya a darle credibilidad. Si no logramos con los interrogatorios dar por cierto nuestros argumentos planteados, la *teoría del caso* también pierde sustento revitalizando la de la parte contraria. El *interrogatorio* debe *comenzar identificando y acreditando al testigo* (en elementos como: lugar en que ocurrieron los hechos, fecha, personas que participaron, hechos concretos presenciados por él). Cumplido ello, corresponde al interrogador iniciar las *preguntas tendientes a reconstruir los hechos que interesan a la propia teoría del caso, tanto fáctica como jurídicamente*, aclarando si se trata de un testigo presencial, de referencia o de un testigo técnico. Debemos delimitarnos porque hechos particulares y precisos complementarán todo el núcleo central.




## DIFERENCIAS ENTRE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN

---

MTRO. CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA<sup>1\*</sup>  
ESTEBAN GILBERTO ARCOS CORTES<sup>2\*</sup>

1\* Es Abogado y Maestro en Alta Dirección, por la Universidad Anáhuac, tiene cursos de especialidad en investigación científica del delito, en el INACIPE y en la Academia Nacional del FBI, en Quantico Virginia, EUA. Es docente certificado en el Sistema Acusatorio y Juicio Oral, por el CEJA, y la Universidad de San Diego, California, EUA. Ha sido investigador titular del INACIPE y funcionario del Sistema Nacional de Seguridad Pública, actualmente es Director de Capacitación de la SETEC.

2\* Cursó la carrera de licenciado en derecho por la UNAM, ha sido abogado postulante en materia penal, es docente tanto de la CONATRIB, como del Sistema Nacional de Seguridad Pública y del INACIPE; se ha certificado en el sistema Acusatorio y Juicio Oral, por el CEJA, y la Universidad de San Diego, California, EUA. Actualmente se desempeña como asesor del CIDE.



## SUMARIO

Introducción. **I.** Diferencias entre el auto de vinculación a proceso y el auto de formal prisión. 1.1 Inadecuada sinonimia entre AFP y AVP usada por los CPP estatales. **II.** Determinación del contenido del “hecho” que la ley señala como “delito” y la “probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”. 2.1 Garantías en materia penal y aportaciones a la Dogmática penal. 2.1.1 Elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción legal. 2.1.1.1 Elementos subjetivos específicos o distintos del dolo. **III.** Alcances y definición de los hechos en la vinculación a proceso, en relación con la investigación post vinculación. **IV.** Diferencias entre los parámetros de fundamentación y motivación que impone el nuevo sistema de justicia penal frente al sistema actual.





---

## **INTRODUCCIÓN**

Erróneamente se han pensado como símiles a los autos de formal prisión y de vinculación a proceso, dado que aparecen en el mismo numeral constitucional. Pero éstos presentan diferencias en cuanto a su contenido, fases comprensivas, autoridades que intervienen, alcances y sustentos de parámetros probatorios utilizables en fases posteriores.

### **I. DIFERENCIAS ENTRE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN**

El auto de formal prisión (AFP) es una resolución que concluye la fase denominada preinstrucción e inicia la de instrucción (durante la cual se ofrecen y desahogan pruebas acordes al sistema tradicional).

El auto de plazo que resuelve la situación jurídica del indiciado en una formal prisión implica que el delito imputado importa pena privativa de la libertad; pero si éste amerita pena alternativa se determina la sujeción a proceso; por lo cual no se considera en automático la prisión preventiva, y aún en tratándose de casos de su procedencia resta pronunciarse sobre la posibilidad de otorgar la libertad caucional.

La autoridad ministerial para efectos de consignar acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad; esto es, como antecedente del AFP se ejercita la acción penal, cuyo estándar probatorio se ha calificado

de “excesiva”, al tenerse incluso como la réplica de lo que se vería en el contenido de la sentencia condenatoria. He aquí, la expresión de lo que se conoce como el mini-proceso, o la sentencia chiquita de la que se habló críticamente.

Además, la nula posibilidad del defensor por consultar en su oportunidad las referencias asentadas en la averiguación previa, y la puesta en conocimiento parcial, o no textual de lo que existe en ese expediente hasta la audiencia en que se pronuncia el órgano jurisdiccional sobre el auto de plazo, daba idea de lo que no se quiere más.

Es el dispositivo 304 bis A del CPPDF el que alude que el AFP o el ASP se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando el cuerpo del delito y la probable responsabilidad correspondientes aun cuando con ello se modifique la clarificación hecha en promociones o resoluciones anteriores.

La Ley de Amparo, en su numeral 160, fracción XVI, segundo párrafo prevé: que no se considerará que el delito es diverso cuando el que se exprese en la *sentencia* solo difiera en grado del que haya sido materia del proceso, ni cuando se refiera a los mismos hechos materiales que fueron objeto de la averiguación, siempre que, en este último caso, el Ministerio Público (MP) haya formulado conclusiones acusatorias cambiando la clasificación del delito hecha en el AFP o de Sujeción a Proceso, y el quejoso hubiese sido oído en defensa sobre la nueva clasificación, durante el juicio propiamente tal.

El auto de vinculación a proceso (AVP), en cambio es una decisión judicial que autoriza a continuar la investigación de modo formalizado (judicializado). Investigación que por supuesto tendrá como límite el plazo que le fije el juez de control con base en la naturaleza del hecho y de sus peculiaridades, pudiendo ir de dos a seis meses (en el primer caso porque el delito atribuido prescriba una punibilidad que no exceda de dos años, y en el segundo, porque sí lo exceda). Con el cierre de la investigación, el MP optará por formular la acusación (que afirmamos como el momento en que en este nuevo modelo ejercita la acción penal, que da paso a la apertura de la audiencia intermedia o de preparación al juicio oral), por sobreseer (con base en que los hechos son no constitutivos de delito, porque ya prescribió la acción penal, etc.); por solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad (procedente antes

de acusar y que implica “prescindir” del ejercicio de la acción penal con base reglada, otra razón más para afirmar que el ejercicio de la acción penal se da con la formulación de la acusación), o por aplicar un acuerdo reparatorio, por ejemplo.

El AVP no tiene como base, en cambio, por ello, el ejercicio de la acción penal, dado que la investigación por un plazo legal puede continuar bajo el control del juez.

La prisión preventiva consecuentemente en caso de resolverse la vinculación a proceso, deriva solo para el catálogo oficioso del 19 constitucional, misma que por cierto es resuelta en un momento procedimental diverso. En modo excepcional, en gradualidad y proporcionalidad se fijan las Medidas Cautelares contempladas en la ley, siendo la prisión preventiva una sola de ellas; y enfatizando aun más, la vinculación a proceso se determina no solo por los delitos que como consecuencia jurídica tienen la privativa de la libertad, sino para los que alternamente la estipulan.

A partir de que el MP entera al imputado el hecho que investiga en su contra, frente al juzgador de control, aquél y su defensor tendrán pleno acceso a la información que se tenga en carpetas y registros a fin de ejercer su defensa, salvo que ésta se encuentre bajo secreto del imputado o de los demás intervinientes, por estimarse necesario para el éxito de la investigación. En tal caso, se identifican las piezas o actuaciones respectivas, para no vulnerarse la reserva, cuyo plano no podrá ser superior a diez días, al término del cual hay deber de descubrimiento de la información, so pena de no poder emplearla en el juicio oral.

El Juez que resuelve el AFP es el mismo que sentencia; en cambio en el AVP el juez que lo resuelve, no será el mismo que conocerá del asunto en Juicio Oral, dado el principio de restricción judicial.

### **1.1 Inadecuada sinonimia entre AFP y AVP usada por los CPP estatales**

Algunos CPP estatales, se refieren en una sinonimia inadecuada al AFP y al de VP; es el caso de Zacatecas y Morelos que anotan en sus numerales 319 y 278, respectivamente, que se entenderá que se ha dictado auto de formal prisión o sujeción a proceso para los efectos del artículo 19 de la Constitución Federal, cuando se resuelva la vinculación del imputado a proceso.



En Nuevo León como dato referencial, en sus dispositivos 555 y 556 se indica que el Juez de preparación de lo penal resolverá lo solicitado por el MP, si el acusado desea rendir su preparatoria lo hará oralmente, cuando el inculcado o su defensor soliciten la ampliación y ofrezcan pruebas, admitidas éstas, el desahogo se llevará legalmente, el Juez practicará las diligencias y resolverá la situación jurídica acorde al 19 constitucional. Entonces al dictar el *AFP* o *el auto de sujeción a proceso*, el Juez de preparación penal declarará abierta la preparación del juicio oral, y pondrá el proceso a la vista del MP para que dentro del plazo de diez días presente el escrito de hechos y ofrezca los medios probatorios.

## II. DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DEL “HECHO” QUE LA LEY SEÑALA COMO “DELITO” Y LA “PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN”

Atento en que algunas entidades (Chihuahua, Nuevo León) emitieron sus normatividades adjetivo-penales aún antes de darse por aprobado el paquete de Reformas Constitucionales (en materia penal) el 18 de junio de 2008, encontramos terminología no armonizada con el espíritu de la misma. A fin de definir el contenido del hecho y de que el sujeto lo cometió o participó en él, requerimos revisar los articulados 16 y 19 constitucionales, así como los dispositivos aplicables de los ordenamientos procedimentales penales de las entidades federativas.

**En el artículo 16 constitucional**, se suprimió la expresión *cuero del delito*,<sup>1</sup> dándose cabida a la partícula *hecho*, y el de probable responsabilidad por la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, lo cual sin duda, genera un cambio respecto de la práctica ministerial en conjuntar los elementos probatorios suficientes

---

<sup>1</sup> Antes de 1993, el cuerpo del delito era tan sólo explicado a través de una jurisprudencia en que se le caracterizaba con los elementos objetivos o externos que materializaban el hecho. Con las Reformas Constitucionales de 1993 (4 y 10 de enero) se introdujo el concepto de los “elementos del tipo penal”, enlistados en diversas fracciones e incisos en el Código de Procedimientos Penales (en el ámbito federal, artículo 168 y para el DF, artículo 122). En 1999 (el 3 y el 18 de mayo) mediante párrafos se detalla lo que habrá de entenderse por “cuerpo del delito” (esto es, los elementos objetivos, y en caso de requerirlos el tipo: los subjetivos y los normativos). Vale la pena subrayar, en este punto, que a partir del 2005, el Art. 168 del CFPP, sólo hace referencia a los elementos objetivos y normativos, mismo que se complementa con el numeral 134 en que se incluyen a los elementos subjetivos específicos. En cambio, en el artículo 122 del CPPDF se establece que el cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se demuestre la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal.

y necesarios a fin de tener por acreditada una determinada conducta encuadrable y sancionable en un tipo penal. Por supuesto que tal asunción obedece al grado probabilístico y no de convicción requerido en las etapas preliminar e intermedia del nuevo proceso adversarial; sin embargo, en diversos Estados, en los Códigos de la materia se siguen refiriendo al *cuerpo del delito*<sup>2</sup> (punto que precisaremos con más detalle en los razonamientos sobre los parámetros probatorios exigidos, véase *infra*).

En **Chihuahua**, el artículo 16 bis, fracción VI, (reformado en abril de 2004), anota que desde el inicio del procedimiento penal el ofendido y la víctima del delito tienen derecho a coadyuvar con el Ministerio Público por sí, por abogado o por persona digna de su confianza debidamente autorizada, proporcionándole todos los elementos de que disponga para acreditar el *cuerpo del delito* de que se trate, la *responsabilidad del inculpado* y el daño o perjuicio causado. Y luego el artículo 146, para efectos de librarse *orden de aprehensión* prescribe que: cuando estén reunidos los *requisitos del artículo 16 constitucional*, el tribunal la librará contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público. Resolución respectiva que contendrá una relación sucinta de los *hechos* que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga del *hecho delictuoso*, aun cuando se cambie la apreciación del Ministerio Público, y se transcribirá a la autoridad correspondiente para que ésta proceda a su ejecución. La orden de aprehensión se dictará por el delito o delitos que aparezcan demostrados y que constituyan los hechos que motivaron la acción penal.

**Nuevo León** tanto para la *orden de aprehensión y de detención*, como para el *auto de formal prisión y de sujeción a proceso*, asienta en su dispositivo procedimental 150 bis, que el *cuerpo del delito* en este tenor deberá reunir los elementos subjetivos o valorativos de la figura respectiva, más las modalidades o circunstancias modificatorias del

---

<sup>2</sup> Por adición, P.O. 28 de julio de 2004, en el artículo 150 Bis del CPP Nuevo León, se estableció que: por **cuerpo del delito** debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por el Código Penal vigente en el Estado. Tratándose de la *orden de aprehensión y detención*, del *auto de formal prisión* y del *auto de sujeción a proceso*, deben incluirse los elementos subjetivos o valorativos que en su caso deban considerarse integrantes de la figura penal y las modalidades o circunstancias modificativas del delito. La **probable responsabilidad** la constituye la existencia de datos que arroje la averiguación previa que, en un examen preliminar, produzcan convicción superior a la posibilidad y aproximado a la certeza, sobre la participación del inculpado en la comisión del delito que se le imputa y hagan razonable y justa su aprehensión o su sometimiento a formal procesamiento. El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que establezca la Ley.

delito (últimas que de conformidad con la reforma, serán listadas sólo en el rubro de la *acusación*). Y en su artículo 197, previene que para librarse la *orden de aprehensión*, el Juez requiere que el Ministerio Público se la haya solicitado y de que se reúnan los *requisitos del 16 constitucional*.

Respecto de las *órdenes de comparecencia y de aprehensión*, **Oaxaca** dispone en su artículo 168 del CPP que el Juez podrá dictar la de *comparecencia* cuando habiendo sido citado el imputado de conformidad con las reglas legales y siempre que se hubiere acreditado el *cuerpo del delito* y datos que hagan probable su responsabilidad, se negare a presentarse sin justa causa; y la de *aprehensión*, cuando concurren los *requisitos del 16 constitucional* y exista una presunción razonable por apreciación de las circunstancias del caso particular de que el imputado podría no someterse al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad o su conducta represente riesgo para la víctima o para la sociedad -nótese cómo emplea ambas terminologías de exigencias probatorias diversas, indistintamente-. En torno a las *Medidas de Coerción personal*, artículo 175, fracción II, se estima que la resolución que imponga la medida de coerción deberá estar debidamente fundada y motivada, y contendrá la enunciación del *hecho* que se le atribuye y su preliminar calificación jurídica. El numeral 222, por su parte, obliga a que toda persona y servidor público proporcione oportunamente la información que requiera el Ministerio Público en ejercicio de sus funciones de investigación del *hecho delictuoso* concreto, los que no podrán excusarse de suministrarla, salvo casos expresamente previstos en la Ley.

Según el CPP para el estado de **Morelos**, artículo 167, el *cuerpo del delito* requiere de la existencia de los elementos objetivos y, en su caso, de los normativos que integran la figura de que se trate; la *probable responsabilidad* la tendrán por acreditada cuando el Ministerio Público aporte datos suficientes para sostener como probable la intervención *dolosa* o *culposa* del imputado en el hecho punible, y en su caso se haga probable la existencia de los elementos subjetivos cuando la figura de que se trate así lo requiera. Así, el numeral 168 señala que cuando exista denuncia o querrela, se encuentre *acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad* del imputado y no se encuentre acreditada, *por encima de toda duda razonable*, una causa que excluya la incriminación del delito o extinga la pretensión punitiva conforme al Código Penal, el

juez, a solicitud del Ministerio Público podrá ordenar la *aprehensión* del imputado para ser conducido a su presencia sin previa citación a fin de *formularle la imputación*, cuando de otra manera la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada. No procederá la orden de *aprehensión*, en este caso, cuando el delito de que se trate no se encuentre sancionado con pena privativa de libertad o tenga señalada pena alternativa a la de prisión. Además en términos del artículo 278 (fracciones III y IV) se requiere para *vincular a proceso* al imputado, que se desprenda de los antecedentes de la investigación la existencia del *cuerpo del delito y de la probable responsabilidad*. En este tenor los niveles de acreditación de elementos objetivos, subjetivos o normativos dependerá de lo que cada Entidad entienda procede y su concepción sobre el hecho y acerca de considerar datos de que el sujeto lo cometió o participó en él, quedan de nueva cuenta asimiladas a las otrora cuerpo del delito y probable responsabilidad, haciendo de lado el grado probabilístico por el cercano a la certeza de la que se venían quejando.

Acorde al artículo 172 del CPP para el estado de **Durango**, no podrá librarse *orden de aprehensión*, sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese *hecho* y exista la *probabilidad* de que el imputado lo *cometió o participó* en su comisión. Y además, que la comparecencia del imputado pudiera verse demorada o dificultada. Una vez cumplidos los anteriores requisitos, el juez, a solicitud del Ministerio Público, podrá *ordenar la aprehensión* del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, a fin de *formularle la imputación*. Pero no se olvide en este punto que la formulación de imputación tiene como esencia informar que se está llevando una investigación en contra del sujeto al que se le plantee; ni siquiera formularle la imputación es garantía de que se le vincule a proceso con un cierre de la investigación que en automático derive en la acusación.

Por su parte, el numeral 185 de la Codificación estatal vigente en el **Estado de México** indica que el “*hecho*” es un hecho delictuoso comprensivo de la “circunstancia fáctica de la descripción típica conforme a sus elementos objetivos, subjetivos o normativos”. Establecimiento que nos da pauta a enmarcar el proceso evolutivo de dichos elementos y los alcances de cada uno de éstos.

## 2.1 Garantías en materia penal y aportaciones a la dogmática penal

El garantismo penal se ha logrado a lo largo de las construcciones doctrinarias<sup>3</sup> que aportan con precisión las distinciones a acreditar dentro de la configuración del vasto y complejo número de comportamientos humanos constitutivos de los catálogos descritos por el legislador mediante la Dogmática penal.

### 2.1.1 Elementos objetivos, subjetivos y normativos de la descripción legal

Se ha hecho indispensable la acreditación de los diversos elementos objetivos, subjetivos y normativos previstos en cada hipótesis legal, para diferenciar las conductas desplegadas por los autores o partícipes en las mismas. La alusión a las formas de su comisión (número de verbos núcleo-rectores que habrán de definirse en un hacer, un simple no hacer, o un no hacer que acarrea consigo el deber de evitar un resultado material en razón de la calidad de garante asumida); al número o características de concurrencia eventual o necesaria y definibles por lo que hace a los sujetos activo y pasivo; al bien jurídico a proteger ante su destrucción o posibilidad de menoscabo; al objeto material que en ocasiones exige un número y calidad específica; al tipo de resultado de naturaleza formal o material; a las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión requeridas, en su caso, por el tipo, pueden incluir dos o más descripciones a concretizar, si se deja fuera del análisis a los elementos subjetivos del injusto<sup>4</sup> que

<sup>3</sup> El modelo de la concepción clásica del delito nace a partir de las ideas propuestas inicialmente por Carrara en Italia y, posteriormente, a partir de la separación iniciada por Rudolph von Jhering en 1867 de la contrariedad de la acción con las normas jurídicas y una censura a la disposición anímica del sujeto, utilizando algunos postulados de Bechmer. Consúltense Welzel, Hans. *Derecho penal alemán*, traduc. Bustos Ramírez, Juan y Yáñez Pérez, Sergio, Ed. Jurídica de Chile, 11ª ed., Chile, 1976, pp. 60, 73. Tal criterio naturalista de división, consistente en asociar al lado objetivo del hecho al tipo y el subjetivo a la culpabilidad tuvo que soportar algún menoscabo, pues Hegler y Mezger probaron la existencia de elementos subjetivos (como el ánimo de apropiación en el hurto) de los que dependía la propia antijuridicidad del hecho (los llamados elementos subjetivos del injusto). Schünemann, Bernd. *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales*, estudios en honor a Claus Roxin en su 50º aniversario, traduc. Jesús María Silva Sánchez, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 50-53.

Para Jescheck los precursores de la teoría finalista son Weber, E.A. Wolf y Graf zu Dohna. No obstante, el concepto del delito del finalismo quedó completado por la nueva teoría de los delitos de omisión, debida a Armin Kaufmann quien los concibió como tercera forma general de aparición del hecho punible. Vid. Márquez Piñero, Rafael. "La Dogmática jurídico-penal alemana después del finalismo", en *Liber ad honorem* García Ramírez, Sergio, T. II, UNAM, IJ, serie E: varios, núm. 95, México, 1998, pp. 1251 y ss.

<sup>4</sup> La distinción hecha por el sistema clásico, entre lo objetivo y lo subjetivo del delito se hace insostenible con el reconocimiento de los llamados "elementos subjetivos del injusto" o también denominados específicos. Cita en: Moreno Hernández, Moisés. "Consideraciones dogmáticas y político-criminales sobre la culpabilidad", en *El poder penal del Estado, Homenaje a Hilde Kaufmann*, directores y compiladores Roberto Bergalli y Juan Bustos, Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 393, 394.



darán pauta no sólo a obtener una sanción diversa, sino a delimitar la imputación a formular en contra del sujeto activo lo que representa un atino para su garantía de defensa.

### 2.1.1.1 Elementos subjetivos específicos o distintos del dolo

Apartado a ejemplificar con los preceptos relativos a la privación de la libertad, pues en el artículo 160 del CPDF se precisa que ésta sea “sin el propósito de: a) obtener un lucro, b) causar un daño, c) causar un perjuicio; a la persona privada de su libertad o a cualquier otra”; el artículo 162 prevé que la privación de la libertad se dé “con el propósito de realizar un acto sexual”; el artículo 163, por su parte, requiere que se prive de la libertad “con el propósito de: a) obtener un rescate, b) algún beneficio económico, c) causar un daño, d) causar un perjuicio a la persona privada de su libertad o a cualquier otra”. Resáltese que estos elementos a diferencia de las reglas genéricas diseñadas para el dolo y la culpa, se hallan en algunas descripciones legales de la parte especial del Código Penal. Los cuales califican a la conducta para darle el tono diferenciador de cualquier otra conducta prevista y sancionada en el ordenamiento en comento, o aún de aquéllas que no tienen relevancia alguna en el campo del Derecho Penal, o de las que sólo pueden quedar en grado de ejecución perfecto. Consecuentemente, la importancia de precisar lo que habrá de entenderse por *hecho*<sup>5</sup> no solo cobra relevancia al ser referido por el Ministerio Público, en su solicitud escrita de libramiento de la orden de aprehensión del imputado;<sup>6</sup> sino cuando le establece con relación al archivo temporal,<sup>7</sup> a la facultad de

---

5 Conforme al artículo 201 del CPP para el estado de Zacatecas: El Ministerio Público hará una relación de los “hechos” que le atribuya al imputado, ante la autoridad judicial y expondrá las razones por las que considera que se actualizan las exigencias del numeral 200, es decir, cuando pueda verse demorada o dificultada la comparecencia del imputado, el Juzgador podrá ordenar a solicitud del MP que el imputado le sea conducido a su presencia, a fin de formularle la imputación. Una vez que el aprehendido por una orden judicial sea puesto a disposición del Juez de Garantía, éste convocará dentro de un plazo de veinticuatro horas a una audiencia para que le sea formulada la imputación.

6 El juez dentro de las veinticuatro horas de recibida la solicitud de orden de aprehensión, resolverá en audiencia privada con el MP sobre la misma, debiendo pronunciarse sobre cada uno de los elementos planteados en la solicitud, **pudiendo el juez dar una clasificación jurídica distinta a los “hechos”** que en ella se plantean, o a la participación que tuvo el imputado en los mismos (Art. 202 CPP Zacatecas; 186 CPP Estado de México).

7 En tanto no se formule la imputación, el MP podrá resolver el archivo temporal en aquellas investigaciones en las que no existan elementos suficientes para proceder o cuando no aparezca quién haya podido intervenir en los **hechos**, Art. 247 CPP Zacatecas.

abstenerse de investigar,<sup>8</sup> al no ejercicio de la acción penal; al criterio de oportunidad;<sup>9</sup> al determinar la formulación de la imputación:<sup>10</sup> (comunicándole al imputado en presencia del Juez, que se desarrolla una investigación en su contra), respecto de uno o más *hechos* determinados; en cuanto a fijar el auto de vinculación a proceso que únicamente podrá dictarse por los *hechos* que fueron motivo de la formulación de la imputación -en que el Juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el MP-; y cuando cerrada la investigación el MP decida acusar<sup>11</sup> realizando un relato circunstanciado de los *hechos atribuidos* y de sus modalidades, así como su calificación jurídica; o decrete el sobreseimiento<sup>12</sup> cuando el *hecho* no se haya cometido o no constituya delito, cuando una ley posterior derogue el carácter de ilícito al *hecho* por el cual se siguió el proceso, o cuando el *hecho* de que se trate haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado.

### III. ALCANCES Y DEFINICIÓN DE LOS HECHOS EN LA VINCULACIÓN A PROCESO, EN RELACIÓN CON LA INVESTIGACIÓN POST VINCULACIÓN

Subrayemos la importancia de definir los hechos acorde a lo dispuesto por el artículo 19 constitucional por cuanto al principio de *litis* cerrada: “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado fue

---

<sup>8</sup> En tanto no se produzca la intervención del Juez competente en el procedimiento, el MP podrá abstenerse de toda investigación, cuando los **hechos** relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito (Art. 248 CPP Zacatecas).

<sup>9</sup> El artículo 249 CPP Zacatecas prevé que: El MP podrá abstenerse de iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada (numeral 90 del mismo ordenamiento) cuando se trate de un **hecho** insignificante, de mínima culpabilidad del autor o partícipe; cuando el imputado haya sufrido a consecuencia del **hecho**, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de la pena; cuando la pena que pueda imponerse por el **hecho** de cuya persecución se prescinda, carezca de importancia en consideración con la pena ya impuesta o a la que se debe esperar por los restantes **hechos**. En el Código adjetivo penal duranguense, articulado 94 a 97 se establece el criterio de oportunidad, el plazo de su solicitud, la posibilidad de impugnar su aplicación o negación, así como sus efectos.

<sup>10</sup> En la audiencia se le pone en conocimiento del delito que se le atribuye, la fecha, lugar y modo de su comisión y el grado de intervención del imputado en el mismo (Vid. dispositivos 315, 316 del CPP Zacatecas).

<sup>11</sup> Art. 334 CPP Zacatecas.

<sup>12</sup> Art. 328 CPP Zacatecas.

puesto a su disposición, *sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso* en el que se expresará el delito que se impute al acusado, el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; así como los *datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.*

...La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba *copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva*, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular...

Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso”.

Esto aunado a la previsión de congruencia establecida en los contenidos de los CPP estatales, nos clarifica los alcances de determinar los hechos tanto en la formulación de la imputación como en la vinculación a proceso y al momento de formular acusación; siempre bajo el deber de objetividad, lealtad y buena fe de las partes, que facilita la defensa mediante el efectivo ejercicio de contradicción.

Zacatecas (Art. 319) estipula que el AVP sólo podrá dictarse por los hechos motivo de la formulación de imputación, pero el juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el MP. La acusación (Art. 334) sólo podrá referirse a los hechos incluidos en la resolución de vinculación a proceso. El MP podrá formular alternativa o subsidiariamente circunstancias del hecho que permitan calificar el comportamiento del imputado como un hecho punible distinto, a fin de posibilitar la correcta defensa. Consúltense en este sentido los dispositivos 278 de Morelos, 301 y 317 de Durango, 293 y 307 del Estado de México, 292 de Oaxaca.

#### IV. DIFERENCIAS ENTRE LOS PARÁMETROS DE FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN QUE IMPONE EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL FRENTE AL SISTEMA ACTUAL

Si bien, se habla de una flexibilización de los parámetros probatorios en términos de la exposición de motivos de los establecimientos constitucionales, lo cierto que es la ley procedimental de algunas entidades sigue usando terminología de exigencias mayores. Zacatecas en su artículo 319, prevé que para efectos de vincular a proceso se requiere de formular imputación, contar con la declaración preparatoria del indiciado o con su manifestación de no querer declarar; del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad<sup>13</sup> y de que no esté demostrada más allá de toda duda razonable alguna causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación. Morelos en términos similares mediante Art. 278 exige igualmente la acreditación del cuerpo del delito y probable responsabilidad. Durango y el Estado de México (Arts. 301, 293 respectivamente) aun cuando armonizan sus contenidos con los constitucionales al referirse al hecho y a que el indiciado lo haya cometido o participado en él, en la práctica siguen acreditando la integralidad de los componentes típicos dado que así lo exponen en su legislación. En Oaxaca, Art. 272, se prevé que al cuerpo del delito importan los elementos objetivos y normativos y que en la probable responsabilidad interesan los *elementos de convicción suficientes* para sostener *razonablemente* que el imputado *pudo haber intervenido* en el hecho punible. Último aseveramiento que resulta confuso por exigir certeza al tiempo de dejarlo en el plano de la probabilidad.

Por último, atiéndanse los numerales 280 de Oaxaca, 297 del Estado de México, 305 de Durango, 282 de Morelos, 323 de Zacatecas en lo relativo a que los elementos probatorios que sirvan para dictar el auto de sujeción a proceso o denominado auto de vinculación a proceso carecen de valor probatorio por sí mismos para fundar la sentencia sin perjuicio de ser introducidos como prueba en el juicio (salvo excepciones, léase prueba anticipada).

---

<sup>13</sup> El cuerpo del delito comprende a los elementos objetivos, normativos y subjetivos. El dolo y la culpa se revisarán en el nivel de responsabilidad.





LA CONSTITUCIÓN,  
LAS FUERZAS ARMADAS Y LA SEGURIDAD PÚBLICA

---

JUAN VELASQUEZ







---

El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, presentó un “Informe especial sobre el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad pública en México”. En el que afirmó que, el de la seguridad, era un compromiso gubernamental incumplido.

A su vez, el entonces Señor Presidente de la República, Vicente Fox Quezada, reconoció que una de las mayores insatisfacciones que tenía era en materia de seguridad. Posteriormente, el señor presidente de la República, Felipe Calderón Hinojosa, declaró que era insostenible el deterioro en seguridad.

Para remediar ese “deterioro”, los señores legisladores han aprobado reformas legales, debido a que “el pueblo mexicano clama por penas más severas” y por eso aceptan endurecerlas, en tanto que su imposición “es el camino que hasta ahora han encontrado para combatir a la criminalidad”.

Así, las penas se han ido elevando de 12 a 24, de 15 a 40, de 40 a 60, 70 y 105 años de prisión (como en Chihuahua, y Oaxaca). Algunos Congresos Estatales (como los de Puebla y Veracruz) proponen la cadena perpetua y el 71% de los ciudadanos apoya la reforma del Art. 22 constitucional, para que se reimplante la pena de muerte.

No obstante lo anterior, el plagio creció 154% en cinco años; los homicidios se incrementaron en 96% (el promedio anual es de catorce mil); el número de actos ilícitos reales es de casi 9.5 millones anuales. México padece una inseguridad similar a la de Afganistán, peor que la de Ruanda y el Congo, es el país más inseguro de América Latina y el quinto menos seguro del mundo.

En México, la impunidad es del 98% de los delitos que se cometen, porque el 75% de las víctimas opta por no denunciar. Los jueces rechazan librar el 50% de las órdenes de aprehensión por la mala integración de las averiguaciones; de las que se libran, hay un rezago en su cumplimiento de más de 400,000 que data de los años 80 y de las que se cumplen, se absuelve al 60% de los procesados porque a veces los agentes del Ministerio Público no saben ni redactar.

La policía mexicana es una de las diez más ineficientes del mundo, la última de América Latina y la segunda más corrupta mundialmente. A esto se añade la situación de los cárteles, los cuales se han hecho tan poderosos que representan una amenaza para las instituciones del país.

Precisamente por esa falta de policía capaz y honrada, el señor presidente de la República, en ejercicio de la facultad que el Art. 89, fracc. VI constitucional le otorga, dispuso de las Fuerzas Armada para la defensa de la seguridad interior.

Algunas personas se opusieron a esta medida aduciendo que su actuación era inconstitucional, en tanto que el Art. 129 de la Carta Magna dispone que en tiempo de paz ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar; como si desafortunadamente la inseguridad interna mexicana que en México se padece, fuera... ¡en paz!

Esas personas promovieron ante la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación, la Acción de Inconstitucionalidad 1/96; sin embargo, una vez substanciada, ese máximo tribunal resolvió que su participación en auxilio de las autoridades civiles era constitucional.

Algunos “defensores” de Derechos Humanos publicitan sobre todo, el caso desafortunado de 8 civiles fallecidos accidentalmente en un retén militar, pero no toman en cuenta los más de 650 militares muertos o heridos por los delincuentes.

Por algunos casos aislados, como el anterior, tales “defensores” se han quejado ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la cual desde su fundación (en 1990) ha recibido más de 160,000 quejas. De éstas, hasta el 19 de febrero de 2010, sólo 6,839 fueron en contra del Ejército (menos del 4% de las presentadas). De esas quejas, 83 concluyeron en recomendaciones; 51 se declararon procedentes y por ellas, 700 soldados aproximadamente fueron procesados.

Para la atención de tales recomendaciones, el 1° de enero de 2008, por instrucciones del General Secretario de la Defensa Nacional, se creó la Dirección General de Derechos Humanos y el 30 de septiembre de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, la Directiva 003/09 del Almirante de Marina y Alto Mando de la Armada de México, que regula el uso legítimo de la fuerza por parte del personal naval.

A pesar de las quejas de los llamados “defensores”, los legisladores reconocieron e incluso el presidente de la propia Comisión Nacional de los Derechos Humanos declaró que, hasta que las autoridades capaciten y profesionalicen a los cuerpos policíacos, sería una “locura” retirar al Ejército. La misma Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en el texto que editó: *Un Decenio de Construcción y Resultados 1999-2009*, en el capítulo “Estadísticas de opinión relativas a la actuación del personal militar”, asentó que la confianza de la población en esa acción era de 8.0 de aprobación, en una escala de 10 (la más alta junto con la de la Iglesia).

Para lograr la capacitación y profesionalización de las policías, el 1° de junio de 2009 el señor presidente Calderón expidió la Ley de la Policía Federal, a fin de que en el futuro se cuente con una fuerza de seguridad, aunque la pregunta sería... ¿cuándo?

Lo anterior, porque el Art. 13 constitucional dispone que subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la “disciplina” militar; y en el Art. 57 del Código de Justicia Militar (publicado el 31 de agosto de 1933 en el Diario Oficial de la Federación), se listan los delitos contra la “disciplina” militar.

Diversos centros de Derechos Humanos han pedido que se reforme el Código de Justicia Militar, para que tribunales civiles juzguen a los militares, debido a que las palabras “fuero” y “disciplina” son malinterpretadas.

“Fuero” se confunde con privilegio, siendo que su verdadera connotación es jurisdicción militar, que es “la potestad de que están investidos los jueces, consejos de guerra y demás tribunales del fuero de guerra, para juzgar y sentenciar a los miembros de las fuerzas armadas, conforme a la legislación castrense”. Así, fuero en nuestra legislación es sinónimo de competencia.

Y “disciplina” también se confunde, en tanto que sí se acepta que se castiguen en el fuero de guerra las conductas indisciplinadas de los militares, pero no las que, según se dice, atacan a los civiles, como serían las torturas, lesiones u homicidios.

Esas conductas también se castigan en el Código de Justicia Militar, en los capítulos de maltrato, violencia contra las personas, etc., con penas que van desde la suspensión o destitución de empleo o comisión, hasta los 60 años de prisión. Y se enmarcan contra la disciplina porque esa “es la base fundamental para la subsistencia del Ejército”; con ella “se mantiene incólume el régimen que prevalece en el seno de las organizaciones militares”, con el castigo ejemplar que se impone instantánea y ejemplarmente.

En el Diario de los Debates del Congreso Constituyente del 8 de enero de 1917, se expuso que el fuero militar “responde exactamente a la necesidad social que hace forzosa su subsistencia; viene a constituir un garantía para la misma sociedad en lugar de un privilegio otorgado a la clase militar”.

Si tales conductas no se castigaran en el fuero de guerra sino en el civil, se llegaría al absurdo de ver a los superiores de los soldados delincuentes haciendo “cola” en una Agencia del Ministerio Público para presentar su denuncia y para que el agente encargado la investigara; investigación que formaría parte del 98% de la impunidad reinante en el fuero civil.

Sin un castigo inmediato y ejemplar, en lugar del Ejército que tenemos (aprobado con una puntuación de 8.0 por la población), “se estaría frente a un grupo de bárbaros armados que innegablemente pondrían en peligro no sólo la seguridad de la nación, sino toda la existencia estatal. Los países estarían inmersos en el desorden y en el caos por los constantes ataques de hombres que no respetarían a nada ni a nadie”.

Lo más irónico es que quienes exigen “justicia civil” para los militares pasan por alto que los Arts. 13 constitucional y 59 del Código de Justicia Militar, establecen que los tribunales militares, en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Por lo tanto, la jurisdicción penal militar no es prorrogable, mientras que los militares en cambio, sí están sujetos a una doble jurisdicción, la civil y la militar; la primera si delinquen estando francos y la segunda, si lo hacen en el activo.





# ESTÁNDARES SOBRE CONTROL DE DETENCIÓN EN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

---

PATRICIA VILLA BERGER<sup>1\*</sup>  
EXSUBDIRECTORA DE CAPACITACIÓN

<sup>1\*</sup> Abogada por la Escuela Libre de Derecho. Ha laborado en la Dirección General de Capacitación y Difusión de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Actualmente realiza una pasantía en la Corte Penal Internacional.



## **SUMARIO**

Introducción. **I.** Acercamiento metodológico. **II.** El control de detención en la Reforma Constitucional y la legislación secundaria. **III.** Estándares internacionales en control de detención y derechos humanos. **IV.** Conclusiones. **V.** Fuentes.





---

## INTRODUCCIÓN

La Reforma Constitucional en materia penal del 18 de junio de 2008 es un parteaguas en la concepción de la procuración e impartición de justicia penal. Esto es así, no solamente por la incorporación de los célebres “juicios orales” al proceso penal, sino porque implica una reestructura total de fases previas y posteriores al juicio, lo cual también significa la necesidad de replantear por completo el aparato estatal y educativo, a nivel humano, legislativo y de infraestructura.

Uno de los aspectos más interesantes de esta reforma es, sin duda, la creación del juez de control, el cual tiene encomendada la fase preliminar del nuevo proceso penal que es crucial para el buen funcionamiento global del sistema acusatorio y que ofrece muchas ventajas comparativas al sistema mixto, pero también muchos retos, entre los que se pueden destacar, la necesidad de crear nuevos cuerpos legislativos (sustantivos y procesales) para implementar esta figura, la de nueva infraestructura para realizar Audiencias, la de replantear la capacitación para todos los actores de la reforma, la de ajustar los perfiles requeridos en los operadores, entre muchos más.

No obstante, una vez logrado todo lo anterior, los actores se enfrentan a un abismo jurisprudencial para resolver las nuevas problemáticas. Desde luego y según lo prescribe el principio de legalidad, los jueces deberán actuar primordialmente con base en la Constitución y la ley, sin embargo, un cambio fundamental en este sistema es evitar el formalismo excesivo, lo cual se logra a través de la oralidad, una legislación menos

rigurosa y con márgenes de actuación más flexibles. Esto quiere decir que habrá mayor discrecionalidad de los jueces, o en otras palabras, se busca una mayor confianza en el criterio judicial y no una tasación o desproporcionada reglamentación de las actuaciones.

En este sentido, es un hecho que los criterios que existen en la actualidad no pueden ser traspolados automáticamente al nuevo sistema procesal, incluso es casi seguro que la mayor parte de ellos caigan en desuso. De ser así, ¿qué herramientas se pueden proporcionar a los jueces para dar luz interpretativa a su actuación?

## I. ACERCAMIENTO METODOLÓGICO

Una estrategia muy útil para resolver las problemáticas en el contexto del nuevo sistema acusatorio, es contar con la experiencia de otros países en la región mucho más avanzados en esta reforma y que tienen la ventaja de compartir con nosotros la misma tradición jurídica, lo cual no sucede con los precedentes del sistema de *common law*.<sup>1</sup>

Otra ruta interesante y poco explorada por nuestros tribunales (hasta ahora) es la vertiente de derecho internacional, específicamente derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional.<sup>2</sup>

El primer tronco, derecho internacional de los derechos humanos, ofrece un ramal interpretativo bastante explorado sobre estándares de debido proceso y restricciones a la libertad personal. Así, aunque estos sistemas no tratan cuestiones de responsabilidad individual, dichos tribunales se encargan de interpretar instrumentos de derechos humanos que han sido incorporados al orden jurídico interno. No está de más recordar que el artículo 133 constitucional reconoce a los tratados internacionales como “ley suprema de toda la unión”.

---

1 Si bien el sistema procesal anglosajón puede aportar muchos criterios novedosos e interesantes, hay puntos torales en los que la tradición de derecho continental se aparta del *common law*. Para tener una mejor perspectiva de este tema, es altamente recomendable el siguiente título: NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires: Edit. Astrea, 1980, p. 505.

2 El derecho penal internacional puede ofrecer muchos criterios procesales sobre temas muy específicos y poco abordados, como la admisión y exclusión de pruebas, relación entre proceso penal y derechos humanos, el funcionamiento de las fases preliminares, cuestiones de legalidad, control horizontal de las pruebas, entre otras. En este sentido, es de mucho interés y como primer acercamiento, consultar los documentos de trabajo de estos tribunales, especialmente de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma, reglas de procedimiento y prueba, así como los elementos de los delitos) y algunas de sus resoluciones como las confirmaciones de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo y Germain Katanga & Mathieu Ngudjolo Chui, ambos casos por la situación del Congo.

De esta forma y específicamente para nuestro caso, utilizar criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de la más alta trascendencia para ilustrar a los jueces en las nuevas problemáticas que presentará el sistema acusatorio, dado que este tribunal interpreta los instrumentos americanos de derechos humanos que México ha ratificado y que en consecuencia son orden jurídico nacional.<sup>3</sup> Así, la ventaja es en doble vía: los operadores contarán con criterios mucho más avanzados en derechos humanos y al mismo tiempo se dará aplicación a los tratados internacionales en los tribunales mexicanos.

En este artículo, se abordará exclusivamente el tema de control de detención, aunque cabe precisar que los jueces de control tienen encomendadas muchas más actuaciones y diligencias procesales. No obstante, reviste la mayor importancia al ser la primera fase de comparecencia del acusado y de debate entre las partes.

## **II. EL CONTROL DE DETENCIÓN EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA**

A raíz de la reforma de 2008, el texto del artículo 16 constitucional, en lo conducente quedó de la siguiente manera:

“La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

---

<sup>3</sup> La importancia de los tratados internacionales es muy clara en el artículo 133 constitucional, si bien su jerarquía ha sido discutible. No obstante, la reciente iniciativa de reforma a la Carta Magna en derechos humanos parece poner en el mismo nivel ambos instrumentos en esta materia al tratar como binomio inseparable los derechos humanos contenidos en “la Constitución y los tratados internacionales”. Además, propone un importante criterio de interpretación de conformidad con los tratados internacionales y los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

...

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”.

En principio, esta sección en específico de la reforma no ofrece ninguna novedad ni cambio trascendental (salvo por la creación del juez de control), es decir, nuestra Carta Magna siempre estableció la obligación de llevar a todo detenido ante un juez a la brevedad. De ser esto cierto, ¿qué ventaja ofrece la audiencia de control de detención en comparación con la audiencia de término constitucional?

Durante el proceso de discusión de la Reforma Penal y sus diversas iniciativas, se trataron temas de mucha relevancia como el control judicial en ciertos actos de investigación, la necesidad de evitar la incomunicación entre el detenido y su abogado, así como la obligación del órgano jurisdiccional de revisar la detención, entre muchos otros temas.

En este sentido, es de especial relevancia la iniciativa del 25 de abril de 2007,<sup>4</sup> ya que se menciona con total claridad la necesidad de dotar de publicidad y oralidad las fases previas al juicio oral, donde evidentemente se encuentra la audiencia de control de detención. En tal iniciativa, así como en las anteriores, se menciona la necesidad de

---

<sup>4</sup> Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de abril de 2007, presentada por los partidos Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo.

contar con un control judicial de detención expedito, llevado a cabo por el juez intermedio o juez de garantía y no por algún otro funcionario, en audiencia pública y en un plazo de 24 horas después de la detención.

Ciertamente, desde el estudio de las distintas iniciativas de reforma, se reconoció la importancia de la audiencia de control como el momento procesal oportuno para revisar en instancia judicial el actuar del Ministerio Público y las policías, dado que es de las fases más tempranas de intervención judicial.

Desde luego, es difícil deducir todas las tareas del juez de control únicamente con la lectura del texto constitucional y no tendría por qué ser de otra manera, sin embargo, en los dictámenes de las iniciativas de reforma se explica claramente la función y finalidad de esta nueva figura, como garante de legalidad en las fases previas al juicio oral.<sup>5</sup>

Las distintas entidades que ya han comenzado con la implementación del sistema acusatorio en sus legislaciones locales regulan de manera similar la audiencia de control de detención. En todos los códigos recientes no toma más de un artículo establecer las siguientes características para la audiencia de control de detención:<sup>6</sup>

1. Que se trate de una detención en flagrancia o caso urgente.<sup>7</sup>
2. El Ministerio Público deberá poner al detenido a disposición del juez de garantía, en un plazo máximo de 48 horas.
3. El juez convocará a una audiencia para informar al detenido de sus derechos legales y constitucionales.
4. El juez procederá a calificar detención.
5. En todo caso, el Ministerio Público debe justificar los motivos de la detención y la ausencia de éste devendrá en la liberación del detenido.

---

5 Dictamen de la Cámara de Diputados con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal del 12 de diciembre de 2007, pp. 18-28.

7 Artículo 168 del Código de Procedimientos Penales del estado Chihuahua; artículo 179 del Código de Procedimientos Penales del estado de Durango; artículo 175 del Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos; artículo 276 Código de Procedimientos Penales del estado de Oaxaca; artículo 207 del Código de Procedimientos Penales del estado de Zacatecas.

7 En una interpretación *contrario sensu* de este análisis comparado, se puede concluir que si hay orden de aprehensión no habría necesidad de contar con control de detención, ya que es el propio juez quien está dando la causa o motivo para privar de la libertad a un individuo. No obstante, hay que recordar que parte del análisis en el control de detención también involucra el trato que el detenido ha recibido. En este sentido, cabe plantear la interrogante si ante una causa legítima para detener, el maltrato físico puede ser motivo para decretar de ilegal la detención. La cuestión no es menor y es ciertamente discutible; desde luego, hay quienes sostienen la opinión que bajo esas circunstancias la detención sería ilegal, pero también se puede considerar que el maltrato físico constituye causa autónoma contra la autoridad que lo haya llevado a cabo (ya sea para iniciar un procedimiento disciplinario e incluso penal).

Así, no hay lugar a duda de la gran trascendencia del proceso penal porque es en este momento que el juez puede detectar irregularidades en la detención, ya sea por causas, circunstancias y trato al detenido, para pronunciarse por la legalidad o ilegalidad de la misma, a través de una audiencia pública y en presencia de todas las partes.

En este punto en concreto, podemos comenzar a marcar la diferencia entre lo que significa “poner a disposición del juez” a una persona en el sistema mixto y en un sistema acusatorio: radicar un expediente y revisar las actuaciones escritas del Ministerio Público, sin ver ni oír de viva voz al detenido no califica como un control de detención adecuado que cumpla con los estándares mínimos, establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales. Desde luego, la cuestión no es defender la oralidad por la oralidad, sino por ser el mecanismo idóneo para identificar irregularidades de manera inmediata, lo cual es difícilmente posible en un sistema predominantemente escrito.

### **III. ESTÁNDARES INTERNACIONALES**

#### **EN CONTROL DE DETENCIÓN Y DERECHOS HUMANOS**

Una vez planteado lo anterior, parece que queda muy clara la diferencia entre un control judicial de detención en un sistema mixto y un sistema acusatorio. En consecuencia, al estar frente a diferencias torales entre un sistema y otro, nos encontramos ante un nuevo vacío jurisprudencial; en este sentido, se hará un análisis de algunos casos paradigmáticos en el tema que ha resuelto la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El planteamiento será el siguiente: a raíz de dos sentencias de dicho tribunal en casos contra México, se hará especial énfasis en el tema de control judicial de la detención, según el sistema mixto (evidenciando así las falencias del proceso penal, de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos); posteriormente, se analizarán otras sentencias de la Corte Interamericana que tratan este tema con mayor profundidad para así comprender la importancia de este cambio, pero más relevante aún, su trascendencia en materia de respeto a los derechos humanos.

Hecha tal precisión, no está de más recordar que la Convención Americana de Derechos Humanos protege el derecho a la libertad personal, en su artículo 7, el cual consagra una garantía general a no ser privado de la libertad deambulatoria, salvo por los casos establecidos en las constituciones y leyes, así como garantías específicas que gozan todas las personas detenidas. El numeral 7.5 es muy claro al determinar que:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Ahora bien, el primer caso que conoció la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado mexicano fue el de Martín del Campo Dodd. Si bien este caso no tiene ninguna aportación de fondo, pues la Corte se vio impedida a conocer del mismo por cuestiones de competencia temporal, es muy ilustrativo de una situación que es bastante usual en nuestro país: condenas penales con base en confesiones arrancadas por tortura.

El señor Martín del Campo fue acusado y condenado por el homicidio de su hermana y su cuñado, llevado a cabo en la madrugada del 30 de mayo de 1992.<sup>8</sup> Según se desprende de los informes de la averiguación previa, el señor Martín del Campo se presentó en la Agencia del Ministerio Público para relatar los hechos que recordaba, siendo entrevistado por un policía judicial y cayendo en distintas “inconsistencias” hasta terminar por confesar su autoría en el doble homicidio.<sup>9</sup> Durante el transcurso del día, se le practicó un examen médico, a través del cual se encontraron distintas lesiones. Después, fue llevado ante el Agente del Ministerio Público para rendir su declaración, confesando el delito en cuestión.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> Corte IDH. Caso *Alfonso Martín del Campo Dodd vs México*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113, párr. 58.1.1

<sup>9</sup> *Idem.*, párrs. 58.1.2-58.1.4

<sup>10</sup> *Idem.*, párrs. 58.1.5 y 58.1.6

El 1º de junio de 1992, el señor Martín del Campo fue presentado ante el juzgado, en calidad de detenido por caso urgente. Durante la diligencia, negó la información contenida en su declaración ministerial y expresó que había sido coaccionado físicamente para declarar en esos términos. Además, la defensa solicitó que el secretario de acuerdos del tribunal certificara las lesiones que el señor Martín del Campo presentaba.<sup>11</sup> No obstante lo anterior, se le dictó auto de formal prisión y fue sentenciado por el doble homicidio. De esta breve síntesis podemos desprender las siguientes irregularidades:

1. Maltrato físico infligido al señor Martín del Campo, clasificables como tortura, pues tenían la finalidad de hacerle confesar el delito de homicidio.
2. Ausencia del juez durante la diligencia de control de detención (que en este caso en realidad se trata de la audiencia de término constitucional).
3. Falta de pronunciamiento por parte del juzgado respecto de las condiciones de la detención, específicamente las heridas que presentaba el señor Martín del Campo.
4. Insuficiencia argumentativa por parte del Ministerio Público sobre la actualización de la hipótesis de caso urgente, así como de explicar el estado físico del detenido.

El segundo caso contra el Estado mexicano es el de Rosendo Radilla Pacheco, quien fue ilegalmente detenido en un retén militar bajo el cargo de “componer corridos” el 25 de agosto de 1974, durante la Guerra Sucia; nadie ha sabido de su paradero desde entonces, pero además se presume que fue torturado previo a su ejecución.

Rosendo Radilla fue un importante líder comunitario, quien además de participar activamente en la vida política de su comunidad, simpatizaba abiertamente con la lucha de Lucio Cabañas. Ante la Corte Interamericana, fue acreditada la existencia de un expediente de antecedentes, elaborado por la Dirección Federal de Seguridad, sobre Rosendo Radilla, lo cual evidencia las labores de rastreo que realizaba el Estado mexicano, previas a la ilegal detención de la víctima. Una vez detenido, Rosendo Radilla quedó a disposición del ejército en la zona

---

<sup>11</sup> Corte IDH. *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs México*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113, párrs. 58.1.10 a 58.1.12



militar de Guerrero, sin nunca haber sido puesto a disposición de una autoridad judicial, no obstante las diversas gestiones informales que realizó su familia en ese entonces.<sup>12</sup>

Las irregularidades en este caso son más que evidentes, pues además de estar ante un caso de desaparición forzada (que incluye tortura), llevado a cabo por militares, hubo una franca y abierta violación al derecho que tiene todo individuo de ser llevado ante un juez para que califique su detención, le haga saber los motivos de la misma y haga de su conocimiento los derechos que le asisten. En este punto, México se allanó por la violación a la libertad personal, además de que ésta fue encuadrada en un marco sistemático de ataques en contra de la población civil, o Guerra Sucia.

Si bien este caso no ofrece una secuela procesal que pueda ser comparada en el contexto de un proceso acusatorio, es un ejemplo bastante gráfico de la importancia de contar con un control judicial de detenciones efectivo.

Desde luego, la Corte Interamericana ha reconocido esto y ha establecido que la revisión judicial es el “medio de control idóneo para evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un Estado de derecho corresponde al juzgador garantizar los derechos del detenido, autorizar la adopción de medidas cautelares o de coerción, cuando sea estrictamente necesario, y procurar en general, que se trate al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.<sup>13</sup>

Así, debemos comenzar por aclarar que este tribunal ha establecido que toda detención debe cumplir con los siguientes criterios básicos:<sup>14</sup>

1. Aspecto formal que se refiere a las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley para detener a una persona.
2. Aspecto material, referente a que la privación de la libertad sea con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma ley.

---

<sup>12</sup> Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párrs. 121-131.

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 114. Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 73. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 76.

<sup>14</sup> Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103, párr. 65.

3. Que las causas o métodos sean razonables, previsibles proporcionales (cuestión independiente de la legalidad), y por ende, compatibles con los derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

Cualquier detención que no cumpla con estos requisitos puede ser calificada como ilegal y/o arbitraria, es por eso que el control judicial es fundamental para contener este tipo de situaciones. La cuestión no es menor, ya que al provenir de una tradición política profundamente antidemocrática, el poder judicial debe salvaguardar el uso racional del derecho penal como herramienta de control social únicamente contra los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes, según el principio de fragmentariedad, y no convalidar actos de persecución o irregularidades durante las investigaciones.

La implementación de un control judicial efectivo es una obligación positiva que debe cumplir todo Estado,<sup>15</sup> según lo establecido en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención. La pregunta radica en definir exactamente cuál es el estándar internacional o el contenido con el que debe cumplir un control de detención para considerar que respeta cabalmente los derechos humanos sobre privación de la libertad.

En los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos podemos encontrar los siguientes lineamientos:

1. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez.<sup>16</sup>

Este primer requisito, aunque suena obvio, presenta la complicación de definir el término “inmediatamente”. En nuestra legislación, la cuestión es clara: el Ministerio Público debe poner a todo detenido a la disposición de un juez en un plazo máximo de 48 horas, sin embargo, no hay un término muy claro en el plazo con el que cuenta una autoridad para poner a una persona a disposición del propio Ministerio Público.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 70. Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110, párr. 91. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 77.

<sup>16</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 115. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 77.

En todo caso, el término “inmediatamente” debe ser interpretado según las circunstancias del caso en concreto y de acuerdo con criterios de razonabilidad.<sup>17</sup>

2. La comparecencia del detenido frente al juez debe realizarse conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal.<sup>18</sup> Este requisito es crucial para entender porqué la audiencia de término constitucional no cumple con los estándares internacionales de derechos humanos: revisar un expediente no es revisar una detención.<sup>19</sup> El principio de intermediación procesal exige que todas las partes estén presentes durante el desarrollo de una audiencia pública, sobre todo que el juez vea y escuche al detenido y que éste pueda declarar de viva voz si así lo desea. La intermediación también resulta ser una obligación constitucional para todas las fases del proceso, según el artículo 20, apartado A.
3. En segundo lugar, un “juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales” debe satisfacer los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 8 de la Convención,<sup>20</sup> a saber competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.<sup>21</sup>

Como anotación final sobre la importancia del control judicial de la detención, no hay que perder de vista que salvaguardar la regularidad de esta fase procesal también asegura comenzar a cumplir con los requisitos del debido proceso. Empero, la cuestión no radica en salvaguardar el proceso como medio, sino como fin para el esclarecimiento de los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, en términos del artículo 20 constitucional, así como un derecho humano, según los artículos 7 y 8 de la Convención Americana.

---

17 Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 115. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 77.

18 Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 118.

19 Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 118. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 78.

20 *Ibid.*, párr. 119. *Ibid.*, párr. 80.

21 Sobre estas características se puede consultar el siguiente criterio: European Court of Human Rights, *Case of Hauschildt V. Denmark*, (Application No. 10486/83), Judgment, Strasbourg, 24 May 1989.

Esta audiencia tiene implicaciones aún más trascendentales, ya que la revisión de la detención también es un mecanismo para proteger y garantizar el derecho a la vida y a la integridad personal,<sup>22</sup> es decir, se trata de una garantía con múltiples objetivos y fines de protección.

#### IV. CONCLUSIONES

**Primera.** El cambio a un modelo procesal penal acusatorio obliga a replantear la aplicabilidad de los criterios jurisprudenciales existentes en esta materia, siendo la mayoría de ellos inaplicables en el nuevo sistema.

**Segunda.** Una vertiente interpretativa muy interesante son los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues emiten criterios sobre los instrumentos americanos de derechos humanos, los cuales ha ratificado México y forman parte del orden jurídico nacional.

**Tercera.** Según la Corte Interamericana, la revisión judicial de la detención debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Quien es privado de libertad sin control judicial debe ser liberado o puesto inmediatamente a disposición de un juez.
2. La comparecencia del detenido frente al juez debe realizarse conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal.
3. Un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales debe ser competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

**Cuarta.** El control de detención es la primera oportunidad para salvaguardar el debido proceso, así como velar por la vida y la integridad física de las personas detenidas.

---

<sup>22</sup> Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 118

## V. FUENTES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.

Corte IDH. *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs México*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113.

Corte IDH. *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

Corte IDH. *Caso Maritza Urrutia vs Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C No. 103.

Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.

Corte IDH. *Caso Tibi vs Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

Dictamen de la Cámara de Diputados con Proyecto de Decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal del 12 de diciembre de 2007.

European Court of Human Rights, *Case of Hauschildt V. Denmark*, (Application No. 10486/83), Judgment, Strasbourg, 24 May 1989.

Iniciativa con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 25 de abril de 2007, presentada por los partidos Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo.

Nino, Carlos Santiago, Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito, Buenos Aires: Edit. Astrea, 1980, p. 505.

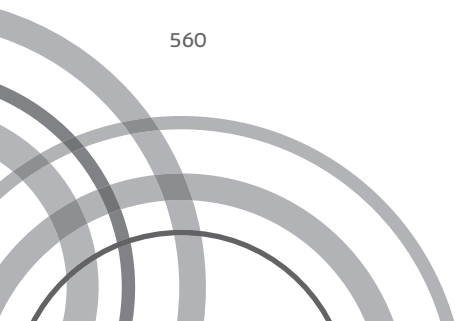


**RECOMENDACIÓN BIBLIOGRÁFICA  
SOBRE PRUEBA ILÍCITA**

---

FÉLIX CÁRDENAS RODOLFO







1. Alba Morales, F., "*La prueba ilícitamente obtenida: reconocimiento judicial*", en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación, año 1992, Vol. II, C.G.P.J., Madrid, 1993.
2. Albácar López, "*El principio de libre apreciación de la prueba en la jurisprudencia constitucional*", en La Ley, 1918-4.
3. Álvarez Landete, J., "*El proceso debido y la nulidad de la prueba ilícita*", Revista del Ilustres Colegio de Abogados de Alicante, junio 1991.
4. Álvarez-Linera y Uría, "*El derecho a la vida y a la integridad. Prohibición de la tortura*", en La Ley, 1987-3.
5. Ibáñez P., Andrés "*La función de las garantías en la actividad probatoria*", en AA.VV. y "*La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*" en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
6. Asencio Mellado, J.M., "*La prueba. Garantías constitucionales derivadas del artículo 24.2*", Poder Judicial, núm. 4, 1986.
7. Asencio Mellado J.M., "*La prueba prohibida en la Jurisprudencia Constitucional. STC 114/84, de 29 de noviembre*", Revista Valenciana d'Estudis Autonòmics, ener/abril 1985.
8. Asencio Mellado J.M., *Prueba prohibida y prueba preconstituida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989.
9. Bayarri García, P., "*La prueba ilícita y sus efectos*", en AA.VV., y "*La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*", en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
10. Berdugo y Gómez De la Torre, J.R., "*La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*", en AA.VV., Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
11. Bermúdez Ochoa, E., "*La nulidad en el proceso penal: tratamiento procesal*", en AA.VV., *Recursos en el orden jurisdiccional penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1995.

12. Bernal Valls, J., "Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal", *Poder Judicial*, núm. 5, marzo 1987.  
Cachón Villar, P., "*La prueba ilícitamente obtenida* (reflexiones en torno al Art. 11.1 L.O.P.J.)", *Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados "Francisco de Victoria"*, núm. 1, junio 1991.
13. Capelletti, M., "*Eficacia de pruebas ilegítimamente admitidas y comportamiento de la parte*", en *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, trad. Sentís Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1972.
14. Carmona Ruano, M., "*De nuevo la nulidad de la prueba: ¿es indiferente el momento en que puede declararse?*", en *Jueces para la Democracia*, 25 de marzo 1996.
15. Carreras LLansana, "*Naturaleza jurídica y tratamiento de las presunciones*", en *Estudios de Derecho Procesal* (con FENECH), Barcelona, 1962.
16. Climent Durán, C., "*Sobre la prueba prohibida: invalidez de la prueba lícitamente realizada a partir de una anterior prueba ilícitamente obtenida*", *Revista General de Derecho*, núm. 559, abril 1991.
17. Cobo Del Rosal, Manuel, "*Constitución y Derecho penal: El principio de legalidad en materia criminal*" (Estudios Jurídicos de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna), 1993.
18. Comoglio, L.P., "*Il problema delle prove illecite nell'esperienza angloamericana e germanica*", Publicación dell'Università di Pavia, Studinelle Scienze Giuridiche e Sociali, Vol. XXXIX, Pavia, 1967.
19. Cordero, F., "*Prove illecite nel processo penale*", *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961.
20. Córdoba Roda, "*El derecho a la presunción de inocencia y la apreciación judicial de la prueba*", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982-4.
21. Choclán Montalvo, José Antonio, "*La prueba videográfica en el proceso penal: validez y límites*", *Poder Judicial*, junio 1995, núm. 38, pp. 64 y ss.

22. D' Alhora, F.J., "*Interceptaciones telefónicas y grabaciones clandestinas en el proceso penal*", Revista Universitaria de Derecho Procesal, U.N.E.D., núm. 4, 1990.
23. Damián Moreno, J., "*Sobre el derecho de defensa y prueba prohibida*", Poder Judicial, núm. 16, diciembre 1989.
24. De Marino, R., "*Las prohibiciones probatorias como límites al derecho a la prueba*", Primeras Jornadas de Derecho Judicial, Presidencia del Tribunal Supremo, Secretaría Técnica, Madrid, 1983.
25. De Urbano Castrillo, E., "*La prueba ilícita en particular ( I )*", en AA.VV., *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996.
26. De Urbano Castrillo, E., "*La prueba ilícita penal y el derecho de defensa*", La Ley, núm. 4549, 27 de mayo de 1998.
27. Del Río Fernández, L.J., "*Constitución y principios del proceso penal: contradicción, acusatorio y presunción de inocencia*", Revista General de Derecho, núm. 576, septiembre 1992.
28. Díaz Cabiale, J.A., "*La admisión y práctica de la prueba en el proceso penal*", Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, núm. 20.
29. Díaz Cabiale, J.A., "*Cacheos superficiales, intervenciones corporales y el cuerpo humano como objeto de recogida de muestras para análisis periciales (ADN, sangre, etc)*", en AA.VV., "*Medidas restrictivas de derechos fundamentales*", en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996.
30. Díaz Cabiale, J.A., y Martín Morales, R., "*¿Es proyectable el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a las pruebas obtenidas vulnerando un derecho constitucional no fundamental?*", La Ley, núm. 445, 24 diciembre 1997.
31. DIEGO DíEZ (DE), "*La identificación del delincuente a través de las huellas dactilares*", en La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

32. Fernández Entralgo, J., *“Las reglas del juego. Prohibición de hacer trampas: la prueba ilegítimamente obtenida”*, en AA.VV., *La prueba en el proceso penal (II)*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996.
33. Fernández Entralgo, *“Prueba ilegítimamente obtenida”*, en *La Ley*, 1990-1.
34. Fernández Entralgo, *“Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias”*, en *Revista General de Derecho*, 1986, Vol. 5.
35. Fernández-Espinar, Gonzalo, *“El levantamiento del secreto de las comunicaciones telefónicas en el marco de las diligencias de investigación y aseguramiento en el proceso penal”*. Poder Judicial núm. 32, CGPJ, p. 28.
36. Ferrer Amigo, Gonzalo, en la Comunicación: *“Incidencia Constitucional de las intervenciones Corporales”* dentro de *La restricción de los derechos fundamentales de la persona*, en CDJ 1993.
37. Ferrer Tárrega, *“La entrada y registro domiciliario”*, en *La prueba en el proceso penal*, Cuaderno de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
38. García Carrero, *“La apreciación de la prueba en conciencia, en el proceso penal y la protección constitucional de la presunción de inocencia”*, en *Poder Judicial*, núm. 5, diciembre 1982.
39. García Quesada, *“El miedo de los testigos”*, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
40. Gesto Alonso, B., *“El derecho a los medios de prueba pertinentes en el texto constitucional”*, *Revista General de Derecho*, núm. 619, abril 1996.
41. Gil Hernández, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Edit. Colex, 1995.
42. Giménez Pericas, Antonio, *“Sobre la prueba ilícitamente obtenida”*, en *La prueba en el proceso penal* CDJ.
43. Gimeno Sendra, V., *“El derecho a la prueba: alcoholemia y prueba prohibida”*, en *Constitución y Proceso*, Edit. Tecnos, Madrid, 1988.

44. Gimeno Sendra, Vicente, *“Las intervenciones telefónicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo”*, La Ley, Año XVII, núm. 4024, 26 de abril de 1996, p. 2.
45. Gómez Colomer, J.L., *El secreto de las comunicaciones y la prueba ilícita*, ponencia presentada en el Curso Tutela jurisdiccional de la intimidad, organizado por la Fiscalía General del Estado, celebrado en Madrid los días 2 a 4 de octubre de 1995 (ejemplar mecanografiado).
46. Gómez Colomer, J.L., *“La intervención judicial de las comunicaciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia”*, Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1, 1998.
47. González Montes, J.L., *“La prueba obtenida ilícitamente con violación de los derechos fundamentales (el derecho constitucional a la prueba y sus límites)”*, Revista de Derecho Procesal, 1990, núm. 1.
48. González Montes, J.L., *“Nuevas reflexiones sobre la prueba ilícita”*, Primeras Jornadas sobre problemas actuales de la justicia penal, Universidad de Granada, 1994.
49. Gössel, K.H., *“La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales”*, Cuadernos de Política Criminal, núm. 45, 1991.
50. Guariglia, F., *“Las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal”*, Revista Jueces para la democracia, núm. 25, marzo 1996.
51. Gutiérrez De Cabiedes, *“El principio “pro-reo” en el Derecho y en el proceso penal”*, en Estudios de Derecho Procesal, Pamplona, 1974.
52. Gutiérrez-Alviz y Conradi, *“La valoración de la prueba penal”*, en Revista de Derecho Procesal, 1975.
53. Illuminati, G., *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Bolonia, 1984.
54. Jaén Vallejo, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1987.

55. JORGE BARREIRO, ALBERTO en *“La prueba ilícita en el proceso penal”* Plan Territorial de Extremadura CGPJ, 1992, vol II.
56. López Barja De Quiroga, J., *“La legitimación de la acusación en relación con los derechos fundamentales”*, Actualidad Jurídica Aranzadi, n. 334, 19 de marzo de 1998.
57. López Barja De Quiroga, Jacobo y Rodríguez Ramos Luis, *“La intimidad corporal, devaluada”*, PJ, núm. 14.
58. López-Fragoso Álvarez, T., *“Nulidad de las fuentes de prueba obtenidas mediante una intervención telefónica”*, Revista Colex, Estudios de Jurisprudencia, núm. 2, 1992.
59. López Ortega, J.J., *“La prueba de testigos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Problemas que se suscitan en relación con el derecho a un proceso equitativo”*, en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992.
60. López Ortega, J.J., *“Prueba y proceso equitativo. Aspectos actuales de la jurisprudencia europea”*, en AA.VV., *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
61. Lorca Navarrete, Antonio M., *“El vídeo como fuente de prueba y su introducción en el proceso a través de la jurisdicción laboral”*, *La Ley, Relaciones laborales*, 1985, Tomo I, pgs. 591 y ss.
62. Lorente Hurtado, *“La prueba de alcoholemia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”*, en *Poder Judicial*, 1986, núm. 1.
63. Lorenzo Martínez (DE), *“Diligencia de entrada y registro”*, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
64. Lozano-Higuero Pinto, M., y Marchena Gómez, M., *La vulneración de los derechos fundamentales en el procedimiento abreviado y el principio de saneamiento en el proceso penal*, Edit. Comares, Granada, 1996.

65. Marino Borrego (DE), *“Las prohibiciones probatorias como límites del derecho a la prueba”*, en *Primeras Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid, 1983.
66. Martí Mingarro, Luis, *“El secreto de las comunicaciones”*, Otrosi, febrero, 1994, pg. 30.
67. Martín Pallín, J.A., *“Valor de las pruebas irregularmente obtenidas en el proceso penal”*, en *Poder Judicial*, núm. Especial VI.
68. Martín Pallín, *“El interrogatorio de imputados y testigos. La víctima”*, en *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.
69. Martín Pallín, José Antonio, *“Identificación del delincuente”*, *Las restricciones de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial.
70. Mascarell Navarro, *“La carga de la prueba y la presunción de inocencia”*, en *Justicia*, 1987, núm. III.
71. Moner Muñoz, E., *“Las intervenciones corporales”*, en AA.VV., y *“La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal”*, en Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
72. Montero Aroca, Juan. *“Las cintas magnetofónicas como fuente de prueba”*, en *Poder Judicial*, 1983, 7, pp. 39 y ss.
73. Montón Redondo, Alberto, en *Derecho Jurisdiccional III, procesal penal*, Ed. Bosch 1991obra colectiva con Montero Aroca, Gómez Colomer y Ortells Ramos. *“Las interceptaciones telefónicas constitucionalmente correctas”*.
74. *“Los nuevos medios de prueba y posibilidad de su uso en el proceso”*, Salamanca, 1977, p. 58.
75. Morenilla Rodríguez, *“Las garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos”*, en *Poder Judicial*, núm. Especial II, Justicia Penal, 1987.

76. Moreno Catena, V., "*Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*", en *Poder Judicial*, núm. Especial II, Justicia Penal, 1987.
77. Moreno Catena, V., "*De los medios de prueba*", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Edit. Tecnos, 1985.
78. Morris, R.A., "*La admisibilidad de pruebas derivadas de la hipnosis y el polígrafo*", en AA.VV., *Métodos psicológicos en la investigación y pruebas criminales*, Edit. Desclée de Brouwer, Bilbao, 1994.
79. Muñoz Sabaté, LI. "*Consideraciones psicológicas sobre los audiovisuales como medio de prueba*", *Revista Jurídica de Cataluña*, año 1988, pp. 231 y ss.
80. Narvaéz Rodríguez, Antonio "*Escuchas telefónicas: alcance constitucional y procesal*", *Revista del Ministerio Fiscal* núm. 1. Enero-junio 1995, p. 151.
81. Olivia Santos (DE LA), "*Cuatro sentencias del Tribunal Constitucional: Juez legal, pruebas obtenidas ilícitamente, legitimación en lo contencioso-administrativo, secreto del sumario*", en *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 1985, núm. 2.
82. Ortega Pinto, L.T., "*Tratamiento de la ilicitud penale nei paesi di Diritto Latino*", *Revista de Derecho Procesal*, 1996, núm. 1.
83. Ortells Ramos, M., "*Exclusividad jurisdiccional para la restricción de derechos fundamentales y ámbitos vedados a la injerencia jurisdiccional*", en AA.VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996.
84. Ortiz Úrculo, J.C., "*Teoría constitucional sobre la prueba en el proceso penal. Perspectivas de la Fiscalía del Tribunal Constitucional*", *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. II, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
85. Pastor Borgoñón, B., "*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*", *Justicia*, núm. II, 1986.
86. Pastor Borgoñón, B., "*Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*", en *Justicia*, núm. II, 1988.



87. Pastor Borgoñón, Blanca, *“La prueba ilegalmente obtenida”*, en La restricción de los Derechos Fundamentales de la persona en el proceso penal, CGPJ, 1993.
88. Pauli Collado, Francisco Javier, *“La prueba ilegalmente obtenida”*, CGPJ, Penal Vol. II, 1992 (Plan Provincial de Girona).
89. Pérez Hernández, E., *“La constitucionalidad de las pruebas aportadas por los detectives privados”*, Poder Judicial, núm. 35, septiembre 1994.
90. Picatoste Bobillo, J.C., *“Notas sobre la práctica del reconocimiento en rueda”*, en AA.VV., *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1993.
91. Picatoste Bobillo, J.C., *“Cuestiones en torno a la diligencia de reconocimiento en rueda: práctica y jurisprudencia”*, Actualidad Penal, núm. 31, agosto/septiembre 1995.
92. Picó Junoy, J., *“La protección del derecho a la prueba en el proceso penal (análisis crítico jurisprudencial)”*, Revista Jurídica de Cataluña, 1993, núm. IV.
93. Picó Junoy, J., *“Nuevas perspectivas sobre el alcance anulatorio de las pruebas ilícitas”*, La Ley, núm. 4213, 23 enero 1997, publicado también en Justicia, núm. III, 1997, pp. 881 y ss.
94. Pomarón Bagües, J.M., *“La aportación al proceso de pruebas obtenidas ilícitamente y el secreto de las comunicaciones”*, La Ley, 1985-2.
95. Pomarón Bagües, José Manuel, *“El video, ¿medio probatorio?”*, La Ley. Relaciones laborales, 1985, Tomo I, p. 595.
96. Quintano, Ripollés, A., *“Problemas de la prueba en el proceso penal”*. Revista Jurídica de Cataluña, 1960.
97. Rafols Llach, Juan, *“Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado”*, La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1992, pgs. 567 y ss.

98. Rivas Cabrerías, Víctor, en *“La Contaminación de unas pruebas por otras: el efecto indirecto o reflejo de la prueba obtenida ilegalmente... reconocimiento fotográfico policial”*, CGPJ Penal, 1992, vol. II, Plan Provincial de Girona.
99. Rivas Carreras, *“La contaminación de unas pruebas por otras”*, en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación, año 1992, Vol. II, C.G.P.J., Madrid, 1993.
100. Rodríguez Ramos, *“Presunción de inocencia no minimizada”*, en La Ley, 983-4.
101. Rodríguez Ramos, Luis, *“Las intervenciones telefónicas”*, La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Juicial, CGPJ, 1992, pg. 459.
102. Rosenberg, *La carga de la prueba*, trad. Esp, de Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, 1956.
103. Rovira Del Canto, Ma. P., en *“La Prueba ilegalmente obtenida”*, Plan Provincial de Girona Penal II CGPJ, 1992.
104. Rovira Del Canto, Ma. P., *“La prueba ilegalmente obtenida”*, en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación, C.G.P.J., Madrid, 1993.
105. Ruiz Vadillo, E., *“La actividad probatoria en el proceso penal español y las consecuencias de violarse en ella algún principio constitucional de producirse algunas determinadas irregularidades procesales”*, en AA.VV., La prueba en el proceso penal, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992.
106. Ruiz Vadillo, E., *“La actividad probatoria en el proceso penal español”*, en AA.VV., La prueba en el proceso penal. Colección Cursos, Vol. 12, Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.
107. *“Las garantías del proceso, presupuesto del tratamiento del delincuente”*, REVPJ, núm. 25.
108. *“La actividad probatoria en el proceso penal español”* (p. 73) dentro de La prueba en el proceso penal, CDJ del CGPJ, 1992 y p. 77.

109. Sacristán Represa. “Notas sobre la <presunción de inocencia>”, en Poder Judicial, núm. 5, diciembre 1982.
110. Schönke, A., “Límites de la prueba en el derecho procesal”, Revista de Derecho Procesal. 1995, núm. 3.
111. Seoane Spiegelberg, en “Medicina Legal” CDJ del CGPJ, 1993 en su Comunicación; Recepción en el proceso de nuevos métodos de investigación científica y derechos fundamentales.
112. Sentías Melendo. “In dubio pro reo”, Buenos Aires, 1971.
113. Serra Domínguez, M. “Actos procesales ineficaces”, en Estudios de Derecho Procesal, Edit. Ariel, Barcelona, 1969.
114. Serrano Butragueño, I. “Los servicios de los detectives privados: licitud y valor de sus investigaciones”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, núm. 1774, 15 mayo 1996.
115. Serrano Maillo, A., “Valor de las escuchas telefónicas como prueba en el sistema español. Nulidad de la prueba obtenida ilegalmente”. Actualidad Penal, núm. 22, mayo/junio 1996.
116. Silva Melero, V., “La prueba procesal”. Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963.
117. Shönke Adolf, “Límites de la prueba en el Derecho Procesal”, Revista de Derecho procesal, 1955, pp. 373 a 378.
118. Tomás y Valiente, “In dubio pro reo, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 20.
119. Torío López, A., “La prohibición constitucional de las penas y tratos inhumanos o degradantes”. Poder Judicial, núm. 4, diciembre 1986.
120. Torres-Dulce Lifante, E., “Intervenciones telefónicas: especial referencia a las escuchas telefónicas”, Ponencia presentada en el curso sobre Nulidad de actuaciones y prueba ilícita, celebrado en Madrid los días 11, 12 y 13 de noviembre de 1996, organizado por la Fiscalía General del Estado (ejemplar mecanografiado)

121. Vázquez Sotelo, J.L., *"Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal"*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.
122. Vega Ruiz (DE), *"La presunción de inocencia hoy"*, en Justicia, 1984, núm. I.
123. Vegas Torres, J., *"Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal"*, Editorial La Ley, Madrid, 1993.
124. *"La prueba ilícita en particular II"*, Ponencia del curso La prueba en el proceso penal, CGPJ, Madrid, 1996, aún no publicada.
125. Vegas Torres, J., *"La ilicitud de la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado y sus consecuencias"*, en AA.VV., La prueba en el proceso penal (II), Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996.
126. Velasco Núñez, E., *"Doctrina y limitaciones a la teoría del fruto del árbol envenenado en el prueba ilícita (EE.UU. y España)"*, Revista General de Derecho, núm. 624, septiembre 1996, (publicada también con el título "Prueba obtenida ilícitamente. Doctrina del <fruto del árbol envenenado>: correcciones actuales y tendencias de futuro", en AA.VV., *Medidas restrictivas de derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1996).
127. Vescovi, E., *"Premisas para la consideración del tema de la prueba ilícita"*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, 1970, núm. 2.
128. Vigoriti, V., *"Prove illecite e custizione"*, Rivista di Diritto Processuale, 1968, núm. I.

## ÍNDICE

---





## CULTURA CONSTITUCIONAL

### LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO

DAVID CIENFUEGOS SALGADO ..... 15

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL

DR. GERARDO GARCÍA SILVA ..... 61

### LA DETENCIÓN EN MÉXICO: NUEVAS POSTURAS RESPECTO DE LA FLAGRANCIA, EL CASO URGENTE Y EL ARRAIGO

PABLO HERNÁNDEZ-ROMO VALENCIA ..... 103

### RETOS DE LA IMPLEMENTACIÓN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL 2008

DR. MOISÉS MORENO H. .... 135

### LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

DR. RAÚL PLASCENCIA VILLANUEVA ..... 201

### PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: PRINCIPIO Y EXCEPCIONES

CARLOS REQUENA ..... 229

### LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

ANA PAMELA ROMERO GUERRA ..... 251

### LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

ERIKA BARDALES LAZCANO Y CARLOS VILLEGAS ..... 277

### EL MINISTERIO PÚBLICO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO MEXICANO

ÁLVARO VIZCAÍNO ZAMORA ..... 313

### EL "NUEVO" SISTEMA DE JUSTICIA MEXICANO: ALGUNOS COMENTARIOS

DR. JOSÉ ZARAGOZA HUERTA ..... 349

## CULTURA DE LIBERTADES

EL IMPACTO DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN LAS FUNCIONES DE DISCIPLINA DE LOS PODERES JUDICIALES ISRAEL ALVARADO MARTÍNEZ .....	383
PRINCIPIO DE LEGALIDAD VS PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA .....	393
LA INVESTIGACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO JOSÉ HÉCTOR CARREÓN HERRERA .....	409
METODOLOGÍA DE AUDIENCIA Y ORALIDAD, COMO EJES CENTRALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO JOAHANA DEL RÍO REBOLLEDO .....	427
ELEMENTOS MÍNIMOS PARA EMITIR UNA SENTENCIA CONDENATORIA DE CONFORMIDAD CON LA REFORMA PENAL 2008 JAVIER DONDÉ MATUTE .....	443
DERECHOS HUMANOS Y SISTEMA ACUSATORIO LUIS ARMANDO GONZÁLEZ PLACENCIA E IBETT ESTRADA GAZGA .....	459
ARRAIGO Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA UNA MIRADA DESDE LOS DERECHOS HUMANOS JUAN CARLOS GUTIÉRREZ CONTRERAS Y SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ .....	473
CONSTITUCIONALIDAD Y VIGENCIA DE LA REFORMA PENAL EVERARDO MORENO CRUZ .....	489
LO RELEVANTE DEL TESTIGO Y DE SU TESTIMONIO DRA. VERÓNICA ROMÁN QUIROZ .....	505
DIFERENCIAS ENTRE EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO Y EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN MTRO. CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA Y ESTEBAN GILBERTO ARCOS CORTES .....	521
LA CONSTITUCIÓN, LAS FUERZAS ARMADAS Y LA SEGURIDAD PÚBLICA JUAN VELASQUEZ .....	537
ESTÁNDARES SOBRE CONTROL DE DETENCIÓN EN JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL PATRICIA VILLA BERGER .....	545
RECOMENDACIÓN BIBLIOGRÁFICA SOBRE PRUEBA ILÍCITA FÉLIX CÁRDENAS RODOLFO .....	561








CULTURA CONSTITUCIONAL,  
CULTURA DE LIBERTADES

---

SE TERMINÓ EL MES DE JULIO DE 2010  
EN CORPORATIVO PROGRÁFICO S.A. DE C.V.  
CALLE DOS NO. 257, BODEGA 4  
COL. GRANJAS SAN ANTONIO  
DEL. IZTAPALAPA C.P. 09070  
MÉXICO, D.F.

CONSTA DE 2,000 EJEMPLARES  
ESTUVO AL CUIDADO DE LA  
DIRECCIÓN GENERAL DE CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN  
DE LA SECRETARÍA TÉCNICA DEL CONSEJO DE COORDINACIÓN  
PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL



[www.setec.gob.mx](http://www.setec.gob.mx)  
[www.reformajusticiapenal.gob.mx](http://www.reformajusticiapenal.gob.mx)

ISBN: 978-607-9065-00-3



9 786079 065003

SECRETARÍA TÉCNICA

Consejo de Coordinación  
para la Implementación del  
Sistema de Justicia Penal