

CULTURA CONSTITUCIONAL,
CULTURA DE LIBERTADES



México 2012

COORDINADOR DE LA OBRA

MTRO. JORGE NADER KURI

COMPILACIÓN Y DOCUMENTACIÓN

CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA

DIANA LIDIA RODRÍGUEZ GARCÍA

DISEÑO Y FORMACIÓN EDITORIAL

DIANA LIDIA RODRÍGUEZ GARCÍA

CULTURA CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES

TERCERA EDICIÓN, AGOSTO DE 2012

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

COORDINADOR DE LA OBRA: JORGE NADER KURI.

DOMICILIO DE LA PUBLICACIÓN: REFORMA 99, PISO 10,
COLONIA TABACALERA, DELEGACIÓN CUAUHTÉMOC,
MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, C.P. 06030. CULTURA
CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES SE RESERVA
TODOS LOS DERECHOS LEGALES (COPYRIGHT) DE
REPRODUCCIÓN DE LOS MATERIALES QUE PUBLICA.
ÉL 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 CULTURA
CONSTITUCIONAL, CULTURA DE LIBERTADES. LOS
ARTÍCULOS FIRMADOS SON RESPONSABILIDAD DE LOS
AUTORES, POR LO QUE 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

CONSEJO DE COORDINACIÓN PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

SECRETARÍA DE GOBERNACIÓN,
DR. ALEJANDRO POIRÉ ROMERO, PRESIDENTE DEL CONSEJO.

SECRETARÍA DE SEGURIDAD PÚBLICA,
ING. GENARO GARCÍA LUNA, SECRETARIO.

CONSEJERÍA JURÍDICA DEL EJECUTIVO FEDERAL,
LIC. MIGUEL ALESSIO ROBLES LANDA, CONSEJERO.

SENADO DE LA REPÚBLICA,
SENADOR RICARDO FIDEL PACHECO RODRÍGUEZ.

CÁMARA DE DIPUTADOS,
DIPUTADO GUSTAVO GONZÁLEZ HERNÁNDEZ.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
MINISTRO SERGIO ARMANDO VALLS HERNÁNDEZ.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL,
CONSEJERO CÉSAR ESQUINCA MUÑOA.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA,
MTRA. MARISELA MORALES IBAÑEZ, PROCURADORA.

CONFERENCIA NACIONAL DE SECRETARIOS DE SEGURIDAD PÚBLICA,
LIC. MARCO TULLIO LÓPEZ ESCAMILLA.

CONFERENCIA NACIONAL DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA,
LIC. RENATO SALES HEREDIA.

COMISIÓN NACIONAL DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA,
MAGISTRADO BARUCH F. DELGADO CARBAJAL, PRESIDENTE.

REPRESENTANTE DE ORGANIZACIONES ACADÉMICAS,
MTRO. MIGUEL SARRE IGUÍNIZ.

REPRESENTANTE DE ORGANIZACIONES CIVILES,
LIC. ALEJANDRO MARTÍ GARCÍA.

SECRETARÍA TÉCNICA,
LIC. FELIPE BORREGO ESTRADA, SECRETARIO TÉCNICO.



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

SECRETARIO TÉCNICO

LIC. FELIPE BORREGO ESTRADA.

DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y PROYECTOS NORMATIVOS,

MTRO. RODRIGO OZUNA SOLSONA.

DIRECCIÓN GENERAL DE ASISTENCIA TÉCNICA,

MTRO. ROGELIO RUEDA DE LEÓN ORDOÑEZ

DIRECCIÓN GENERAL DE COORDINACIÓN INTERINSTITUCIONAL,

MTRA. MARÍA NOVOA CANCELA.

DIRECCIÓN GENERAL DE PLANEACIÓN, CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN,

MTRO. JORGE NADER KURI.

DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS

C. P. GUILLERMO CASAS.



DIRECCIÓN GENERAL DE PLANEACIÓN, CAPACITACIÓN Y DIFUSIÓN

DIRECTOR GENERAL,

MTRO. JORGE NADER KURI

DIRECTORA GENERAL ADJUNTA DE CAPACITACIÓN,

MITRA. VERÓNICA BÁTIZ ÁLVAREZ.

DIRECTOR GENERAL ADJUNTO DE DIFUSIÓN

MTRO. CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA

DIRECTORA DE DIFUSIÓN,

LIC. DIANA LIDIA RODRÍGUEZ GARCÍA

SUBDIRECTORA DE CAPACITACIÓN,

LIC. JANET KURI VENEGAS

SUBDIRECTORA DE PLANES Y PROGRAMAS ACADÉMICOS

LIC. LAURA DELLY CÁRDENAS PÉREZ

SUBDIRECTOR DE DIFUSIÓN,

ING. OSCAR IGOR SALGADO PELCASTRE

SUBDIRECTOR DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN,

LIC. DANIEL MURGA MENDOZA

JEFE DE DEPARTAMENTO DE CAPACITACIÓN,

LIC. ALEJANDRA ALAMILLA BELTRÁN

JEFE DE DEPARTAMENTO DE PLANES Y PROGRAMAS ACADÉMICOS

LIC. ISMAEL ANTONIO HERNÁNDEZ CRUZ

JEFE DE DEPARTAMENTO DE DIFUSIÓN,

LIC. MAYTÉ PÉREZ SANDOVAL

JEFE DE DEPARTAMENTO DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN,

LIC. ROLDÁN CRISTÓBAL FÉLIX MEZA

JEFE DE DEPARTAMENTO,

LIC. ITZEL BATÚN CONSTANTINO





CULTURA CONSTITUCIONAL,
CULTURA DE LIBERTADES



LA CONCILIACIÓN COMO ECONOMÍA EN LOS COSTOS JUDICIALES Y LA RECOMPOSICIÓN SOCIAL

ESTEBAN GILBERTO ARCOS CORTÉS*

* Es licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Es docente certificado por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), Santiago de Chile. Docente certificado por méritos por parte de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y Docente, certificado por el Institute for Criminal Defense Advocacy y la California Western School of Law en San Diego California, EUA, en Técnicas y Destrezas de Litigación Oral. Actualmente se desempeña como profesor-investigador en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en temas sobre la investigación policial y sistema acusatorio.



*El que tiene un derecho
no obtiene el de violar el ajeno
para mantener el suyo.*

José Martí

INTRODUCCIÓN

La reforma al artículo 17 constitucional, aprobada el 18 de junio de 2008, es de suma importancia, pues con ella se implementan mecanismos alternos de solución de controversias en el sistema de justicia mexicano, los cuales favorecerán el derecho de las personas a contar con un sistema expedito de impartición de justicia, con la consecuente eficacia y mejoramiento en la atención de los asuntos que realmente merezcan ventilarse en los tribunales del país; incluir a nivel constitucional mecanismos alternos de solución de controversias –como la conciliación–, pues con ello se propiciará que las partes en conflicto no instauren un juicio formal ante los tribunales, lo que contribuirá a que el sistema de justicia penal se descongestione, reservando el ejercicio del derecho penal para las conductas que, atendiendo al bien jurídico tutelado y a su impacto en la sociedad, ameriten una reacción penal.

Gramaticalmente, la conciliación significa “acción y efecto de conciliar”, es decir, “componer y ajustar los ánimos de los que estaban opuestos entre sí”, “conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias”, y “granjear o ganar los ánimos o la benevolencia”. En primer término se define a la conciliación como “el acuerdo al que llegan las partes en un proceso, cuando existe controversia sobre la aplicación o interpretación de sus derechos”.¹ Osvaldo Alfredo Gozaíni nos dice que de la conciliación se puede hablar en dos sentidos, uno proveniente del acuerdo de voluntades que encuentran puntos de acercamiento entre los intereses que los enfrentan, sin que para ello intervengan terceros; o también, de la actividad dispuesta por otro en miras de aligerar las tensiones y desencuentros de las partes; en el primer caso, la conciliación es el resultado de actitudes libres y privadas, y en el segundo y el tercero (conciliador) puede ser impuesto por la ley o elegido voluntariamente. No hay necesidad de formas ni de procedimientos, basta con establecer un método que ponga en el banco de prueba las formas para superar la crisis afrontada. La decisión consensual deber ser la resultante; en cambio la técnica es preciso auspiciarla. La preparación del conciliador es de suma importancia.²

1 Andrea Fabiana Raña, *La mediación y el derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Fabián. J. Di Plácido Editor, 2001, p. 68-69.

2 Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1995, pp. 12-13.

A la conciliación se le debe considerar como un medio idóneo para lograr la economía de los costos judiciales y la recomposición social, destacando su importancia para la solución de los conflictos, derivados de la comisión de los delitos de bajo impacto social, así como para descongestionar las cargas de trabajo de los tribunales en materia penal, sin abandonar a la víctima en la solución del conflicto penal.

I. LA CONCILIACIÓN COMO ECONOMÍA EN LOS COSTOS JUDICIALES DE LAS PARTES

Es menester precisar lo referido por Mauro Cappelletti y Bryant Garth, respecto de los beneficios obvios para las partes, y para el sistema jurídico si una disputa se arregla razonablemente sin necesidad de juicio:

La actual congestión del tribunal y los gastos excesivos de un litigio pueden hacer especialmente beneficiosas las conciliaciones rápidas y mediadas, como el arbitraje. Además. Parece que dichos acuerdos se aplican más fácilmente que los decretos judiciales unilaterales, puesto que se fundan en el compromiso ya convenido por las partes. De manera significativa, un proceso tendiente a la conciliación (a diferencia del proceso del fallo, que generalmente da a una parte la razón, en contra de la otra) ofrece la posibilidad de que las causas más profundas de una disputa se puedan probar, reparando una relación compleja a largo plazo.

El sistema jurídico japonés ofrece un ejemplo sobresaliente del difundido uso de la conciliación por terceros respetados. En todo Japón han existido desde hace tiempo juntas de conciliación compuestas por dos miembros laicos (cuando menos formalmente) y un juez, para escuchar a las partes de manera informal y recomendar una solución justa. La conciliación puede ser iniciada por una de las partes, o un juez puede remitir a conciliación un caso del tribunal. Este proceso de conciliación, pese a un relativo descenso de uso y eficiencia, aún es muy importante en Japón. Reconociendo las condiciones casi únicas y favorables de la conciliación en Japón, sin embargo, debe considerarse la siguiente observación de los profesores Kojima y Taniguchi: “El hecho de que la institución se originara y haya sido fomentada en una sociedad muy distinta de sus análogas occidentales y de otras latitudes no orientales, no debe ocultar su validez como un medio útil para la solución de disputas”. Los países occidentales hasta ahora no han instituido vastos sistemas de conciliación para todo tipo de reclamaciones civiles, pero las virtudes de la conciliación son cada vez más solicitadas, tanto de manera general como con respecto a ciertos tipos de reclamaciones. El ejemplo reciente más notable es un experimento francés iniciado en febrero de 1977 con la nueva institución del *conciliateur*. El objetivo es establecer un sistema de *conciliateurs* locales respetados, que puedan escuchar a las partes en

controversia que elijan este sistema, y hasta visitar el lugar de la disputa y proponer soluciones razonables. Si este enfoque logra éxito en los cuatro *départaments* en los que está siendo probado, se extenderá a toda Francia (que tiene 95 *départaments*). Francia podrá así justificar las observaciones de los informadores japoneses.

Aparte de esta muy interesante e importante innovación francesa, que se apoya en la iniciativa de las partes y el prestigio del *conciliateur* para promover la conciliación de las reclamaciones, los informes del Proyecto de Florencia revelan una gran variedad de métodos voluntarios y obligatorios para estimular la reconciliación de las partes. En particular, es común permitir al juez o a los jueces sugerir una conciliación, o en su defecto, remitir el caso a otro juez o *registrar*. Aunque es necesaria una investigación empírica detallada para evaluar este procedimiento, en general parece que el método más justo es el encontrado en Nueva York, donde el caso es tratado por un juez distinto del que intentó conciliarlo. Esto obvia el problema de las partes que consienten en una conciliación propuesta solamente porque, o bien suponen que el resultado sería el mismo después del juicio, o porque temen incurrir en la censura o el resentimiento del juez.

Como la conciliación ha aumentado en importancia, los métodos y estilos de conciliación se han vuelto tema de muchos estudios minuciosos. Ya hay indicaciones de qué tipos de conducta de los conciliadores son los que mejor conducen a conciliar conflictos. Sin embargo, una vez más debemos ser cuidadosos. La conciliación es un extremo útil para muchos tipos de reclamaciones y partes, especialmente si entendemos la importancia de enmendar relaciones a largo plazo en vez de simplemente dar a una parte la razón contra la otra. No obstante, cuando la conciliación es planeada principalmente para reducir el congestionamiento de un tribunal, debemos asegurar que los resultados sean verdaderamente justos, y no sólo respuestas a fallas remediables de los tribunales.³

Tal como nos señala Andrea Fabiana Raña, abogada especialista en la mediación y resolución alternativa de conflictos en Argentina, resulta muy frecuente escuchar críticas relativas al funcionamiento del poder judicial, y que básicamente esta sensación de insatisfacción percibida por la sociedad puede resumirse en dos temas fundamentales:

³ Mauro Cappelletti y Bryant Garth, *El acceso a la justicia*, México, FCE, trad. de Mónica Miranda, 1996 (Sección de Obras de Política y Derecho), pp. 255-257.

- a) La sobrecarga de los tribunales, y
- b) La falta de satisfacción de los intereses de las partes que se someten al proceso judicial.⁴

Coincidimos en que esta situación de crisis de la justicia no es un fenómeno reciente, y que esta situación es percibida y padecida en muchos países, como México.

En efecto, durante gran parte del siglo pasado y el que inicia, se ha evidenciado por parte de los estudiosos del derecho la búsqueda de alternativas para la resolución real y efectiva de los conflictos, sabemos a través de la historia que se pensó en la justicia ejercida por un juez, quien ocuparía un papel de nexo entre el caso concreto y la norma prescrita en la ley, pero se piensa que ahora esto no es suficiente.

La crisis de la justicia es un fenómeno que aumenta día con día. Mientras que la cantidad de procesos se incrementa, disminuye la claridad y cantidad de los mismos, esto es percibido por la sociedad, pues incluso se habla de la falta de unidad de criterios.

Es claro que la sociedad, y particularmente quien se somete a la justicia, siente que por esta vía no obtendrán una real y efectiva satisfacción a su conflicto.

La situación judicial actual se encuentra originada por una interrelación de problemas de índole jurídico, social, cultural, político e incluso económico, por eso creemos que aplicando métodos alternos de resolución de controversias (en el caso específico, por ser el tema tratado en este artículo, la conciliación), sólo llegarán a los tribunales los casos que necesariamente deben tratarse por la vía jurisdiccional, al haberse tratado el conflicto a niveles más bajos, evitándose así la sobrecarga de trabajo para el poder judicial.

Los supuestos anteriores pueden quedar ilustrados en aquellos delitos que no impactan de manera grave a la sociedad, se persiguen por querrela de la parte ofendida, y llegan a los tribunales, trayendo como consecuencia un abrumador costo económico, así "resulta tan absurdo como

4 Andrea Fabiana Raña, *La mediación*, op. cit., p. 23.

antieconómico que decenas de miles de juicios penales por delitos insignificantes se lleven a cabo hasta límites increíbles –intervención de la Corte Suprema incluida.”⁵

En efecto, un delito insignificante mueve a la maquinaria de procuración e impartición de justicia, pudiendo llegar incluso hasta la administración carcelaria, en cambio, si tuviéramos un verdadero procedimiento conciliatorio, se podrían ahorrar estos costos para su utilización en aras de la prevención del delito, también debo mencionar lo importante de estos costos entre las partes implicadas, quienes tienen que contratar servicios profesionales (abogados, peritos, etc.), y qué decir del tiempo que ocupan en las diligencias que se deben desahogar ante las autoridades correspondientes.

Por ello, repito, es indispensable una buena mediación para conciliar a las partes en conflicto, haciéndoles ver, desde la etapa de averiguación previa, los costos que acarrea para la administración de justicia y para las partes mismas que se enfrentan al conflicto, debiendo procurar el concilio de sus intereses.

Se debe buscar la civilidad entre las partes y evitar los costos judiciales, pues aunque fueran mínimos, el ahorro traería como consecuencia la utilización de esos recursos en otras cuestiones prioritarias como lo es la prevención del delito. Y que decir del desgaste de los jueces y magistrados en asuntos de poca trascendencia social, pudiendo utilizar dicho tiempo en asuntos de gran impacto social.

Por ello debemos concluir que la conciliación tiene importancia relevante en aquellos conflictos intersubjetivos de intereses y de contenido jurídico, en los que se valore menos el bien en disputa que los costos en el juicio, provocando así una ganancia social al descongestionar el sistema de justicia penal.

Es evidente que no todo conflicto se puede tratar por la vía de la conciliación, pues en principio esta existe en delitos perseguibles por querrela de la parte ofendida, pero sin que tenga la promoción y efectividad que ahora se busca con este trabajo; aunque no debe descartarse que podría realizarse una previa selección y estipulación de conflictos con posibilidad de transitar por esta vía.

⁵ Elías Neuman, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Argentina, De Palma, 1997, p. 30.

Hay que reiterar que la situación actual de congestión de procesos en la vía judicial, y la ineficacia que se reprocha al sistema judicial, puede solucionarse o en gran parte aliviarse, si la sociedad tiene conocimiento y toma conciencia de la efectividad que se demuestre con este medio alternativo de solución de conflictos llamado conciliación.

II. LA CONCILIACIÓN COMO RECOMPOSICIÓN SOCIAL

Es obligado decir que el ciudadano siente que el derecho penal se encuentra más interesado en el delito y en el infractor, relegando a la víctima. Nuestro actual sistema procesal penal no posibilita que cada parte asuma su verdadero papel protagónico en los conflictos que los aquejan; es válido decir que en muchas ocasiones la víctima del delito quiere que se le reconozca como tal, muchas veces sin esperar la reparación de daño; en ocasiones lo único que busca es que el infractor reconozca el daño que le ha hecho, por lo que no cabe duda que la conciliación como un medio alternativo de solución de conflictos puede llevar a recomponer las relaciones deterioradas por la comisión de un hecho delictivo.

Cabe aclarar que no se pretende con ello que el derecho penal se privatice dejándolo sólo en manos de las partes en conflicto, claro que no, lo que se busca es que se personalice en los casos en que el conflicto no trascienda de manera grave a la sociedad; por ello, insisto en la necesidad de un verdadero procedimiento de conciliación en averiguación previa.

Es indiscutible que la difusión y aplicación orientada de la conciliación por personal capacitado, traerá como consecuencia desterrar poco a poco de la sociedad la subcultura del litigio para abrir paso a una cultura de paz, que ponga de manifiesto la capacidad que tenemos de resolver nuestras diferencias a través de procedimientos de autocomposición.

La justicia restaurativa tiene como finalidad principal restablecer la paz social; pero durante el proceso de restauración de las relaciones sociales, violentadas por el hecho delictivo, cobra relevancia la participación de la víctima u ofendido, el inculpaado y la comunidad en la solución del conflicto penal.

Esta clase de justicia parte de la premisa de que el hecho reprobable no sólo causa daños a la víctima u ofendido, también la colectividad se ve afectada; pues reciente un grado de inseguridad y desconfianza en el funcionamiento del ordenamiento jurídico, e incluso, el victimario sufre las consecuencias de su actuar.

Así, el apartarse del sistema punitivo tradicional, va más allá de la simple reparación económica en favor de quien resintió el daño provocado por el ilícito; pues trata de establecer una corriente interdisciplinaria que encare el conflicto, centralizando sus esfuerzos en la reacción posdelictual de la víctima u ofendido con el fin de explorar soluciones alternas. Eso resulta sumamente pedagógico para las partes contendientes, pues al enfrentar al imputado directamente con su conducta y las repercusiones inmediatas de esta en la víctima u ofendido, generan un proceso de diálogo que puede desembocar en la conciliación de las partes. Este hecho implicaría la plena satisfacción de la víctima u ofendido por la reparación del daño obtenida, circunstancia que mitiga el mal causado por el delito. También, se logra la resocialización del delincuente al eximirlo de las consecuencias nocivas y socialmente discriminatorias de la prisión, gracias al compromiso que asume con su contraparte, por lo que se propicia que pueda ser nuevamente aceptado por la sociedad.

Con la justicia restaurativa la víctima tiene la oportunidad de encararse con el infractor y manifestarle directamente cómo su actuar le ha afectado en su vida; lo cual produce un gran impacto psicológico en el inculpado al enfrentar de manera directa la magnitud de sus actos respecto de la víctima y no sólo de manera escrita –como ocurre en nuestro actual sistema penal. Además, el impacto psicológico resulta aún más relevante cuando el infractor, por medio del diálogo, toma conciencia de la manera en que repercutió el acto delictivo en su núcleo familiar y seres queridos, así como en la comunidad, en la familia de la víctima y cómo le afectó a él, y una vez que acepta la responsabilidad de su actuar, resulta poco probable la reincidencia delictiva.

La justicia restaurativa es un proceso donde las partes involucradas resuelven, de manera colegiada, cómo tratar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro, estimulando la capacidad del colectivo para resolver sus conflictos a través del diálogo pacífico, y generando en la comunidad un ambiente de civilidad, en donde cada persona asuma la plena responsabilidad de sus actos; lo cual incrementa la satisfacción de la víctima

y reduce el índice de criminalidad. Uno de los medios para establecer esta forma de justicia es, sin duda, la mediación como instrumento para arribar a la conciliación de los intereses en disputa.

No obstante las ventajas que conlleva este sistema de justicia, es obvio que nunca será la panacea para resolver el alto índice de criminalidad, pues esto depende de múltiples factores; sin embargo, por el momento, es la mejor alternativa para la procuración de justicia en delitos no graves.

La justicia restaurativa no es una opción fácil de implementar o aplicar, pues resulta muy difícil que el infractor quiera enfrentarse con el verdadero impacto de su ilícito o que la víctima u ofendido desee tener contacto nuevamente con el inculpado; pero es aquí donde el mediador debe jugar un papel importante, pues es este quien hará saber al ofensor las consecuencias de su conducta, y a través de la mediación, deberá encontrar la solución al conflicto y la recomposición social, pues “el punto nodal del sistema es la conciliación. Las partes proceden como a su real voluntad, pero entre ellos es necesaria la presencia de un mediador que asista y ayude, que no los intimide ni haga valer el peso de su autoridad.”⁶

Debemos reflexionar, como nos dice Andrea Fabiana Raña, en que si bien la sociedad busca el cumplimiento de la pena, maximizar castigos; la víctima se queda con sentimiento de insatisfacción. El castigo no es la sanción única, porque no restaura las pérdidas ni cierra las heridas, no satisface intereses ni necesidades, no responde a interrogantes, no ofrece disculpas, no desaparece el dolor ni los traumas; estas son las grandes diferencias entre una justicia retribucionista y una justicia restauradora.⁷

“El abandono que siente la víctima en el proceso penal, le crea nuevos daños, y lo que es más peligroso, incrementa su sentido de venganza, su necesidad de una justicia individual.”⁸

La conciliación es uno de los medios jurídicos idóneos para promover la concordia social.⁹ La nueva concepción de justicia penal va orientada a impulsar y a lograr la justicia

6 *Ibid.*, p. 64.

7 Andrea Fabiana Raña, *La mediación*, op. cit., p. 67.

8 Esther Giménez-Salinas I Colomer, *La mediación penal*, Catalunya España, Ydea, 1999, p. 74.

9 Piero Calamandrei, *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 2000, 1a. serie, vol. 2, pp. 29-30.

restaurativa, entendida como un conjunto de valores y creencias acerca de lo que en nuestro tiempo debe significar la justicia, ya que los delitos dañan tanto a las personas como a las relaciones sociales, y la justicia exige que el daño se repare tanto como sea posible, por lo tanto, la justicia restaurativa no se aplica porque sea merecida, sino porque es necesaria, ello se logra, de manera ideal, mediante un proceso operativo que involucre a todas las partes primarias interesadas en la mejor manera de reparar el daño ocasionado. En esta nueva visión; esta nueva forma de procuración de la justicia penal, el Estado se convierte en un facilitador en la solución de los conflictos.

En conclusión, podemos referir que la conciliación es un medio idóneo para lograr economía en los costos judiciales y la recomposición social.

Con lo aquí referido se pretende generar inquietud e interés en todos aquellos estudiosos de la ciencia jurídica, a fin de que el análisis y reflexión que de común realizan, se dirija al nuevo proceso penal, logrando con ello su desarrollo y enriquecimiento, en aras de una mejor praxis, contribuyendo a su tan esperado fortalecimiento.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, UNAM, 1991.
- Alfredo Gozaíni, Osvaldo, *Formas alternativas para resolución de conflictos*, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1995.
- Armenta, Deu Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad*, Barcelona, España, Promociones y Publicaciones Universitarias, pro. Claus Rocín, 1991 (Colección el Sistema Penal).
- Bianchi, Roberto A., *Mediación prejudicial y conciliación*, Buenos Aires, Argentina, Zavalia, cap. 5, redactado Gisela Kotliar, 1996.
- Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, Buenos Aires, Argentina, Bibliográfica Argentina, trad. Santiago Sentis Melendo, 1961.
- Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, trad. Héctor Fix Fierro, 1993.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 1a. serie, 2000, vol. 5.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 20a. ed., 1999.
- Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho procesal civil*, México, Oxford University Press, 2001, vol. I.

- Fabiana Raña, Andrea, *La mediación y el derecho penal*, Buenos Aires, Argentina, Fabián J. Di Plácido Editor, 2001.
- Flores, Benito, *La conciliación y su desarrollo en el derecho internacional contemporáneo*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 1936.
- Folberg, Jay y Alison Taylor, *Mediación. "Resolución de conflictos sin litigio"*, México, Limusa, 1a. reimpr., 1996.
- Giménez-Salinas I Colomer, Esther, *La mediación penal*, Catalunya, España, Ydea, 1999.
- Lascala, Jorge Hugo, *Aspectos prácticos en mediación*, Buenos Aires, Argentina, Abeledo-Perrot, 1999.
- Neuman, Elías, *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1997.
- Pérez Sanzberro, Guadalupe, *Reparación y conciliación en el sistema penal*, Granada, Comares, 1999.
- Ramírez González, Rodrigo, *La victimología. "Estudio de la víctima del delito su función en la prevención y control de la criminalidad"*, Bogotá, Temis, 1983.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO

DR. GERARDO GARCÍA SILVA¹

¹ Doctor y maestro en Derecho por la UNAM, maestro en Ciencias Penales con especialización en Ciencia Jurídico Penal por el INACIPE, miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SN) del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), nivel I, capacitador certificado en razón de sus méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), director académico del Instituto Mexicano del Juicio Oral, S. C. (IMEJO), profesor investigador invitado por el INACIPE.



Sumario: Introducción. i. Consideración doctrinal sobre los medios de impugnación. ii. La lógica de los medios de impugnación en el sistema acusatorio. iii. El Recurso de revocación. iv. Aclaración de resoluciones. v. Inconformidad vi. El Recurso de apelación. vii. El recurso de casación. viii. El Recurso de revisión. ix. Consideraciones sobre el amparo en el nuevo sistema de justicia penal. x. Cuadro comparativo del sistema de medios de impugnación en algunos Códigos de Procedimientos Penales de corte acusatorio.

INTRODUCCIÓN

Sin duda, uno de los temas que más interés suscitan en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, adversarial y oral, es el de los medios de impugnación. El derecho a los medios de impugnación no es nuevo, y se basa en la idea de revertir una decisión que causa una afectación a alguna de las partes, y a la vez permitir que esa decisión sea cambiada en aras de un sentido incluyente de justicia y no sólo de mera legalidad.

Por lo tanto, conocer cómo se contempla la implementación del sistema de medios de impugnación en el nuevo sistema de justicia penal, se vuelve fundamental y obligado, para contar con una visión completa del sistema, a la vez que garantiza la posibilidad de que las partes hagan valer plenamente sus derechos, ya sea dentro o más allá del proceso penal.

I. CONSIDERACIÓN DOCTRINAL SOBRE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN.

Uno de los aspectos más interesantes que plantea el establecimiento del sistema procesal penal de corte acusatorio, adversarial y oral, es el de los medios de impugnación. De hecho, en general, el sistema de medios de impugnación, bajo cualquier signo procesal, es un tema complejo y de difícil comprensión, por lo que resulta de gran importancia poder generar algunas ideas que ayuden a clarificar los aspectos más importantes que contempla el sistema procesal que mandata la reforma constitucional de 18 de junio de 2008.

El primer aspecto que consideramos importante establecer es la propia denominación del sistema. En este sentido vale la pena mencionar que el concepto de “medios de impugnación” tiene diversos significados doctrinales como lo ha señalado Carlos Natarén Nandayapa, a su vez citando a Hernando Devis Echandía, quien los define como: “todo medio de ataque a un acto procesal o a un conjunto de ellos, inclusive a todo un proceso, sea en el curso del mismo o por otro posterior”.²

² Carlos F. Natarén Nandayapa y Beatriz Ramírez Saavedra, *Litigación oral y práctica forense penal*, México, Oxford University Press, 2009, pp. 19, 20 (Colección Textos Jurídicos Universitarios).

Sin embargo, la idea de denominarlos de esa forma busca facilitar su entendimiento como instrumentos de defensa de la legalidad del proceso, en lo general, así como de derechos específicos que resulten violatorios en su transcurso.

Por lo tanto, debemos entender que los medios de impugnación resultan de la posibilidad de recurrir o impugnar alguna decisión judicial que cause afectación a los derechos o intereses de las partes en un proceso penal. Así lo señala Natarén Nandayapa:

El punto de partida de todo recurso es la existencia de una decisión del juez que afecta a una de las partes, ya sea por ocasionar un perjuicio o por violentar un derecho del procesado o que a juicio del MP se vulnere la legalidad. Para interponer un recurso basta que un ciudadano sujeto a proceso considere que una decisión del juez afecta negativamente sus intereses. Los supuestos más comunes pueden generalizarse en violaciones a los derechos siguientes:

- *De la garantía de legalidad.*
- *De estricta fundamentación y motivación de toda resolución de autoridad.*
- *A la defensa, en tanto no se valore debidamente una prueba.*
- *A la audiencia o a la contradicción, por no tener respeto por las formalidades procesales³*

Respecto de la naturaleza jurídica de los medios de impugnación podemos señalar, siguiendo las ideas de Alejandro Carlos Espinoza que:

Acorde con el pensamiento de Cipriano Gómez Lara, en el actualmente clásico referente “Teoría General del Proceso” Todo recurso es, en realidad, un medio de impugnación; por el contrario, existen diversos medios de impugnación que no son recursos, esto significa que el medio de impugnación es el

³ *Ibid.*

género y el recurso es la especie. El recurso técnicamente, es un medio de impugnación intraprocesal, en el sentido de que vive y se da dentro del seno mismo del proceso ya sea como un reexamen parcial de ciertas cuestiones, o como una segunda etapa, segunda instancia dentro del proceso mismo. Por el contrario, pueden existir medios de impugnación extra o meta procesales, entendiendo esto en el sentido de que no están dentro del proceso primario, ni forman parte de él; estos medios de impugnación pueden ser considerados frecuentemente a que dan lugar a nuevos procesos⁴.

Así pues, llegamos a la consideración de que la doctrina hace una distinción entre los medios de impugnación y los recursos; estableciendo dentro del género a los primeros –medios de impugnación–, y a los segundos –recursos– como la especie.

Sin duda, en el ámbito penal, se hace patente la importancia del establecimiento de un sistema de recursos que permita a las partes combatir las resoluciones judiciales que les afectan, y así evitar vicios y errores en ellas, o bien, minimice la posibilidad de una resolución injusta, tal y como lo señala Hesbert Benavente Chorrés:

En el ámbito penal el principio de inmutabilidad o invariabilidad de las resoluciones judiciales es objeto de algunas consideraciones especiales, tanto en razón de la materia, por su especial naturaleza, como por las distintas convenciones internacionales en materia penal y en general en materia de derechos humanos. Aunque desde hace tiempo se reconoce el fundamento de los recursos en el reconocimiento de la falibilidad humana, se enmarca modernamente por la jurisprudencia al derecho al recurso judicial dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, tutela que se violenta al cerrarse al ciudadano la posibilidad de interponer un recurso rodeándolo de obstáculos indebidos o desproporcionados; también en dicho ámbito penal, a raíz de la suscripción y aplicación del Pacto de San José de Costa Rica, el legislador ha dado a los recursos un contenido de Derecho Fundamental.⁵

4 Alejandro Carlos Espinosa, "Los recursos procedimentales ante el Supremo Tribunal Militar", *Criminogénesis, Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*, núm. 1, México, 2006, pp. 213, 219, 221, 222, 223.

5 Hesbert Benavente Chorrés, *Los recursos impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2010, p. 2.

Siguiendo al propio Benavente Chorres en sus ideas respecto de la importancia de los medios de impugnación, hacemos propias sus conclusiones al señalar que: “cuando en un sistema judicial no existen medios de impugnación por carecerse de las normas que posibiliten el examen de las resoluciones por Tribunales superiores, se estarán negando las garantías de la tutela efectiva y del libre acceso a los Tribunales”.⁶

Así concluimos este apartado, reiterando la importancia que tiene para todo el sistema de justicia que se precie de ser democrático, el asegurar los medios para combatir aquellas resoluciones que, desde su perspectiva, les causa algún menoscabo y que cuenten con los medios a su alcance para revertir esa decisión. De esa forma se estará garantizando a los gobernados un efectivo derecho de defensa y por consiguiente, un debido proceso.

II. LA LÓGICA DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN EL SISTEMA ACUSATORIO.

El primer aspecto a subrayar es la ubicación del sistema de medios de impugnación en el sistema acusatorio. De acuerdo con las consideraciones realizadas en el párrafo anterior, podemos ubicar a estos como una segunda etapa dentro de la estructura del sistema procesal penal que mandata el artículo 20 constitucional. De esta forma se entiende que los medios de impugnación garantizan, en general, el derecho de las partes a acudir a una segunda instancia para combatir aquellas resoluciones judiciales que consideren que les causan algún perjuicio.

Es así que el artículo 164 del proyecto del Código Federal de Procedimientos Penales ubica a los medios de impugnación de la siguiente manera:

El procedimiento comprende las siguientes etapas:

- i. La de investigación inicial, que abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes;

⁶ *Ibid.*, p. 4.

- ii. La del proceso, que comprende las siguientes fases:
 - a) La de control previo, que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control, hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso;
 - b) La de investigación formalizada, que comprenderá desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación;
 - c) La intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral, y
 - d) La de juicio oral, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso.
- iii. La segunda instancia, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los medios de impugnación⁷.

De esta forma, resulta de gran importancia entender el rol que juegan los medios de impugnación en la lógica del nuevo proceso penal acusatorio. En ese sentido, Alberto Nava Garcés hace las siguientes consideraciones:

[...] Temas en particular novedosos, serán, entre otros, el relativo a quién comparecerá ante el tribunal de apelación y lo que respecta a la suplencia de agravios, pues en el primer caso será interesante que ya sea el agente del Ministerio Público adscrito al juzgado o el defensor de oficio designado en la primera instancia quienes no sólo interpongan el recurso sino también, de acuerdo con el debido proceso, esgriman sus agravios en la siguiente instancia.

⁷ Es necesario precisar que a la fecha de elaboración de este artículo (junio de 2012), el proyecto en comento aún no ha sido aprobado por el Congreso de la Unión, sin embargo se cita como una muestra de la importancia y consideración que tiene el tema del sistema acusatorio en general desde la perspectiva federal y en particular, el tema que nos ocupa en este trabajo.

El mismo Nava Garcés cita la exposición de motivos del código modelo de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia (CONATRIJ), en la parte conducente a los medios de impugnación, que exponen lo siguiente:

Una de las características esenciales del sistema acusatorio es la limitación de los medios de impugnación, especialmente contra la sentencia, ya que se trata de revalorar y fortalecer la postura del juez de primera instancia. No obstante lo anterior, el código modelo permite, en las etapas de investigación intermedia o de preparación a juicio los recursos de apelación y revocación, y con la emisión de la sentencia se produce el derecho de impugnar, mediante los recursos de casación y revisión.

Los recursos se interponen con el fin de modificar una resolución del juzgador en la que se considera se ha vulnerado principalmente la legalidad. A partir de esa premisa podemos presumir los errores, o bien, las injusticias, pero el referente necesario para interponer el recurso que corresponda es el desapego al Derecho⁸.

Asimismo señala que, para que el medio de impugnación pueda ser presentado y eventualmente sea resuelto, es necesario que este cumpla con determinados requisitos, a saber:

- 1.- El recurso debe encontrarse establecido en la ley. No hay recurso sin ley.
- 2.- La misma ley debe reconocerlo como procedente en contra de la resolución que se impugna, lo que en la práctica se traduce en que el interesado conozca con claridad cuál es el recurso que corresponde al acto impugnado.
- 3.- La parte que lo utiliza necesita estar interesada, es decir, poseer un derecho afectado o afectable por la resolución recurrible. No puede existir la vulneración de esferas jurídicas ajenas a la decisión que se impugna.

⁸ Alberto Enrique Nava Garcés, "Los recursos ordinarios del nuevo sistema de justicia penal", *Derecho Penal Mínimo. Revista de análisis jurídico penal*, Radbruk E&A, núm. 4, 2010, México, pp. 234, 235.

- 4.- Precisa que el recurso se interponga en tiempo y forma. De acuerdo con su naturaleza, todo recurso debe establecer con claridad la forma en que deberá ser presentado, ante qué autoridad y qué tiempo se tiene para la referida interposición.
- 5.- Que se motive o que se puntualice con toda exactitud el agravio que causa la resolución impuesta. Esta obligación incumbe a quien interpone el recurso.⁹

Otro aspecto que vale la pena destacar es la dinámica de interposición de los medios de impugnación, puesto que, en el contexto del sistema acusatorio, se modifica la forma en que esto sucede, situación que reafirma la propia exposición de motivos del código de la CONATRIIB al señalar que: “[...] estos recursos tienen una lógica de tramitación y de causales distinta al sistema inquisitivo”:

Los medios de impugnación en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio tienen denominaciones similares, pero varían en su dinámica, lo que debe tomarse en cuenta, pues para el caso de aquéllos que se interponen dentro del juicio oral, la vertiginosidad de la audiencia imprime la necesidad de ser interpuestos de manera inmediata. De confinarse el debate sin mediar recurso, éste ya no podrá ser promovido ni señalado como vicio del procedimiento.

En este contexto debemos señalar que habrá (y ya los hay en las distintas entidades donde está adoptado el sistema acusatorio) resolución de recursos dentro de la misma audiencia, primordialmente el de revocación.¹⁰

De lo anterior se desprende la importancia que reviste para el sistema procesal penal acusatorio el establecimiento de un sistema general de medios de impugnación, que permita a las partes combatir aquellas resoluciones judiciales que les causen algún agravio, a la vez que permitan la agilidad y rapidez del proceso, reafirmando la importancia que revisten las decisiones judiciales en primera instancia, tal y como lo expone Rafael Macedo de la Concha:

9 *Ibid.*, pp. 237, 238.

10 *Ibid.*, pp. 239 y 240.

Lógico es que, en todo ordenamiento procesal se debe respetar el principio general de impugnación, es decir, la facultad que tienen las partes para combatir las resoluciones de los tribunales, si estas son incorrectas, ilegales, equivocadas, irregulares o pronunciadas sin apego a derecho.

Una de las características esenciales del sistema acusatorio es la limitación de los medios de impugnación, especialmente contra la sentencia, ya que se trata de revalorar y fortalecer la postura del juez de Primera instancia.

En las etapas de investigación e intermedia o de preparación a juicio existen recursos de apelación y revocación; y con la emisión de la sentencia se produce el derecho de impugnar, mediante los recursos de casación y revisión.¹¹

Por lo que toca al sistema de recursos desde la perspectiva federal, la exposición de motivos del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales hace las siguientes consideraciones sobre la manera en que el dispositivo adjetivo los incorpora:

Se modifica el criterio tomado en el vigente código procesal para dar oportunidad a víctimas u ofendidos de impugnar las resoluciones judiciales, particularmente las concernientes a la reparación del daño.

El proyecto establece, como corresponde a un código procesal, un sistema de medios de impugnación, contemplando los recursos de queja, revocación, apelación y revisión, como instrumentos de las partes en el proceso, para impugnar las resoluciones judiciales que les causen agravios, a efecto de que sean revisadas por la propia autoridad que las dicte o por otra de mayor jerarquía y en caso de procedencia sean revocadas o modificadas.

La revisión de actuaciones o diligencias que afectan a las partes constituye un remedio necesario para la legítima protección de sus intereses y conlleva

11 Rafael Macedo de la Concha, *Una propuesta de vanguardia. Código Único de Procedimientos Penales Federal, cap. v de los recursos e incidentes diversos*, COVDH, México, 2011, pp. 185 y 186.

una dinámica especial que se traduce en procedimientos amparados por la garantía de legalidad para obtener las reparaciones necesarias a posibles derechos violados en resoluciones iniciales de la autoridad o en primera instancia.

Para dar certidumbre a los medios de impugnación previstos en la iniciativa de código adjetivo, se tomó en consideración lo previsto por el artículo 8, numeral 1, inciso h de la Convención Interamericana de los Derechos Humanos, referente al derecho inherente a toda persona de recurrir un fallo ante juez o tribunal superior, para reencausar el concepto del debido proceso, extendiéndose la previsión de dichos recursos a todas las etapas del procedimiento penal.

La doctrina procesal penal recoge el sistema de la doble instancia, que tiene por objetivo reexaminar las resoluciones de primera instancia con los posibles efectos de confirmarlas, modificarlas o revocarlas, inclusive nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 23 prevé una tercera instancia, excepcional, que es resuelta por tribunales constitucionales de distinto orden o jerarquía.

De acuerdo con diversos criterios sustentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el recurso de apelación pretende atender determinados extremos de las sentencias, relacionados con la pulcritud del proceso o de la sentencia misma, pero también protege los derechos humanos, entre ellos, el derecho a no ser condenado si no se demuestra de forma suficiente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto. Por tanto, los recursos planteados ante tribunales de mayor jerarquía deben estar previstos de tal manera que permita entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de estas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, de acuerdo con los agravios expresados, inclusive en aspectos tales como la individualización de las penas o medidas de

seguridad que resulten procedentes, de acuerdo con la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente, atenuantes, agravantes y todos aquellos factores que concurren al momento del ejercicio de la facultad judicial de individualización de sanciones.

La satisfacción de las necesidades aquí aludidas no se logra con recursos de espectro reducido o de alcances limitados y mucho menos cuando se prescinde de un sistema de recursos. Para que esta satisfacción sea plena, con inclusión del respeto a los derechos inherentes a la defensa del imputado y una justicia por encima de restricciones técnicas, se plantea que en los recursos de apelación, particularmente el interpuesto contra la emisión de una sentencia definitiva, el superior del tribunal emisor cuente con los registros en audio y video de todas las audiencias involucradas en la impugnación para que valore lo sucedido en ellas, y motive su resolución de segunda instancia encaminando su actividad a examinar posibles errores de fondo, o de procedimiento de la resolución impugnada, con los tradicionales efectos de condición devolutiva o suspensiva, atendiendo a la naturaleza del acto impugnado.

Es así que el sistema procesal acusatorio, que deriva de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, da la pauta para establecer el sistema de medios de impugnación de la siguiente forma:

- a) Revocación: procede contra las determinaciones formales del juez de control, y es la misma autoridad quien resuelve.
- b) Aclaratoria: tiene como función hacer precisiones de una resolución sin cambiar el sentido de la misma, ya sea con el juez de control o tribunal oral. La misma autoridad que emite la resolución resuelve.
- c) Inconformidad: procede contra todas aquellas determinaciones del Ministerio Público en el desarrollo de la investigación.

- d) Apelación: procede contra las resoluciones pronunciadas por el juez de control en las fases preliminar o intermedia, o en los procedimientos especiales.
- e) Casación: procede contra la resolución del tribunal oral, ya sea para nulificar una sentencia, o para nulificar todo el juicio oral.
- f) Nulidad: Procede contra las determinaciones del tribunal oral para nulificar sentencia, juicio oral en su totalidad, o en una parte.
- g) Revisión: tiene una doble naturaleza, ya sea como recurso extraordinario o como acción de impugnación, y procede por reconocimiento de inocencia o por aplicación de ley más benéfica.

Así, se entiende que los medios de impugnación, en la lógica del nuevo sistema acusatorio, constituyen un nuevo examen de la resolución planteada, ya sea en cuanto al fondo, o a la forma, lo anterior será consecuencia de que la parte afectada estime que dicho acto de la autoridad no se apega a los hechos, o este sea contrario a una disposición de derecho.

Derivado de lo anterior, podemos decir que los medios de impugnación comprenden las siguientes características:

- a) Es un nuevo examen.
- b) Se analiza el fondo o la forma de la resolución.
- c) La resolución puede tener diversas naturalezas.
- d) La resolución no se apega a los hechos.
- e) La resolución es contraria a derecho.

De lo expuesto, igualmente derivan presupuestos objetivos y subjetivos necesarios para hacer valer los medios de impugnación.

Los presupuestos objetivos son:

- a) Que la resolución sea impugnabile.
- b) La debida fundamentación del agravio.
- c) Tipificación legal (motivación).

Por lo que respecta a los presupuestos subjetivos encontramos:

- a) Agravio o interés.
- b) Legitimación.
- c) Competencia.
- d) Recaudos de forma y tiempo.

Si bien hemos señalado que el punto de arranque o de inicio del recurso es una resolución, vale la pena hacer algunas consideraciones respecto de aquellas resoluciones que pueden ser impugnables, y que los diversos códigos procesales establecen, a saber:

- a) Decretos: resuelven cuestiones de mero trámite.
- b) Autos: cuestiones de fondo o forma que afectarán la continuidad del proceso.
- c) Sentencias: interlocutorias¹² y definitivas.

¹² Vale la pena señalar que en el sistema penal acusatorio no existen los incidentes procesales, por tanto, no existirán las sentencias interlocutorias.

En cuanto a los aspectos por los cuales podría impugnarse alguna resolución judicial, podemos señalar las siguientes causas:

- a) Porque la autoridad inobservó alguna disposición legal.
- b) Porque la autoridad aplicó de manera insuficiente el precepto legal.
- c) Porque la resolución es contraria a lo previsto por la ley.

Asimismo, los aspectos específicos que darían motivo para la impugnación serían los siguientes:

- a) La autoridad valoró hechos impertinentes en la resolución.
- b) La autoridad no ubicó hechos no controvertidos, y no los aclaró.
- c) La autoridad no encuadró la mecánica de hechos con la hipótesis de derecho o con las pretensiones planteadas.¹³

Relacionado con los puntos anteriores, resulta fundamental que la parte que presente el medio de impugnación establezca claramente en qué consiste el agravio que le depara la resolución impugnada, misma que deberá estructurarse de la siguiente manera.

- a) Extractando la parte en concreto de la resolución impugnada.
- b) Realizando el análisis de la parte o extracto concreto de la resolución que le causa el agravio.
- c) Presentando los argumentos que contrarrestan a la parte o extracto de la resolución.

¹³ Cuando la parte que ha interpuesto algún medio de impugnación, ha realizado una correcta tipificación legal, la autoridad tendrá clara la mecánica de hechos para determinar si las pretensiones son congruentes o autónomas del derecho material.

- d) Señalando los preceptos legales inaplicados, aplicados de manera insuficiente, o aplicación incorrecta.

Sin duda un requisito fundamental para la interposición de alguno de los medios de impugnación que el sistema procesal penal establece es la legitimación. Ya que es un requisito *sine qua non*, para que una parte procesal pueda impugnar la resolución, esta debe tener reconocida su personalidad en la ley procesal y en las actuaciones.

El artículo 20 constitucional, en su apartado "C", establece que la víctima u ofendido podrá constituirse como acusador coadyuvante desde el acuerdo de inicio de la carpeta de investigación, hasta antes de la contestación del escrito de acusación en la fase intermedia. De no constituirse como acusador coadyuvante, no tendrá derecho a recurrir, ni tendrá intervención activa como parte procesal en audiencia de juicio oral.

En cuanto a los efectos que pueden derivar de la interposición del medio de impugnación dentro del proceso, podemos encontrar los siguientes:

Los medios de impugnación podrán ser uniinstanciales o biinstanciales. Serán uniinstanciales cuando la misma autoridad que pronunció la resolución es la que conocerá de la impugnación. Serán biinstanciales cuando una autoridad diversa sea la que conozca del medio de impugnación. En ese caso será una autoridad alternativa, o en su caso, el superior jerárquico de quien emitió la resolución.

Por cuanto hace a las etapas procesales de los recursos, encontramos que pueden ser establecidas de la siguiente forma:

- a) Interposición: el recurso se debe presentar en tiempo y forma ante la autoridad que la ley procesal faculte.
- b) Admisión: tiene dos bloques de tiempo, el primero ante el tribunal *a quo* quien verifica que el recurso cumple con las formalidades procesales; el segundo ante el *ad quem*, quien radica la causa y asigna un número de toca.

- c) Fundamentación: es la expresión de agravios, la cual se puede hacer desde el mismo momento de la interposición, o en la audiencia de vistas.
- d) Sustanciación: son los pasos que exige la ley procesal para continuar con las actuaciones ante el tribunal *ad quem*.
- e) Resolución: se decreta el cierre de la segunda instancia.

Asimismo, es importante especificar que se pueden dar casos en que los recursos procesales pueden concluir de forma anticipada por las siguientes causas:

- a) Desechamiento: el recurso no se da trámite porque no se cumplen con las formalidades exigidas por la ley procesal.
- b) Desistimiento: la parte impugnante decide no continuar con la sustanciación del recurso.
- c) Deserción: se da por inactividad procesal, una vez interpuesto el recurso.
- d) Negación: el recurso se queda sin materia de la *litis*.

III. EL RECURSO DE REVOCACIÓN.

Sobre este recurso el código modelo de la CONATrib señala que, “procede contra las resoluciones que resuelvan sin sustanciación un trámite del proceso, a fin de que el mismo juzgador que los dictó examine nuevamente la cuestión y pronuncie la resolución que corresponda. Como regla general, este recurso se deducirá oralmente en las audiencias y, en su defecto, por escrito, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución”.

Para Julio Hernández Pliego “la revocación es un recurso ordinario que otorga la ley contra autos que no admitan expresamente la apelación, cuya resolución corresponde al propio tribunal que los haya dictado. No podrá interponerse contra sentencia”.¹⁴

En cuanto a su procedencia, la revocación puede ser interpuesta en contra de cuestiones de mero trámite, pronunciados por el juez de Control.

- *Cuando el juez se equivocó en el nombre de las partes procesales.*
- *Actuación formal que no ha sido solicitada por las partes.*
- *Cuando omite pronunciarse respecto de alguna petición formal de las partes.*
- *Cuando declara abierta otra audiencia, en tanto no se ha cerrado la anterior.*

La revocación se puede interponer en la misma audiencia, o dentro de los siguientes tres días. Lo recomendable es que este tipo de recursos se sustancien en la misma audiencia o en la audiencia siguiente, a efecto de no violar el principio de continuidad procesal.

IV. ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES.

Este recurso, también conocido como aclaración de resolución, puede sustanciarse en contra de determinaciones del juez de control. Lo anterior tiene su sustento en lo dispuesto por el artículo 17 constitucional, que prescribe que: “las sentencias deberán ser explicadas en audiencia pública, a efecto de que las partes procesales entiendan de manera clara el sentido de la resolución judicial”.

En etapas previas al juicio oral, se refiere a la posibilidad de que el juez de control aclare o explique el contenido de sus resoluciones en los siguientes supuestos:

¹⁴ Alejandro Carlos Espinosa, “Los recursos”, op. cit., pp. 227 y 229.

- a) Proceso abreviado.
- b) Acción penal privada.
- c) Sobreseimiento.

Es decir, la idea de la aclaración es contar con una explicación clara de la resolución que se ha emitido por el juzgador, y que este pueda hacer del conocimiento de las partes, de manera clara, el contenido e implicaciones de la misma.

V. INCONFORMIDAD

Esta procede en contra de actos, determinaciones u omisiones del Ministerio Público durante la investigación. Recordemos que la investigación ministerial inicia con la *Notitia Criminis*, y concluye con la formulación de la acusación durante la etapa intermedia. Es así que esta investigación se desarrolla desde una doble perspectiva:

- a) Como una investigación no judicializada, la cual inicia con la noticia criminal y concluye con la solicitud para la formulación de la imputación.
- b) Como una investigación judicializada, que inicia con la vinculación a proceso y concluye con la formulación de la acusación.

De esta forma, cuando el Ministerio Público realice un acto, tome una determinación, o cometa alguna omisión durante la fase de investigación no judicializada, procederá la interposición del recurso de inconformidad administrativa, del cual conocerá su superior jerárquico (procurador).

Cuando el acto, determinación u omisión por parte del Ministerio Público se realice durante la fase judicializada de la investigación, procederá el recurso de inconformidad ante el juez de control.

Cuando el Ministerio Público haya solicitado alguna providencia precautoria o la práctica de alguna prueba anticipada durante la investigación no judicializada, el juez de control será quien conocerá el recurso de inconformidad.

Así pues, en la fase de investigación no judicializada o administrativa, podrá interponerse la inconformidad por las siguientes determinaciones del Ministerio Público:

- *Archivo definitivo.*
- *Archivo provisional.*
- *Criterios de oportunidad.*
- *Solicitud para la formulación de la imputación.*

Por lo que hace a las determinaciones que puede tomar el Ministerio Público durante la fase de la investigación judicializada, puede presentarse la inconformidad en los siguientes supuestos:

- *Sobreseimiento.*
- *Criterios de oportunidad.*
- *Procedimientos especiales.*
- *Suspensión del proceso a prueba.*
- *Formulación de la acusación.*

VI. EL RECURSO DE APELACIÓN.

Por lo que respecta a la apelación, tenemos que pueden darse dos significaciones etimológicas:

1. RECURSO.- Deriva del italiano "*ricorso-ricorsi*", cuyo significado es volver al camino andado o volver a tomar el curso.
2. APELAR.- Deriva del latín *ap pellare*, cuyo significado es invocar, y de la palabra *appellatio*, que significa llamamiento o reclamación.

Para Julio Hernández Pliego este recurso "es un recurso ordinario que otorga la ley contra las resoluciones que expresamente establece, tramitado y resuelto por el superior jerárquico de la autoridad que emitió la resolución recurrida, y cuyo objeto es examinar si en dicha resolución, no se aplicó la ley correspondiente o se aplicó ésta inexactamente; si se violaron los principios reguladores de la valoración de la prueba; si se alteraron los hechos; o no se fundó o motivó correctamente".

Para Jorge Alberto Silva "la apelación, que antiguamente fue designada como recurso de alzada, es un recurso ordinario a través del cual se reexamina una resolución dictada".

La apelación es un recurso, esto es, un medio de impugnación de la sentencia dirigido a eliminar la injusticia de esta mediante su reforma; y en ello se diferencia de la invalidación, cuya finalidad es hacer declarar la nulidad del acto atacado.

Para el jurista Díaz de León "La apelación es un recurso y este significa volver a tomar el curso, es decir, es un medio de impugnación concedido a las partes para atacar las resoluciones judiciales que les causen agravio, con el fin de que se haga un nuevo examen de la resolución impugnada, y se funda en la necesidad de corregir las providencias torcidas y de reparar el derecho violado".

Colín Sánchez: “El recurso de apelación o de alzada, es un medio de impugnación a través del cual el Agente del Ministerio Público, el procesado o sentenciado, o el ofendido, manifiestan su inconformidad con la resolución judicial que se les ha dado a conocer, originando con ello, que los integrantes de un Tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio, dicten una nueva resolución judicial confirmando, modificando o revocando aquélla que fue impugnada”.

El citado Recurso de Apelación en su esencia, lleva inmersa la finalidad de que en la Segunda Instancia se estudien los diversos aspectos señalados en los agravios, como todo perjuicio que sufre una persona por violaciones a la ley en una resolución judicial, bien sea por su falta de cumplimiento, indebida o inexacta observancia de actos o ausencia de forma o formalidades señaladas por el propio procedimiento, así como con el examen de la correcta aplicación de los principios reguladores de la valoración de las pruebas y del arbitrio judicial o de la posible alteración de los hechos advertida al análisis de la misma.¹⁵

La apelación produce dos efectos: el suspensivo y el devolutivo.

- a) Por virtud del efecto suspensivo de la apelación se suspende la ejecución de la sentencia apelada.
- b) Por efecto devolutivo se entiende la transmisión al tribunal superior del conocimiento de la causa apelada

La apelación procede contra todo acto u omisión del juez de control durante las fases preliminar o intermedia, o en los procedimientos especiales.¹⁶

¹⁵ *Ibid.*, p. 229.

¹⁶ Es importante señalar que en el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, la apelación procede en contra de las sentencias definitivas pronunciadas en primera instancia y no se contempla la casación.

El proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales hace una consideración diferente respecto del tratamiento de la apelación al realizar los siguientes razonamientos:

[...] Para alcanzar la aplicación cabal de los principios rectores del nuevo sistema, particularmente en las audiencias, la tramitación del recurso de apelación en segunda instancia presupone su interposición oral o escrita ante el mismo juez que dictó la resolución dentro de los cinco días siguientes contados a partir de que surtió efectos la notificación de auto y de diez días si se tratare de sentencia definitiva, emplazando a las partes involucradas en la primera instancia para salvaguardar su garantía de audiencia. En el proyecto se contempla el recurso de apelación adhesiva para cualquiera de las partes, dando lugar con ello a un análisis más completo e integral de las impugnaciones, a fin de que también en la substanciación de la apelación se logre el equilibrio entre las partes.

El recurso de apelación es procedente contra las resoluciones que concedan o nieguen la acumulación de las acusaciones, las que pongan fin al procedimiento, hagan imposible su prosecución o lo suspendan por más de treinta días, las que se pronunciaren sobre medidas cautelares, las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso, los autos que decidan sobre la vinculación a proceso del imputado, los que nieguen la orden de aprehensión o comparecencia.

Son apelables, las resoluciones denegatorias de medios de prueba; la negativa de abrir el procedimiento simplificado o abreviado o de acción penal por particular; las que nieguen la celebración de acuerdos reparatorios o no los ratifiquen, la sentencia definitiva dictada en cualquiera de los procedimientos de algunas de las formas de terminación anticipada del proceso como el simplificado o abreviado, previstos en este Código; las sentencias definitivas dictadas dentro del juicio oral; entre otras.

Así lo explica Fernando Córdova Del Valle, quien hace los siguientes razonamientos sobre las razones de mantener los efectos de la apelación para sentencias definitivas, y para no optar por la casación, como lo han hecho las entidades federativas hasta ahora en el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales:

A diferencia de otros códigos procesales, el proyecto plantea como medio de impugnación de las sentencias definitivas el recurso de apelación, mientras que los otros plantean el de casación, pues consideramos que ello no violenta los principios de contradicción, inmediación ni inmediatez, ya que la apelación es el recurso procedente contra resoluciones que no han causado estado mediante el cual el que se dice agraviado manifieste su inconformidad con la resolución judicial que se le ha dado a conocer, originando con ello que los integrantes de un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de lo que consideran agravio contenido en las audiencias orales videograbadas, dicten una nueva resolución judicial, confirmando, modificando o revocando aquella que fue impugnada. Su objetivo se encamina a examinar los errores de fondo o errores en el procedimiento planteados en la resolución impugnada, teniendo dos efectos previstos en el proyecto, de condición devolutiva o de condición suspensiva, atendiendo a la naturaleza jurídica del acto impugnado.¹⁷

Las resoluciones apelables son las siguientes:

1. Negativa de otorgamiento de providencia precautoria.
2. Contra la negativa u otorgamiento de prueba anticipada.
3. Auto que califica la legalidad de la detención.

¹⁷ Fernando Córdova del Valle, "Investigación. Primera fase procesal del Proceso Penal Acusatorio y Oral" en *El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio, desde la Perspectiva Constitucional*, Poder Judicial de la Federación, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Consejo de la Judicatura Federal, Secretaría Técnica Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, México, 2011, pp. 291 a 312. Dirección electrónica: <<http://www.cjf.gob.mx/Reformas/documentos/ElNuevoSistemadeJusticiaPenalAcusatorio.pdf>>

4. Auto que resuelve la medida cautelar.
5. Auto de vinculación a proceso.
6. Resolución que declara el sobreseimiento.
7. Auto que declara la apertura o negativa de proceso abreviado.
8. Auto que declara la apertura o negativa de la suspensión del proceso penal a prueba.
9. Resolución del proceso abreviado en tratándose de la individualización judicial de la penal.
10. Desechamiento de defensas y excepciones.
11. Desechamiento de pruebas.
12. Actos o determinaciones de la acción penal privada.
13. La sentencia definitiva en primera instancia (sólo en el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales).

El recurso de apelación tiene efectos devolutivos en tanto no exista cambio de situación jurídica. Asimismo, puede tener efectos acumulativos y extensivos. El efecto es acumulativo cuando se interponen varios recursos en una sola audiencia, y en la procedencia de uno de ellos, deja sin materia los demás.

Igualmente, el recurso de apelación tiene efectos extensivos, ello implica que si una de las partes ha promovido el recurso y este le beneficia, el efecto de dicha resolución se hará extensivo a los demás intervinientes. En el caso de coimputados, la apelación

será extensiva, siempre y cuando el pronunciamiento se refiera a la existencia del hecho delictuoso; dicha extensión no aplicará cuando se trate de la atribución de la conducta al sujeto, o en el caso de medidas cautelares.

Finalmente, la apelación, en su resolución, tiene los siguientes efectos procesales:

- *Confirmación.*
- *Revocación.*
- *Modificación.*
- *Reposición del procedimiento.*

VII. EL RECURSO DE CASACIÓN.

La multicitada exposición de motivos del código modelo de la CONATrib, señala respecto del recurso de casación lo siguiente:

Procede contra la sentencia y resoluciones de sobreseimiento dictadas por el Tribunal de Juicio Oral, siempre que no se haya observado un precepto legal o este haya sido aplicado erróneamente. En principio la casación sólo procede por lo que hace al derecho y no al elemento fáctico, sin embargo, en esta iniciativa se prevé la posibilidad de esa revisión cuando ella sea fundamental para el análisis del agravio planteado. Este carácter excepcional se debe a la necesidad de preservar, a la vez el principio de inmediación y el derecho referente a la posibilidad de recurrir el fallo ante un tribunal superior, y de que ello sea hecho de forma integral. Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos y esta iniciática se ajusta a ese criterio.

El código modelo propone dos efectos distintos de la casación dependiendo de si su interposición se debió a causales procesales, caso en el que se anulará el Juicio Oral y se ordenará la celebración de la audiencia o de la sentencia, en que el tribunal de casación podrá ordenar una resolución de reemplazo o la emisión de una nueva sentencia.

Al igual que en el resto de los casos, este recurso se desahogará oralmente cuando así lo estime conveniente el presidente del tribunal.

La casación procede en contra de la resolución del tribunal oral que pone fin al proceso ya sea por:

- a) Sentencia definitiva (absolutoria o condenatoria),
- b) Sobreseimiento.

La casación tiene los siguientes efectos:

1. Confirmación: la resolución queda firme.
2. Anular la resolución: el tribunal de casación le da plenitud de jurisdicción al tribunal oral para que se vuelva a pronunciar.
3. Anular el juicio oral: el tribunal de casación ordena la integración de un nuevo tribunal oral (con otros jueces que no hayan conocido del asunto), para que se vuelva a sustanciar el juicio oral.

La casación tiene como elemento principal valorar los posibles defectos procesales, ya sean sustanciales o formales, cometidos durante la primera instancia.

El tribunal de casación no va a realizar un estudio del fondo del asunto, en tanto hace al derecho material en contienda, por lo tanto vale la pena precisar que el tribunal de casación no va a cambiar el sentido de la resolución.

VIII. EL RECURSO DE REVISIÓN.

Este recurso genera varias consideraciones que vale la pena señalar. Por una parte la consideración de si se considera como un recurso extraordinario o excepcional, o bien, si se trata de una acción de impugnación autónoma que da lugar a un nuevo procedimiento.

En ese sentido Hesbert Benavente Chorres señala:

La revisión significa una derogación del principio preclusivo de la cosa juzgada y su existencia se presenta esencialmente como un imperativo de la justicia. Supone romper una lanza a favor de la justicia frente a la alternativa del valor seguridad proporcionado por el efecto, al menos aparente de cosa juzgada¹⁸.

Podemos señalar que el recurso de revisión viene a sustituir, o bien, tiene los efectos del reconocimiento de inocencia, que en el sistema mixto requería de un tratamiento diverso y un tanto complejo, y que ahora procederá en todo momento en contra de la sentencia firme, cuando los fundamentos de la sentencia se hayan modificado a consecuencia de otro fallo, o hayan sido declarados falsos en otro proceso, o basados en argumentaciones fraudulentas, o sean descubiertos nuevos medios de prueba que acrediten que el hecho no existió, o no lo cometió el imputado, o bien, por algún cambio legislativo o jurisprudencial que beneficie al sentenciado. Es decir, "la revisión persigue la anulación de la sentencia penal ejecutada (firme), y en la que el condenado se encuentra cumpliendo, o está por cumplir la pena o medida de seguridad que se le haya impuesto en la sentencia que se persigue anular, en ese orden, puede interponerse en cualquier tiempo y plantearse cuantas veces sea necesario, si se funda en elementos distintos"¹⁹.

¹⁸ Hesbert Benavente Chorres, *Los Recursos*, op. cit., pp. 401 y 402.

¹⁹ *Ibid.*, p. 403.

En cuanto a sus alcances, vale la pena citar las consideraciones que realiza, tanto la exposición de motivos del código modelo de la CONATrib, como del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales que señalan respectivamente:

Revisión: procede contra la sentencia firme, en todo tiempo, y únicamente a favor del imputado cuando los hechos tenidos como fundamento de la sentencia resulten incompatibles con los establecidos por otra sentencia penal firme; se haya fundado en medios de prueba documentales o testimoniales cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no exista un proceso posterior; haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia u otra argumentación fraudulenta, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme; sobrevengan hechos nuevos o medios de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el imputado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable; corresponda aplicar una ley más benigna, o una amnistía o se produzca un cambio en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que favorezca al sentenciado; o se obtenga resolución a favor por parte de un organismo jurisdiccional supranacional que resulte obligatoria conforme a los tratados de derechos humanos firmados y ratificados por el Estado mexicano.²⁰

Por su parte, el recurso de revisión procede contra la sentencia ejecutoriada, en todo tiempo y únicamente a favor del sentenciado en los siguientes casos: cuando la sentencia se funde en medios de pruebas documentales o testimoniales que después de dictada fueren declarados falsos en juicio; cuando después de emitida la sentencia aparecieren medios de prueba documentales que invaliden la prueba en que descansa aquélla o que sirvieron de base a la acusación y a la determinación; cuando condenada alguna persona por el homicidio de un supuesto individuo, se presentare éste o alguna prueba irrefutable de que vive; cuando el sentenciado hubiere sido condenado por los mismos hechos en juicios diversos, en este caso prevalecerá la sentencia más benigna.²¹

20 Exposición de motivos del código modelo de la CONATrib.

21 Exposición de motivos del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales.

Sea que se trate de un recurso o una acción extraordinaria, lo cierto es que el recurso de revisión, en el contexto del sistema acusatorio, viene a complementar la gama de posibilidades de revertir una decisión en aras de la justicia y no meramente basada en la legalidad.

IX. CONSIDERACIONES SOBRE EL AMPARO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Sin duda una de las grandes interrogantes que se derivan del proceso de implementación del sistema procesal acusatorio y oral, es el que se da en relación con el juicio de amparo. Lo anterior, en virtud de las modificaciones que tendrá que sufrir respecto de los nuevos principios y reglas procesales de este nuevo sistema. Debido a la naturaleza jurídica del juicio de amparo como un medio de defensa extraordinario, al igual que en las consideraciones anteriores sobre los medios de impugnación, será fundamental poder determinar ante qué resoluciones procederá y cómo será su forma de tramitación.

Sin duda, este solo apartado ameritaría un trabajo monográfico en particular, esfuerzo que excede con creces este pequeño ejercicio, sin embargo, apuntamos algunas ideas que ya empiezan a plantearse sobre el este tema.

En ese sentido vamos a asentar algunos de los aspectos más relevantes en torno a esta transformación del juicio de amparo a través de las ideas que plantea Eduardo Ferrer Mac-Gregor,²² y que presentamos de manera sintética a continuación:

Lo primero es destacar la necesidad de revisar y adecuar al juicio de amparo con motivo de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, como el propio Mac-Gregor señala:

A raíz de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, es necesario adecuar el juicio de amparo, para que este continúe garantizando los

²² Véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, *El juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal-Secoj, 2011 (Estudio Monográfico).

derechos fundamentales de los gobernados en el procedimiento penal, y haya una plena vinculación del proceso de amparo con los propósitos del nuevo sistema penal acusatorio.²³

Además de relacionar una serie de reformas constitucionales, adicionales a la de 2008, como las reformas al Código de Comercio y el propio proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, destacan las reformas relativas al propio juicio de amparo y en derechos humanos que, como el propio Mac-Gregor apunta:

[...] no sólo impone un cambio regulatorio en la tramitación de los procedimientos, penales, una nueva variación en las disposiciones correspondientes, más o menos sustantiva. También implica la necesidad de un completo cambio de paradigma en la justicia penal; transformación que exige nuevas actitudes a los juzgadores, a los órganos de procuración de justicia e incluso a los abogados postulantes. Habremos de aprender casi ex nihilo el derecho procesal penal.

[...]

Consideramos muy especialmente el impacto de las recientes reformas constitucionales relativas al juicio de amparo y a los derechos humanos, respectivamente publicadas en el *DOF* los días 6 y 10 de junio de 2011. Ambas reformas constituyen derecho positivo en la actualidad, y aunque la segunda a la fecha se encuentra en *vacatio legis* [...] es bajo su vigencia que tendrá operatividad caso toda la regulación del proceso penal.²⁴

Entre las principales conclusiones a las que Mac-Gregor llega, después de realizar un estudio pormenorizado del sistema penal acusatorio; del panorama constitucional en relación a los derechos fundamentales; del amparo y el procedimiento penal y las necesarias reformas constitucionales y legales a figuras como la declaratoria general de inconstitucionalidad, los informes y registro de audiencias, la forma de las resoluciones impugnables, la legitimación

²³ *Ibid.*, p. 2.

²⁴ *Ibid.*, p. 1.

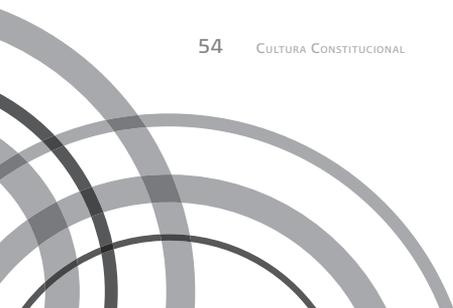
de la víctima, la suplencia de la queja, el principio de definitividad, la vinculación a proceso o apertura de juicio oral, el tema de la suspensión, las medidas cautelares positivas, el amparo directo, adhesivo, etcétera, destaca los siguientes aspectos que nos permitimos reproducir:

Los principios que señala el primer párrafo del artículo 20 constitucional como rectores del proceso penal, deben influir en la interpretación y aplicación de las disposiciones secundarias relativas. No obstante, precisamente por su carácter de “principios”, admite una satisfacción gradual y relativa a las posibilidades normativas y fácticas; por lo que sus alcances pueden ser lícitamente reducidos, de una manera proporcional, por la satisfacción de otros objetivos constitucionales.

Las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, relativas al juicio de amparo y los derechos humanos, tienen gran impacto en la regulación de la impugnación constitucional del proceso penal. Aparentemente, estas reformas y la que se dio en materia penal en 2008 se encuentran disociadas, porque sus disposiciones no consideran sus contenidos recíprocamente.

La prohibición jurisprudencial del “control difuso” de la constitucionalidad, causa distorsiones en relación con el “control de convencionalidad” que exige la CIDH, y también en otros ámbitos. Para articular ambos tipos de control, al igual que los desarrollados en las entidades federativas, es necesaria una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, o bien, la reforma de este precepto que supere la referida jurisprudencia nacional. Al momento de concluir este estudio, la SCJN resolvió el 14 de julio de 2011 el expediente 912/2010 (pendiente de engrose), que posibilita el control difuso de “constitucionalidad” y de “convencionalidad”, lo que superaría dicha problemática.

Los principios constitucionales del proceso penal no aplican necesariamente en el juicio de amparo. Esto porque el proceso de garantías es autónomo y tiene una finalidad distinta a la de aquél: proteger los derechos fundamentales



de las personas. En el amparo no puede concederse más de lo que el derecho otorga a las partes, aunque debe analizarse cuidadosamente cada caso particular.

[...]

Es innecesario que la oralidad del proceso penal se transporte al juicio de amparo. Y en todo caso, en este son admisibles, como “constancias” los registros de audio y video de las audiencias de aquél, que deberán desahogarse según el procedimiento establecido para la inspección judicial. Esto sin perjuicio de que, como prácticamente todo auto procesal importa un acto de molestia, las resoluciones judiciales deberán contar con una versión escrita, conforme al artículo 16 constitucional, lo que haría innecesario el desahogo de aquellos medios.

Las resoluciones judiciales de los procedimientos orales, son impugnables en amparo en cualquiera de los siguientes momentos: 1) emisión oral, incluso cuando se trate sólo de los puntos resolutivos; 2) versión escrita; y 3) en su caso, de las sentencias de los juicios orales que requiere el artículo 17 constitucional. La figura de la ampliación de la demanda, permite que en caso de que se haya impugnado la primera modalidad puedan reclamarse las posteriores.

El juicio de amparo no puede constituir un recurso que permita un análisis integral de la sentencia definitiva penal, porque su carácter de medio de control constitucional no otorga “plena jurisdicción” a los órganos que lo resuelven; y lo mismo puede decirse respecto de una casación con perfiles tradicionales. Por ello, para cumplir la respectiva obligación internacional, debe establecerse un recurso ordinario contra dichas resoluciones, que permita el análisis más amplio posible de las mismas, sin importar si se le denomina “casación” o “apelación”, aunque dichos perfiles corresponderían materialmente a la última.

[...]

A la víctima del delito debe otorgarse una amplia legitimación para promover el juicio de amparo y participar en el mismo como tercero perjudicado [...]

Debe mantenerse la suplencia de la queja a favor del imputado en cualquier sección del procedimiento penal, aun en ausencia de conceptos de violación o agravios de su parte. A la víctima debe otorgarse dicho beneficio, pero siempre bajo la necesidad de que exponga una mínima causa de pedir.

Para dar claridad a la impugnación constitucional de actos que afecten la dignidad y libertad personales, como la prisión preventiva y la orden de aprehensión, debe establecerse claramente la correspondiente excepción al principio de definitividad.

[...]

Los autos de vinculación a proceso y de apertura a juicio oral deben poder ser impugnados a través del amparo indirecto.

[...]

La suspensión en el amparo directo debe adecuarse para corresponder a las figuras propias del sistema acusatorio. Además, cuando esta instancia sea efectuada por la víctima, deberá considerarse si el sentenciado se encuentra o no en libertad, y tomar las medidas correspondientes de dicha situación, que aseguren su presencia en el resto del proceso; pero sin afectar la libertad de la persona absuelta por sentencia ordinaria ejecutoria²⁵.

Como podemos darnos cuenta, el juicio de amparo deberá ajustarse para hacerlo compatible con la lógica del sistema procesal penal acusatorio, lo cual requerirá de un estudio profundo, para que la trascendencia que tiene el juicio de amparo, como medio protector de derechos fundamentales, no se diluya y que el sistema acusatorio no se vea dilatado u obstaculizado por

²⁵ *Ibid.*, pp. 233, 234, 235 y 237.

el ejercicio de medios de impugnación que prolonguen los procesos, pues debemos recordar que una de las aspiraciones de la reforma constitucional es la de una justicia expedita, pues como señala el aforismo jurídico “justicia delegada, no es justicia”

X. CUADRO COMPARATIVO DEL SISTEMA DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN ALGUNOS CÓDIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE CORTE ACUSATORIO

| RECURSOS EN EL SISTEMA ACUSATORIO | | | | | | | | | | |
|-----------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|---|-------------------------------|--------------------------------|---------------------------------|--------------------------------|--------------------------------|
| CONATRAB | Baja California | Chihuahua | Durango | Estado de México | Guanajuato | Morelos | Oaxaca | Yucatán | Zacatecas | CFPP |
| Título décimo Arts. 431 al 476 | Título décimo Arts. 395 al 433 | Título décimo Arts. 399 al 437 | Título décimo Arts. 443 al 480 | Título noveno Arts. 404 al 430 | Libro Cuarto medios de impugnación y ejecución de sentencias Arts. 433 al 511 | Libro cuarto Arts. 399 al 435 | Título décimo Arts. 415 al 447 | Título Segundo Arts. 401 al 446 | Título noveno Arts. 433 al 475 | Título noveno Arts. 554 al 593 |
| Reglas generales 431 al 445 | 395 al 406 | 399 al 410 | 443 al 454 | No hay | 433 al 448 | 399 al 410 | 415 al 429 | 401 al 415 | 433 al 446 | 554 al 565 |
| Revocación 446 al 449 | 407 al 409 | 411 al 413 | 455 al 457 | 404 al 405 | 470 al 475 | 411 al 412 | 430 al 432 | 417 al 420 | 447 al 449 | 566 al 567 |
| Apelación 450 al 454 | 410 al 425 | 414 al 418 | 458 al 462 | 406 al 423 | 476 al 486 | 413 al 417 | 433 al 437 | 421 al 425 | 450 al 455 | 568 al 586 |
| Casación 455 al 467 | No hay | 419 al 429 | 463 al 473 | No hay | 487 al 496 | 418 al 428 | 438 al 447 | 426 al 437 | 456 al 466 (Nulidad) | No hay |
| Revisión 468 al 476 | 426 al 433 | 430 al 437 | 474 al 480 | 424 al 430 | 497 al 503 | 429 al 435 | 448 al 455 | 438 al 446 | 467 al 475 | 587 al 593 |
| | | | | | Reclamación 449 al 458 | | | | | |
| | | | | | Aclaración de resoluciones 459 al 465 | | | Inconformidad 416 | | |
| | | | | | Queja 466 al 469 | | | | | |

BIBLIOGRAFÍA

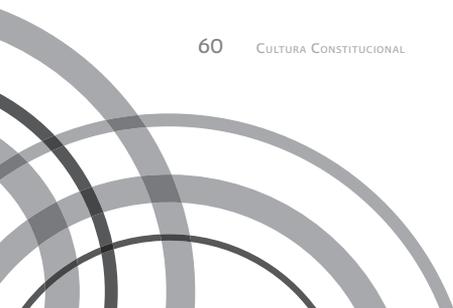
- Benavente Chorres, Hesbert, *Los recursos Impugnatorios en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor y distribuidor, 2010.
- Espinosa, Alejandro Carlos, “Los recursos procedimentales ante el Supremo Tribunal Militar”, *Criminogénesis. Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal*, núm. 1, México, 2006.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Rubén Sánchez Gil, *El Juicio de Amparo y el Sistema Procesal Penal Acusatorio*, México, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal-SEGOB, 2011 (Estudio Monográfico).
- Iniciativa de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, *Gaceta Parlamentaria*, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Palacio Legislativo de San Lázaro, año XIV, núm. 3353-II, 22 de septiembre de 2011.
- Macedo de la Concha, Rafael, *Una Propuesta de Vanguardia. Código único de procedimientos penales federal*, CORDH, México, 2011.
- Natarén Nandayapa, Carlos F. y Beatriz Ramírez Saavedra, *Litigación oral y práctica forense penal*, México, Oxford University Press, 2009 (Colección Textos Jurídicos Universitarios).
- Nava Garcés, Alberto Enrique, “Los recursos ordinarios del nuevo sistema de justicia penal”, *Derecho Penal Mínimo. Revista de análisis jurídico penal*, Radbruk E&A, núm. 4, 2010, México.

LA ESTRUCTURA DE LAS AUDIENCIAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

JORGE ARTURO GUTIÉRREZ MUÑOZ*

* Licenciado y maestro en Derecho con mención *Cum Laude* por la Universidad Autónoma de Chihuahua. Se ha desempeñado como juez de garantía del Distrito Judicial Morelos del estado de Chihuahua y como capacitador de jueces en diversas entidades federativas. Actualmente es profesor-investigador en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.





I. EL PROGRESO CIENTÍFICO Y EL PROCEDIMIENTO PENAL

El procedimiento penal es un producto cultural. Su misión no consiste en vivir una existencia regalada e independiente, según normas dictadas por las exigencias del momento, y ulteriormente proclamadas como “leyes eternas”. Más bien, su finalidad estriba en dar testimonio de la cultura de los tiempos y de los pueblos.

Con relación a los regímenes políticos, esta interpretación resulta naturalísima. En cambio, no es tan fácil percibir la importancia cultural del procedimiento penal, al no ofrecer tantos puntos de referencia notorios que puedan servir de base a la comparación. La elaboración técnica de sus formas de expresión, y el auge constante que con el desarrollo de los elementos experimenta el acervo procesal –avance que debemos al genio de nuestros grandes maestros recientes– se basan en el trabajo previo de unos pocos siglos.

Como en el desarrollo de otras ciencias, en la evolución de las instituciones penales se advierte también un progreso que va de la reproducción de ideas generales y típicas, a la expresión de un ciclo de ideas cada vez más determinadas y particulares. El proceso intrínseco de esta evolución queda en parte encubierto bajo una capa constituida por elementos puramente cuantitativos, y ello ha sido causa de las confusiones en que habían incurrido ciertos legisladores, tribunales y doctrinarios durante algún tiempo. Seguían en la creencia de que con el orgulloso lema dictatorial “Hasta aquí y no más allá”, se podría detener el desarrollo natural o señalar una época como la floración más brillante y definitiva de cualquier evolución posible. El juicio de la historia procede implacable en contra de una concepción científica de tal carácter; por el contrario, la historia de las ideas ha demostrado de modo indiscutible su relación inmediata con la vida, y con la cultura. De esta manera podemos entender el tránsito de los sistemas penales y las instituciones que los componen, para lo cual basta centrarnos en sólo una de ellas: la audiencia judicial.

II. LA AUDIENCIA JUDICIAL

La audiencia judicial es el motivo conductor en el régimen procedimental del sistema penal acusatorio. Dicho acto procesal se presenta como el medio a través del cual habrán de concretarse los principios incorporados en la parte inicial del artículo 20 constitucional, de lo que resulta oportuno realizar un sucinto análisis de su estructura, bajo la óptica formal.

La ley de tensión y relajamiento es válida también en el terreno de la forma procesal. Dicha forma se obtiene por el tratamiento adecuado y el desarrollo lógico de un mismo material dado; no por la acumulación o el cambio constante de materiales nuevos que nada tienen que ver entre sí.

En la estructura de la audiencia la unidad formal más pequeña y con materia jurídica claramente identificable es el *momento*, que unido a otros constituyen una *sección*.

| Audiencia | | | | | | | | |
|-----------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|---------|
| Sección | | | Sección | | | Sección | | |
| Momento | Momento | Momento | Momento | Momento | Momento | Momento | Momento | Momento |

El estudio de la forma en la teoría procesal se basa en una definición estándar, y una serie de hipótesis sobre las razones subyacentes acerca de la duración y variedad de contenidos. La definición se basa en la actuaciones que motivan la *introducción* del acto procesal de tipo audiencia, con marcada actuación judicial; la organización, elaboración, contrastación y resolución temática de los materiales jurídicos se presentan en el *desarrollo*, erigiéndose como núcleo duro de la audiencia, en donde encontramos el ansiado protagonismo de las partes, y finalmente, la *conclusión* del acto, con una serie de actividades que corresponden básicamente al tribunal. Cada una de las secciones son divididas o caracterizadas de una manera particular en atención a la función que cumplen en la forma.

El patrón anterior nos permitirá abordar cualquier audiencia del procedimiento penal, con particular énfasis en la composición armónica de su estructura y el propósito que se persigue en cada una de las secciones.

III. ESTRUCTURA DE LAS AUDIENCIAS MÁS REPRESENTATIVAS

A. La audiencia inicial

Si tomamos como parámetro su incidencia numérica, los momentos que la componen y la diversidad de supuestos que puede presentar, válidamente se afirma que la audiencia inicial es uno de los actos procesales protagónicos en el nuevo sistema de justicia penal. Como se ha dicho en Chile, constituye un hito central del nuevo procedimiento.¹

Con el fin de atender la audiencia inicial con mayor riqueza compositiva y de revelación más robusta, tomemos aquélla en la que el imputado está detenido por flagrante delito, quien renuncia al plazo constitucional con la finalidad de que sea resuelta su situación jurídica.² Tal audiencia presenta en forma general la siguiente estructura:

| Audiencia inicial | | | | | | | | | | | |
|---------------------------|----|----|----|-------------------------|----|----|----|----|-----|-------------------------|----|
| Introducción ¹ | | | | Desarrollo ² | | | | | | Conclusión ³ | |
| AA | II | ND | TD | CD | FI | DP | SJ | MC | PCI | UM | CA |

1. INTRODUCCIÓN

a. Apertura de la audiencia

El juez declarará abierta la audiencia, una vez constituido en la sala y habiendo corroborado que se encuentran dadas las condiciones necesarias.

1 Mauricio Duce y Cristián Riego, *Proceso penal*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007, p. 229.

2 En este sentido, es importante invocar los artículos que contemplan tal situación, contenidos en diversos ordenamientos procedimentales: art. 283 del Código de Procedimientos Penales de Baja California, art. 282 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, art. 303 del Código Procesal Penal de Durango, art. 248 del Código Procesal Penal de Hidalgo, art. 292, último párrafo del Código de Procedimientos Penales del Estado de México, art. 280 del Código de Procedimientos Penales de Morelos, art. 305 del Código Procesal Penal de Nuevo León, art. 282 del Código Procesal Penal de Yucatán, y el art. 321 del Código Procesal Penal de Zacatecas.

b. Identificación de los intervinientes

Se individualizará a los intervinientes con una lógica de mayor a menor; es decir, de sujetos procesales activos a pasivos. Así, se iniciará con el agente del Ministerio Público (MP) y la víctima u ofendido o su asesor jurídico, de ser el caso; se continuará con el defensor, y por último, con el imputado.

c. Nombramiento o designación de defensor

Se solicitará al imputado que ejerza el derecho de elección de defensor; en el entendido de que, de no querer o poder nombrar defensor, se le designará un defensor penal público.

d. Tutela de derechos

El juez verificará que el imputado conoce y entiende sus derechos; se hará lo propio con la víctima u ofendido, de encontrarse presente en la audiencia.

2. DESARROLLO.

a. Control de detención

Se otorgará la oportunidad al agente del MP, para que desarrolle la solicitud que recae al control de la detención; se dará oportunidad a la defensa, para que realice la contestación respectiva; en su caso, dará oportunidad de réplica y dúplica. Hecho lo anterior, el juez de control resolverá.

Si el tribunal no califica de legal la detención, dispondrá de inmediato la libertad del imputado, sin perjuicio de que en un acto procesal posterior y diverso se continúe con el trámite correspondiente, previa solicitud del Ministerio Público. Si se califica de legal la detención, se estará en aptitud de continuar con la audiencia.

b. Formulación de la imputación

Como se manifestó, calificada la detención como legal, se permitirá el agente del MP que formule la imputación; se dará oportunidad a la defensa, para que realice la solicitud de aclaraciones o precisiones que estime necesarias; y una vez que el MP aclare o precise lo conducente, el juez de control preguntará al imputado si entendió.

c. Declaración preliminar

Al manifestar el imputado que entiende la acusación, el juez le informará que tiene el derecho de emitir una declaración para contestar el cargo, y le hará saber que si guarda silencio, tal situación no puede ser utilizada en su perjuicio; sin embargo, si declara, la información que el imputado aporte sí podría llegar a ser utilizada en su contra. Para ello, el juzgador le pedirá al imputado que lo consulte con su defensor, para que la decisión que tome de declarar o no, además de informada, se encuentre asesorada conforme a una estrategia de defensa.

d. Situación jurídica

Después de que el imputado ha declarado o manifestado su deseo de no hacerlo, el juez le informará que tiene derecho a que su caso se resuelva sobre la solicitud de vinculación a proceso que desea desarrollar el MP, dentro de las 72 horas computadas a partir de que se le puso a disposición del tribunal, interno en el Centro de Reinserción Social, si se encontrare detenido, o bien, a partir del inicio de la audiencia, si no se encontrare en tal situación; le hará saber que tiene derecho a solicitar la prórroga de ese plazo, o bien, que puede renunciar al mismo a fin de que en la misma audiencia se resuelva lo correspondiente; para tal efecto, le pedirá que lo consulte con su defensor. Hecho lo anterior, se preguntará al imputado cuál es el momento que ha escogido para que se resuelva su situación jurídica. Una vez que el imputado renunció al plazo en comento (supuesto que se tomó para los efectos de este artículo),³ el juez permitirá

³ Si el imputado no renuncia al plazo de las 72 horas para que se resuelva sobre su vinculación o no a proceso, o solicita la prórroga de dicho plazo, el juez citará a una audiencia en la que resolverá lo conducente. Dicha audiencia deberá celebrarse dentro de las 72 o 144 horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a disposición del tribunal o compareció a la audiencia de formulación de la imputación. Para tales efectos se podrá proveer el auxilio judicial si el imputado requiere del mismo para citar testigos o peritos a la audiencia en la que se resuelva su situación jurídica, siempre y cuando la solicitud de tal auxilio se realice en tiempo y forma legal.

Si el imputado se acogió al plazo constitucional o solicitó su prórroga una vez que transcurrieron los tiempos del proceso, abierta la audiencia para la cual fueron citados los intervinientes e individualizados los mismos, el juez solicitará a la defensa que proceda al desahogo de los medios de prueba –si así lo permite la ley que rige el acto– que en su caso hayan sido ofrecidos y admitidos, para lo cual, se seguirán en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral. Desahogados los medios de prueba, si los hubo, el juez permitirá que el agente del MP desarrolle su solicitud de vinculación a proceso, exponiendo los datos de prueba que emanen de los antecedentes de la investigación, con los que considere que se establece un hecho que la ley señale

que el agente del MP desarrolle su solicitud de vinculación a proceso, exponiendo en la misma audiencia los antecedentes de la investigación de los que se desprenden datos de prueba con los que establece un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Concluida la intervención ministerial, se permitirá a la defensa que realice la contestación que corresponda; en su caso, habrá oportunidad de réplica y dúplica; se preguntará al imputado si tiene algo que manifestar; y finalmente, el juez resolverá lo conducente.⁴

e. Medidas cautelares

Si el agente del MP o la víctima, según sea el caso, solicita la imposición de medidas cautelares personales, el tribunal permitirá a la contraparte que manifieste lo que a su estrategia de defensa convenga; y en su caso, permitirá la oportunidad de efectuar réplica y dúplica. Acto continuo procederá a resolver.

f. Plazo judicial para el cierre de la investigación

En la audiencia donde se resolvió la vinculación a proceso del imputado se abrirá debate entre los intervinientes sobre el plazo judicial de cierre de la investigación; cerrado el debate, el juez se pronunciará sobre tal tópico, para lo cual fijará el plazo que considere adecuado, dentro de los parámetros legales, en atención a la naturaleza de los hechos y la complejidad de la indagación.

3. CONCLUSIÓN

a. Últimas materias

Después de que ha señalado un plazo de cierre de investigación, el juez preguntará a los sujetos procesales si tienen algo más que manifestar, agregar o solicitar; hecho lo anterior, resolverá sobre las solicitudes de los intervinientes, siempre y cuando sean procedentes

como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Una vez que el Ministerio Público ha concluido su solicitud, permitirá a la defensa que realice la contestación correspondiente; en su caso, dará oportunidad de réplica y dúplica; preguntará al imputado si tiene algo que manifestar y acto seguido, resolverá lo conducente. Si así lo amerita, en casos de extrema complejidad, el juez podrá decretar un receso que no podrá exceder del tiempo que la ley señala para tal efecto, antes de resolver la situación jurídica del imputado.

4 En caso de que no se reúna alguno de los requisitos que la Constitución y la ley establecen para dictar un auto de vinculación a proceso, el juez negará la vinculación del imputado a proceso, y revocará las medidas cautelares personales y reales que eventualmente hubiese decretado. Sin embargo, si el juez considera satisfechas las exigencias constitucionales y legales correspondientes, dictará el auto de vinculación a proceso en contra del imputado.

(regularmente consisten en la autorización a la administración del tribunal, para expedir transcripciones o copias de registro de videograbación del acto procesal, con la finalidad de ser entregados a los justiciables).

b. Cierre de la audiencia

Una vez que el juez se ha cerciorado de que no existe mayor solicitud o petición de los intervinientes, declarará cerrada la audiencia.

B. La audiencia intermedia

La audiencia intermedia es el acto procesal que evidencia en su forma más pura el principio de economía procesal con una triple dirección al establecer los instrumentos que depuran las cuestiones jurídicas, los hechos y los medios de prueba. Efectivamente, como se ha manifestado en otras latitudes, su función principal es delimitar los hechos que serán debatidos, y los medios de prueba que se presentarán para acreditarlos, es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico-penal que serán discutidos en el juicio, y servirán de fundamento a la sentencia definitiva.⁵ Dicho lo anterior, generalmente dicha audiencia tiene la forma que a continuación se detalla:

| <i>Audiencia intermedia</i> | | | | | | | | |
|-----------------------------|----|------|-------------------------|----|-----|------|-------------------------|----|
| Introducción ⁴ | | | Desarrollo ⁵ | | | | Conclusión ⁶ | |
| AA | II | COEJ | DCJ | DH | DMP | AAJO | UM | CA |

1. INTRODUCCIÓN

a. Apertura de la audiencia

El juez declarará abierta la audiencia, una vez que se constituyó en la sala y corroboró que se encuentran dadas las condiciones necesarias.

⁵ María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007, p. 21.

b. Identificación de los intervinientes

Se individualizará a los intervinientes con una lógica de mayor a menor; es decir, de sujetos procesales activos a pasivos. Así, se iniciará con el agente del MP y la víctima u ofendido o el acusador coadyuvante, de ser el caso; continuará con el defensor, y por último, con el acusado.

c. Comunicación de la oportunidad de evitación del juicio

El juez señalará a los sujetos procesales que se encuentran en la audiencia intermedia, el auto que dio origen a su realización, con motivo de la presentación de la acusación por el Ministerio Público. En su caso, y atento a la naturaleza del delito materia del proceso, entre otros factores, el juez preguntará a los intervinientes, si existe la posibilidad de concluir la causa penal a través de un modo alternativo de terminación del proceso, o bien, a través de un procedimiento especial como el abreviado.

2. DESARROLLO

a. Depuración de cuestiones jurídicas

Después de constatar que los intervinientes continúan en su pretensión de realizar el juicio oral, el juez procederá a la depuración de las cuestiones eminentemente jurídicas, para lo cual, conforme a las reglas del debate y la resolución, se pronunciará sobre la corrección de vicios de la acusación (regularmente de naturaleza formal, y sólo si la ley procesal lo permite, también los de carácter material); la unión o separación de acusaciones; y finalmente, sobre las excepciones perentorias y dilatorias que se hagan valer por la defensa.

b. Depuración de los hechos

Cuando el juzgador se ha pronunciado y resuelto sobre los mencionados tópicos jurídicos, procederá a depurar los hechos de la acusación, para lo cual preguntará a las partes si van a celebrar acuerdos probatorios. El juez aprobará las convenciones probatorias correspondientes, siempre y cuando el punto fáctico que se pretende tener por cierto y probado, se encuentre sustentado y documentado conforme a datos de prueba que emanen de los antecedentes de la investigación que expongan las partes al efecto.

c. Depuración de los medios de prueba

Depuradas las cuestiones jurídicas y fácticas, el juez de control hará lo correspondiente con los medios de prueba que hayan sido ofrecidos por las partes, para ello, preguntará si existen incidencias de exclusión de pruebas que plantear. Iniciará por depurar los medios de prueba del Ministerio Público, después los del acusador coadyuvante, si lo hubiere, y por último, los de la defensa. Los medios de prueba susceptibles de exclusión serán aquellos que tengan efectos dilatorios (por ser sobreabundantes, impertinentes, innecesarios); así como aquellos de carácter ilícito (por violar derechos fundamentales, por provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o porque la propia ley ha calificado como inadmisibles).

d. Dictación del auto de apertura del juicio oral

Después que se han resuelto las cuestiones de derecho, a la par que se han depurado los hechos y medios de prueba que habrán de desahogarse en la etapa de juicio, el juez procederá a dictar o dar lectura, según sea el caso, al auto de apertura del juicio oral.

3. CONCLUSIÓN

a. Últimas materias

El juez preguntará a los sujetos procesales si tienen algo más que agregar o solicitar; en el entendido de que resolverá las solicitudes de los intervinientes sólo cuando sean procedentes (como ya se indicó, regularmente consistirán en la revisión de medidas cautelares; o bien, la expedición de copias de registro de videograbación de la audiencia).

b. Cierre de la audiencia.

Una vez de que se ha cerciorado que no existe mayor solicitud o petición de los intervinientes, el juez declarará cerrada la audiencia.

c. La audiencia de juicio.

Esta audiencia es el acto procesal que muestra la máxima expresión de los principios rectores del sistema penal acusatorio. Bien señala Ferrajoli que sólo así “...es posible tener una relativa certeza de que serán satisfechas las garantías primarias...”⁶

En esta audiencia se exponen los alegatos, se desahogan los medios de prueba y se emite la resolución judicial que decidirá el procedimiento en lo principal; de ahí la *centralidad* del juicio oral en el nuevo procesal penal, como lo califica buena parte de la doctrina.⁷

En su forma natural y sin cuestiones accidentales, esta audiencia tiene la siguiente forma:

| Audiencia de juicio | | | | | | | | | | | | | |
|---------------------------|----|----|----|----|-------------------------|-----|----|----|----|-------------------------|----|----|----|
| Introducción ⁷ | | | | | Desarrollo ⁸ | | | | | Conclusión ⁹ | | | |
| AA | II | SM | PP | LA | AA | DMP | AC | UM | CD | D | EF | UM | CA |

1. INTRODUCCIÓN

a. Apertura de la audiencia

El juez (tratándose de órgano jurisdiccional unitario) o el juez presidente (en caso de órgano jurisdiccional colegiado), una vez constituido en la sala y satisfechas las condiciones necesarias, declarará la apertura de la audiencia.

b. Identificación de los intervinientes

Se individualizará a los demás jueces, así como a los intervinientes con una lógica de mayor a menor; es decir, de sujetos procesales activos a pasivos. Así, se iniciará con el agente del MP y la víctima u ofendido o el acusador coadyuvante, de ser el caso; se continuará con el defensor, y por último, con el acusado.

⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 1995, p. 616.

⁷ María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 229.

c. Señalamiento de la materia sobre la que versará la audiencia

El juez señalará a los sujetos procesales que se encuentran en la audiencia del debate, el auto que dio origen a su realización, y que se dictó al recibir la resolución de apertura de juicio que fue remitida por el juez de control.

d. Providencias probatorias

Al respecto, el tribunal:

1. Verificará con las partes la disponibilidad de los testigos y peritos, de los documentos y demás medios de prueba de carácter material.
2. Dispondrá que testigos y peritos abandonen la sala e indicará a la administración del tribunal que los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la audiencia.
3. Solicitará a las partes que manifiesten el orden en el que desean que se desahoguen sus medios de prueba, por lo que comenzará por el agente del MP, después el acusador coadyuvante, y por último, la defensa.
4. Advertirá al acusado sobre la importancia y significado de lo que va a ocurrir, y requerirá su atención para aquello que va a escuchar.

e. Lectura de la acusación contenida en el auto de apertura.

El juez o el presidente, según sea el caso, señalará la acusación que será objeto del juicio, contenida en el auto de apertura, y los acuerdos probatorios que hubiesen celebrado las partes.

2. DESARROLLO.

a. Alegatos de apertura.

El tribunal permitirá a las partes que realicen su alegato de apertura. En primer término el agente del MP, seguido del acusador coadyuvante, si lo hubiere, y por último, la defensa.

b. Desahogo de los medios de prueba.

Concluidos los alegatos, el órgano jurisdiccional se dirigirá a las partes para que procedan con el desahogo de los medios de prueba, conforme al orden que previamente señalaron. Iniciará el agente del MP, después el acusador coadyuvante, si lo hubiere, y finalmente, la defensa. Asimismo, se resolverán las incidencias de objeción que formulen las partes en el examen y contra examen de los medios de prueba que se desahoguen.

c. Alegatos de clausura

El tribunal otorgará la oportunidad a las partes para que realicen su alegato de clausura. En primer término al agente del MP; a continuación, al acusador coadyuvante, si lo hubiere; y en forma conclusiva, a la defensa. De igual forma, otorgará a cada una de las partes la oportunidad de que realicen réplica y dúplica, respectivamente.

d. Últimas manifestaciones

Expuestos los alegatos, y de estar presente en la sala de audiencia, el tribunal permitirá a la víctima u ofendido que realice su exposición final; por último, otorgará la oportunidad al acusado para que manifieste lo conveniente.

3. CONCLUSIÓN

a. Cierre del debate

Otorgada la oportunidad a la víctima u ofendido, así como al acusado, para que expusieran lo que a su derecho convenga, y hayan realizado manifestación o no, el tribunal declarará cerrado el debate.

b. Deliberación

El tribunal procederá al análisis de los tópicos de hecho, de derecho y demostrativos que se produjeron en el juicio (si se tratara de un juzgado unitario); o bien, señalará que los integrantes del mismo pasarán a deliberar en privado, de forma continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente (si fuere el caso de un órgano jurisdiccional colegiado), para lo cual ordenará el receso correspondiente.

c. Emisión del fallo

Hecho el análisis o concluida la deliberación, se ordenará la reapertura de la audiencia y se verificará la asistencia de los demás sujetos procesales. Inmediatamente después, si fuera un juzgado unitario, se procederá a informar el fallo correspondiente, y si se tratara de un tribunal colegiado, el juez presidente otorgará la oportunidad al juez relator a fin de que lea la parte resolutive del fallo respecto a la absolución o condena del acusado, quien informará sintéticamente los fundamentos de hecho y de derecho que lo motivaron.⁸

d. Últimas materias.

El juez o presidente del tribunal, según sea el caso, preguntará a los sujetos procesales que manifiesten si tienen algo más que agregar o solicitar; en el entendido de que resolverá las solicitudes de los intervinientes, sólo cuando sean procedentes (regularmente consistirán en la revisión de medidas cautelares; o bien, la expedición de copias de registro de videograbación del acto procesal).

e. Cierre de la audiencia.

Al cerciorarse que no existe mayor solicitud o petición de los intervinientes, el tribunal declarará cerrada la audiencia.

⁸ Si se tratara de absolución y una vez comunicada a las partes la decisión, el órgano jurisdiccional dispondrá de forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado. Al pronunciarse, el Tribunal podrá diferir la redacción del fallo hasta por el plazo que la ley señale, supuesto en el cual, se citará a la audiencia próxima en la que tendrá verificativo su lectura y explicación. Ahora bien, en el supuesto de fallo de condena que implique pena privativa de libertad y sólo si el MP lo solicita, se podrá revisar el estatus cautelar del acusado. Hecho lo anterior se citará a la audiencia de individualización de las sanciones penales y de reparación del daño, para que tenga verificativo dentro del plazo legal; sin pasar por alto que de permitirlo la ley, las partes podrán renunciar a la celebración de la audiencia, supuesto en el cual, el tribunal citará a una audiencia de lectura y explicación de la sentencia condenatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- *Duce, Mauricio y Cristián Riego, Proceso penal, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007.*
- *Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., 1995.*
- *Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, Derecho procesal penal chileno, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007, 2 tt.*
- **Legislación**
- *Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California.*
- *Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua.*
- *Código Procesal Penal del estado de Durango.*
- *Código Procesal Penal para el estado de Hidalgo.*
- *Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.*
- *Código de Procedimientos Penales del estado de Morelos.*
- *Código Procesal Penal para el estado de Nuevo León.*
- *Código Procesal Penal para el estado de Yucatán.*
- *Código Procesal Penal para el estado de Zacatecas.*

DEFINIENDO Y DELIMITANDO LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN AL PROCESO PENAL ACUSATORIO MEXICANO

FERNANDO ALDAY LÓPEZ CABELLO*

* Maestro en Derecho Procesal Penal Acusatorio por la Universidad Autónoma de Guadalajara, Campus Tabasco.



Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes al actual sistema penal acusatorio. III. Definiendo y delimitando los principios.

INTRODUCCIÓN

En el marco de un ambiente reformista, encausado en la transición democrática, el 18 de junio del 2008 se publicó el Decreto de Reforma Constitucional que modifica el sistema procesal penal mexicano. A grandes rasgos, se menciona que la importancia de este proyecto es tal, que rivaliza con la imposición del sistema inquisitivo mixto, establecido originalmente en 1917 por el órgano constituyente, y da paso a la transición del modelo de justicia mexicano.

Entre los objetivos principales de esta reforma, se encuentra en primera instancia, el establecimiento de un sistema procesal de carácter acusatorio, oral y público, de corte garantista, que permita a la víctima un mejor acceso a la justicia, mayor protección, y la garantía de la reparación del daño.

El juez, quien debe ser independiente e imparcial, decidirá con base en las pruebas presentadas, tanto por la parte acusadora, como por la defensa, en un plano de paridad. La elección realizada por el juez, entre las diversas reconstrucciones del hecho histórico, será estimulada por la contradicción dialéctica que se desarrolla entre las partes que representan intereses contrapuestos.¹

Con la reforma del 18 de junio de 2008 se hicieron profundas modificaciones a diez artículos constitucionales, y como consecuencia, al sistema de justicia penal de nuestro país. Dichas modificaciones obedecen al carácter ineficaz y obsoleto del sistema inquisitivo mixto utilizado hasta entonces.

Esta modificación necesariamente conlleva la aparición de nuevos principios rectores, en atención a un nuevo modelo penal acusatorio, el cual contiene, entre otras características, la oralidad, medio que permitirá la consecución de un sistema de audiencias, con el cual pretende dejarse de lado el tedioso y largo proceso escrito que dominó en el paradigma de la justicia penal mexicana.

¹ Jorge Nader Kuri, *Sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva*, <http://www.poder-judicial-bc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm>.

II. ANTECEDENTES DEL ACTUAL SISTEMA ACUSATORIO²

En relación a la organización del sistema de impartición de justicia en México, el antecedente más remoto es el establecido a partir de la Constitución de 1857, que si bien, dentro de la misma no se manifestaba claramente la ordenación del sistema de justicia penal, promovió que mediante legislaciones secundarias, tales como la Ley de Jurados Criminales del 15 de junio de 1869 y el Código de Procedimientos Penales del 15 de septiembre de 1880, se implantara un sistema mixto de enjuiciamiento, trasladando la idea de los promotores fiscales a la institucionalización del Ministerio Público (MP), figura que en un principio había contradicho los ideales del Constituyente de 1857. Cabe destacar la Ley Federal de Procedimientos Penales de 1908, debido a su importancia durante este periodo, que entre sus puntos relevantes, permitía un amplio arbitrio al juzgador en cuanto a la valoración de la prueba.

Con la nueva Constitución de 1917, el sistema de justicia penal sufre cambios, si bien no radicales, sí introduce, de acuerdo con la temática de esta carta magna, una serie importante de garantías al enjuiciamiento penal, entre las que destacan la libertad bajo caución, la publicidad en la audiencia, entre otras. Con el artículo 21, se sientan definitivamente las bases del Ministerio Público, las cuales permanecerían casi inalteradas hasta nuestros días, es decir, se mantiene el modelo inquisitivo mixto como rector del sistema de justicia penal.

Otro periodo importante en la historia, es el que abarca los años de 1917 a 1975, pues en esta etapa se realizaron sendas revisiones a la legislación procesal penal, se promulgaron, entre otros, el Código de Procedimientos Penales de 1931 para el Distrito Federal, el cual mantuvo un sistema inquisitivo mixto, y otorgó amplias facultades al MP; dicha legislación cobra relevancia por su longeva aplicación en la ciudad de México, y su adaptación en diversos estados de la república.

A manera de resumen, Santiago Oñate ofrece la siguiente panorámica:

El enjuiciamiento penal mexicano ha experimentado una constante evolución de lo inquisitivo a lo mixto. Empero, entre las bases constitucionales, el código distrital y el

² En lo referente a este capítulo véase Santiago Oñate, *Evolución del derecho procesal mexicano*, disponible en línea: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1017/8.pdf>>, y Niceto Alcalá Zamora, *Panorama del derecho Mexicano*, México, UNAM, 1966.

código federal, aparecen marcadas diferencias. Conforme a la Constitución se sientan las bases de un enjuiciamiento de tipo mixto; el distrital acoge dicho sistema, pero con tendencias al acusatorio, en tanto que en el federal aparecen rasgos de tipo inquisitivo.

No en vano, Enrique Díaz-Aranda señala que no existen sistemas puramente inquisitivos ni puramente mixtos, y la evolución del sistema mexicano es prueba de lo anterior. En pos del registro confiable de las actuaciones judiciales, hemos transitado una y otra vez, de un sistema predominantemente oral, a uno escrito, y con miras a la imparcialidad de quien determina la culpabilidad, hemos pasado de un sistema con jurado, a uno que no lo contempla. En este devenir, hemos transitado por los sistemas inquisitivos y mixtos, para acabar aterrizado en un nuevo sistema de justicia penal de corte predominantemente acusatorio y calificado como garantista, en cuanto atiende a sus principios rectores el ejercicio del buen derecho. Con esta breve introducción, pasemos a conocer los puntos medulares de cada sistema.

III. DEFINIENDO Y DELIMITANDO LOS PRINCIPIOS

Fernando Velázquez afirma que, *como cualquier sector del saber que pretenda un mínimo de coherencia y rigor conceptuales, el derecho penal está orientado por un cúmulo de postulados fundamentales a partir de los cuales es posible su interpretación, sistematización y crítica [...]*³

Como tales, los principios rectores del nuevo sistema de justicia penal, se incluyen en el artículo 20 con la finalidad de modificar el antiguo sistema de corte inquisitivo mixto, y establecer un procedimiento acusatorio, respetuoso e incluyente de las garantías individuales, y que modifique el paradigma de la impartición de justicia en nuestro país.

Los principios fundamentales constituyen un conjunto de características que permiten ser al derecho penal lo que es y no otra cosa, y lo distinguen de las otras ramas de la ciencia jurídica.⁴

3 Fernando Velázquez, "Los principios y garantías penales en el Código Penal para el Distrito Federal mexicano de 2002" en Moisés Moreno Hernández y Rodolfo Félix Cárdenas (coords.), *Comentarios en torno al Nuevo Código Penal para el Distrito Federal*, México, Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales, 2003.

4 Jorge Nader Kuri, "El sistema penal acusatorio, juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva", consultado en línea el 4 de junio de 2012, <http://www.pjbc.gob.mx/admonjus/n27/AJ27_001.htm>.

Según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, principios son: “*Las ideas fundamentales que sirven de base a un orden determinado de conocimiento o conducta*”. La importancia de estos principios radica en que son únicos e independientes con respecto a cualquier otro sistema de justicia penal del mundo. Así, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 20 constitucional, el sistema mexicano será uno acusatorio y oral, regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, si bien se incluyen en otras partes del mismo artículo otros principios, como el de presunción de inocencia por nombrar alguno, estos son los pilares fundamentales que ordenarán el desarrollo del procedimiento y su práctica en un sistema de audiencias. Son, por así decirlo, las reglas básicas del juego.

1. Principios contenidos en el artículo 20 constitucional

Los principios enumerados en el artículo 20 constitucional dan forma al nuevo sistema de justicia penal, y deberán estar presentes en todas –en realidad, casi todas–⁵ las etapas del proceso y abonando a la validez y apego a justicia del mismo, mediante el debido proceso y el respeto a las garantías individuales.

Para comenzar con el análisis del contenido del artículo 20 constitucional, es necesario ubicar el primer párrafo en el que se enumeran los principios rectores del nuevo proceso penal, ya que posteriormente, en el mismo artículo se distingue entre principios generales, en el apartado A y continúa con los derechos de los imputados en el apartado B, y por último víctimas y ofendidos en el C., el primer párrafo –que es el que nos interesa– se transcribe a continuación:

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Es entonces necesario mencionar en orden los elementos que lo integran, por lo cual iniciamos con el término “acusatorio” contenido en la redacción, y así continuamos con cada elemento del párrafo para lograr un análisis completo del mismo.

⁵ Al respecto se verá más adelante, que no todos los principios intervienen al mismo tiempo durante las distintas etapas del sistema, tal comportamiento acarrearía contradicciones que no permitirían el desarrollo de las mismas.

a. Acusatorio, ¿principio o característica del sistema?

La redacción del artículo 20 constitucional, en ningún momento antepone el adjetivo principio a la palabra acusatorio, e incluso lo enumera de manera previa; de esta breve interpretación, razonamos que el artículo 20 constitucional impone que el proceso será acusatorio: [...] *El párrafo inicial del 20 constitucional [...] define (adjetiviza) al proceso como acusatorio y oral, pareciendo adoptar la tendencia acusatoria como sistema.*⁶

Queda claro que, aún sin exposición de motivos que acompañen a la reforma, en las aclaraciones posteriores se ha manifestado reiteradamente que uno de los puntos principales de la misma es acabar con el sistema inquisitivo mixto, por lo que parece aceptable establecer como un hecho, que el primer párrafo del artículo 20 constitucional, busca establecer un sistema acusatorio como el eje del proceso penal en nuestro país:

Lo que se ha dado en llamar “Sistema de Juicios Orales” consiste en un conjunto de instituciones que pretenden lograr una mejora cualitativa y cuantitativa del sistema penal. En lo cualitativo se construye un sistema acusatorio (equilibrio entre atribuciones del Ministerio Público y el juez, dando la mayor relevancia al proceso penal y no a la averiguación previa como en la actualidad).⁷

Para nosotros, la idea de un sistema acusatorio, rebasa la de un principio acusatorio, dichos conceptos no necesariamente se encuentran contrapuestos, ya que resultaría obvio que a partir de un sistema penal acusatorio se derivara un principio acusatorio, el cual no sería otra cosa que la manifestación de que el sistema se regirá por este modelo, pues como dice Jürgen Baumann en su obra *El derecho procesal penal*; “Los principios que dominan en nuestro derecho procesal penal [...] también han sido en gran parte postulados políticos [...]”.⁸

6 María Elofa Quintero y Miguel Poilano Orts, *Principios del sistema acusatorio. Una visión sistémica*, Perú, Ara Editores, 2010.

7 Guillermo Zepeda Leucona, La reforma constitucional en materia de justicia penal de junio de 2008, en línea el 4 de junio de 2012. <[8 Jürgen Baumann, *Derecho procesal penal, conceptos fundamentales y principios procesales*, Buenos Aires, Argentina, Ed. De palma, 1986.](http://www.google.com/url?sa=t&src=j&q=&esc=s&source=web&cd=2&sqi=2&ved=OCFgOFjAB&url=http%3A%2F%2Fportal.iteso.mx%2Fportal%2Fpage%2Fportal%2FDependencias%2FRectoria%2FDependencias%2FDireccion_General_Academica%2FDependencias%2FDepto_de_estudios_sociopoliticos_y_juridicos%2FProgramas_academicos%2FDerecho%2FNoticias%2F08071a%2520reforma2008ITESO.doc&ei=YFLNT_TaC8nM2AXJ5ct6Ag&usq=AFQjCNGT7L6CZtBV4arFoh4oz2OMnjvXA&sig2=Bfzje6gzX1AQhMr5PVAtp>.</p></div><div data-bbox=)

Por otro lado, algunos autores defienden que se trata de un principio, exponiendo diversos motivos a favor de esta tesis entre los cuales destaca la participación del maestro Briseño Sierra, quien señala: “Principio jurídico significará la orientación dada por el legislador a un conjunto normativo cualquiera, orientación que conforme ese grupo de reglas al sentido teórico prevaleciente en la política del orden positivo”⁹.

Partiendo de esta idea, tendríamos que considerar como principios rectores del sistema, los denominados: principio acusatorio y oral, y los demás como principios segundos u ordenadores, ya no de la forma, sino del contenido del sistema acusatorio. No estamos en contra de la existencia del principio acusatorio, más bien consideramos que en el caso de la redacción del artículo 20 constitucional, el sentido dado al término acusatorio, al estar antepuesto a los principios rectores del sistema, hace referencia al sistema, clasificándolo como de corte acusatorio, rompiendo en definitiva con el antiguo sistema inquisitivo mixto utilizado en México.

Concluyendo con el análisis anterior, nos atrevemos a decir que la discusión entre sistema y principio acusatorio, por cuanto hace al sistema de justicia penal mexicano, queda resuelto con el hecho de que la redacción del primer párrafo del artículo 20 constitucional, que establece los cimientos del nuevo modelo, opta por referirse al sistema acusatorio como tal y por eso hace omisión a la inclusión del principio acusatorio entre los principios rectores del sistema, pues estaría siendo reiterativo.

b. Oralidad

El segundo término contenido en el artículo 20 constitucional, es el de la oralidad. En el nuevo proceso penal mexicano, algunos la han considerado como principio, otros han señalado que se trata más de un vehículo o medio para desarrollar las audiencias, la discusión en este sentido es similar a la del adjetivo acusatorio, y por tanto, creemos que la discusión se basa esencialmente en los mismos razonamientos, los cuales trataremos de exponer a continuación.

⁹ Humberto Briseño Sierra, El principio acusatorio en el proceso penal, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 77-78, 1970, México. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/77/pr/pr13.pdf>>.

Cabe destacar la importancia que adquiere el tema de la oralidad, ya que ha sido el tema más discutido de la reforma, y el que más impacto ha causado, a tal grado que, incorrectamente se habla de “juicios orales”, cuando en realidad deberíamos referirnos a un sistema de audiencias que se desahogan de manera oral. En segundo lugar, vemos que la oralidad servirá como punto de apoyo para la aplicación de principios, tales como el de publicidad y el de intermediación, a nuestro parecer, sería ridículo que fundaran un principio en otro, porque se crearía una dependencia que no admitiría la aplicación en concreto de un principio de “segunda categoría”, si el primero no está presente, como es el caso de la oralidad, la cual no permea en la totalidad de las actuaciones durante el proceso, y como ejemplo mencionamos la acusación formulada por el MP (la cual deberá ser presentada por escrito), el auto de apertura a juicio oral, entre otros. Como consecuencia, el principio de la oralidad se ha incluido en el espacio más amplio de un sistema acusatorio oral, en el cual se le asigna tal importancia que se considera, a manera de ejemplo, que sólo lo que ha sido manifestado en las declaraciones de los testigos, de manera oral, podrá ser tomado en cuenta a la hora de dictar la resolución que ponga fin al proceso.

Mencionamos anteriormente que la oralidad es el medio que permitirá la consecución de un sistema de audiencias, con el cual pretende dejarse de lado el tedioso y largo proceso eminentemente escrito, que dominó en el paradigma de la justicia penal mexicana. Así, en pocas palabras lo expone el doctor Edgar Elías Azar en el prólogo a la obra de Jesús Martínez Garnelo;¹⁰ *“Oralidad significa, al final del día, inmediatez procesal, nada más”*.

La etapa de juicio a través de la oralidad (sic) permite el desarrollo de los principios de intermediación y publicidad, además de la concentración para el desahogo de los medios de prueba. La oralidad se liga estrechamente con el principio de intermediación, que exige al juez o tribunal su presencia en las audiencias, para escuchar el debate sobre los hechos y argumentos jurídicos entre el MP y la defensa. De esta manera se garantiza una calidad mayor de la información rendida, al tiempo que se impide la delegación de facultades [...]¹¹

De esta manera concluimos que la implementación o adopción de la oralidad, lo que busca es, no tanto orientar el proceso –actuando como principio–, sino servir como un modelo, es

10 Se hace referencia al texto: *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral*.

11 Carlos F. Natarén Nandayapa y Beatriz E. Ramírez Saavedra, *Litigación oral y práctica forense penal*, México, Oxford, 2010.

decir, como una base para construir el proceso, algunos lo llaman vehículo porque permite avanzar dentro del proceso, por lo cual nos adherimos a esta manifestación, negando que la oralidad cuente como principio dentro de la redacción del artículo 20 constitucional, y que se trata más de una característica inherente al proceso.

c. Publicidad

Analizando los principios rectores del proceso acusatorio, encontramos en la redacción del artículo 20 constitucional el denominado de publicidad.

Una de las características del sistema acusatorio es reprobar toda práctica secreta y ocultista (común en los sistemas inquisitivos), y postular en su lugar la transparencia y flujo directo de toda información/acto/prueba en el proceso.¹²

La publicidad tiene como finalidad transparentar los procesos penales, permitir a la sociedad enterarse de la manera en que se tramitan y resuelven los mismos e incluso invitar a que se observe el desarrollo de los mismos. Hasta antes de la reforma, las prácticas, diligencias y actuaciones del MP eran por definición oscuras, cubiertas por el manto del sistema inquisitivo, y resultaba por demás difícil poner ante la vista de la población o público en general el desarrollo de las averiguaciones y los procesos penales.

Pero si bien la publicidad es uno de los principios centrales del nuevo sistema adoptado, lo cierto es que el principio ni es nuevo ni es tan ajeno a nuestros ordenamientos.¹³

En definitiva, la publicidad no es invención del sistema acusatorio, como tal ya existía, más bien, viene a mantenerse y a revolucionarse, adoptando nuevos contrastes *ad hoc* con el nuevo sistema de justicia penal, pues las reglas garantistas de este nos facilitan practicarla, ya que con las audiencias orales, todos pueden escuchar directamente a las partes, el desahogo de las pruebas, las declaraciones de los testigos, los alegatos de los abogados, incluso, la explicación de la sentencia que emite el órgano jurisdiccional, sin tener que solicitar copias de diligencias, que en ocasiones les eran negadas, o estar solicitando

¹² María Eloísa Quintero y Miguel Poilano Orts, *Principios*, op. cit.

¹³ *Ibid.*

expedientes para leer las actuaciones de los juzgadores, es infinitamente más sencillo hacer el ejercicio de la publicidad cuando la oralidad rige el desahogo de las audiencias.

La publicidad, según Ferrajoli, asegura el control, tanto externo como interno, de la actividad judicial. Conforme a ella, los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de la responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo, del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio.

La publicidad inhibe la corrupción a la que tan proclive eran nuestros órganos judiciales, transparenta los procesos, y facilita la igualdad de circunstancias de los adversarios en el proceso. Además la publicidad busca rescatar la confianza de la población en el sistema de impartición de justicia, tan atacado en los últimos años por sus mediocres logros e incontables injusticias.

Sin embargo, resulta por demás llamativo que ante un principio tan noble y tan importante como el de la publicidad, la misma Constitución y leyes secundarias prevean excepciones a la aplicación de este principio, ya que el hecho de hacer una excepción al mismo no quiere decir que deje de aplicarse, si no que se están respetando, bajo el modelo garantista del sistema acusatorio, garantías individuales a las que, bajo determinadas circunstancias se les confiere un mayor valor que el principio.

La primera de estas excepciones se encuentra en el mismo artículo 20 constitucional, apartado B, fracción v, el cual hace referencia a los derechos de toda persona imputada, y la cual textualmente se cita a continuación para proceder a su análisis:

Artículo 20 constitucional, apartado B, fracción v: Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

Este artículo señala por sí mismo los casos de excepción de manera limitativa, refiriéndose primero a cuestiones de seguridad nacional y seguridad pública, las cuales tendrán que ser valoradas por el juez o tribunal antes de dar inicio a las audiencias, para decretar la excepción a la aplicación del principio de publicidad en razón de una exposición fundada y motivada de la causa, la cual a su vez sí deberá hacerse pública, a razón de que constituye la apología de dicho proceder.

En su obra *Los juicios orales en México*, el doctor Miguel Carbonell hace referencia, de manera atinada, al principio de publicidad y sus excepciones, discurrendo en que se debe privilegiar a tal punto la aplicación del principio y en el supuesto, sus excepciones para la tutela de las garantías individuales que, por ejemplo, deberían hacerse arreglos (distorsión de voz y rostros) a la presentación de detenidos por parte de las autoridades, ya que en la calidad de presentados no se respeta del todo el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 20 constitucional, precisamente por el uso desmedido de la publicidad –no necesariamente del principio– que hacen los medios de comunicación. Entre otras cosas, también señala que el principio de publicidad “juega un papel de la mayor importancia en cualquier sistema procesal que busque respetar el debido proceso”.¹⁴

d. Contradicción.

*“El contradictorio constituye un principio procesal de la más elevada trascendencia”.*¹⁵

El principio de contradicción significa, en términos lisos y llanos, igualdad de “armas” para las partes que intervienen en el proceso. Utilizamos el término armas y no circunstancias porque el fiscal y el acusado tienen las mismas herramientas y elementos para demostrar que les asiste la razón.

La contradicción quiere decir, en esencia, que la igualdad de las partes en el proceso y la consideración que ambas merecen, en aras de la justicia, obliga a dar a cada una oportunidades iguales para esgrimir sus pretensiones, probar sus afirmaciones y exponer sus razones.¹⁶

¹⁴ Miguel Carbonell, *Los juicios orales en México*, México, Ed. Porrúa, 2011.

¹⁵ Sergio García Ramírez, “Reseña legislativa sobre la reforma constitucional de 2007-2008 en materia de seguridad pública y justicia penal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, núm. 123, 2008. Consultado en línea el 4 de junio de 2012, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123/el/el14.htm>>.

¹⁶ *Ibid.*

Entre los logros más destacados de este principio están el hecho de que, bajo el esquema garantista del sistema de justicia acusatorio, las pruebas que aporte el MP como resultado de su investigación no tendrán mayor valor que aquéllas que pueda aportar la defensa, y que ambas partes tendrán a su alcance elementos para demostrar la validez o legalidad de sus pruebas y refutar las de la contraparte, haciendo de la aplicación del derecho un ejercicio por demás “democrático”.

Otra manifestación de este principio se encuentra en la fracción VI del apartado A, del artículo 20, que señala:

VI. Ningún juzgador 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, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

Queda en claro la intención de prevenir malas prácticas, como que las partes lleguen a acuerdos con el juez, que los pudieran poner en ventaja frente a su contraparte en el juicio. Esta fracción corresponde a una parte metaprocesal de aplicación del principio de contradicción, puesto que tutela actos fuera del proceso, pero que evidentemente están relacionados con el mismo.

Otro de los círculos en los que se manifiesta el principio de contradicción es sin duda, el interrogatorio de las partes, esta práctica, ya del ámbito forense nos permite llegar con mayor transparencia a la verdad jurídica.¹⁷

Piero Calamandrei llamaba a este principio la fuerza motriz del proceso, su garantía suprema; es claro que el padre del constitucionalismo italiano conocía la importancia de este principio, de ahí que le otorgara un valor tan alto.

Será el principio de contradicción el que ponga a prueba a los abogados postulantes, puesto que en el ejercicio de este se verá el grado de preparación de cada uno, así como la pericia, desvirtuar lo alegado por las partes en el marco de las audiencias con la oralidad como su herramienta.

¹⁷ Jesús Martínez Gamelo, *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral*, México, Porrúa, 2011.

e. Concentración.

El principio de concentración se define como la posibilidad de ejecutar la máxima actividad del procedimiento en la fase oral. La concentración, celeridad y oralidad forman el trípode sobre el cual descansa la ritualidad del procedimiento con principio acusatorio.¹⁸

Comúnmente, hecho de lado en cuanto a su importancia, el principio de concentración es responsable de la organización del modelo de audiencias de nuestro sistema de justicia penal, puesto que busca optimizarlas, para que abarquen el mayor número de actuaciones posibles, no permitiendo que el proceso se prolongue en perjuicio de las partes.

Al respecto el doctor Carbonell señala: “el principio de concentración supone que la mayor parte de los actos procesales se van a realizar en una sola audiencia (idealmente) o en un número muy reducido de actuaciones procesales, lo que va a permitir que el proceso se abrevie lo más posible.”¹⁹

Cabría preguntarse si la concentración es consecuencia del modelo de audiencias propio de un sistema acusatorio, que a todas luces la facilita, y la hace impensable en un sistema inquisitivo de carácter escrito, o el modelo de audiencias, característico del sistema acusatorio, es consecuencia de la concentración.

En este sentido, concluimos que la concentración, como principio que busca no prolongar los procesos, más allá del tiempo absolutamente necesario para ejercer la defensa contra la pretensión punitiva del órgano acusador, moldea el sistema de audiencias, no en cuanto a su creación, sino en cuanto a su organización y funcionamiento.

Fix Zamudio nos habla del principio de concentración:

Significa, en esencia, que el procedimiento no debe fragmentarse en diversas etapas preclusivas, lejanas en el tiempo unas de otras y con constantes impugnaciones

¹⁸ Jaime Bernal Cuellar, *El proceso penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

¹⁹ Miguel Carbonell, *Los juicios*, op. cit.

de numerosos actos procesales intermedios, como ocurre con el proceso predominantemente o exclusivamente escrito, el que se prolonga excesivamente en el tiempo.²⁰

Los beneficios de la concentración se percibirán como la rapidez y agilidad de los procesos, que como resultado modificarán la percepción de la justicia penal como una justicia lenta e ineficaz.

f. Continuidad.

Este principio está relacionado estrechamente con el de concentración, se puede decir que uno es condición necesaria para que exista el otro y viceversa,²¹ el de continuidad regula la interrupción de las audiencias relativas al proceso. Tiene como finalidad que las mismas se desahoguen de manera continua, impidiendo retrasos y dilaciones innecesarias.

Existen diversas excepciones contenidas en los códigos adjetivos de la materia, en general encaminadas a conservar la buena disposición y agilidad mental de las partes, ya que operan cuando la audiencia se ha prolongado por un periodo muy largo de tiempo, o en ocasiones cuando es necesario aportar prueba sobre prueba o pruebas supervinientes en el proceso, dichas excepciones no buscan vulnerar la continuidad de las audiencias, sino permitir a las partes estar en condiciones de respetar el debido proceso, por lo que diremos que el principio de continuidad está supeditado a otros principios que resultan de mayor relevancia para las partes y a las finalidades esenciales del procedimiento.

La continuidad también cobra importancia en el momento que corresponde desahogar las pruebas, puesto que al hacerse de manera ininterrumpida, el juez está en posibilidades de recibirlas de manera conjunta y continua, impidiendo que se distraiga con cuestiones irrelevantes o que se “olvide” de alguna prueba en razón del tiempo que ha transcurrido desde su desahogo hasta su fallo. Sin duda, dicha concentración facilita la tarea del juzgador, ya que favorece la obtención de material probatorio de mayor peso y calidad.²²

20 Héctor Fix-Zamudio, “Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal” en *Homenaje a Cipriano Gómez Lara, México*.

21 Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit.

22 María Eloísa Quintero y Miguel Poilano Orts, *Principios*, op. cit.

g. Inmediación.

La inmediación está íntimamente vinculada con la oralidad en el desarrollo del proceso. Consiste en la obligación del juez de estar presente en todas las audiencias, para que de manera personal y directa las guíe, sea él quien reciba las pruebas desahogadas por las partes, y en consecuencia, resuelva lo conducente.

El principio de inmediación indica que el juez debe estar presente en la audiencia y dicha presencia debe ser, obviamente, física y no remota, y además debe ser continua. Si el juez se ausenta o de plano no acude a la audiencia, todo lo actuado es nulo de pleno derecho.²³

Este principio tampoco es nuevo ni exclusivo del sistema acusatorio, ya desde el sistema inquisitivo se solicitaba la presencia del juez en el desahogo de las diligencias, sin embargo, la carga de trabajo propia del antiguo sistema no permitía que así fuera, ya sea que se utilizara como excusa o materialmente sí le resultara imposible, por lo que era personal de segundo o tercer nivel dentro de la jerarquía de los juzgados quienes dirigían y desahogaban dichas diligencias, propiciando violaciones al debido proceso e incluso a garantías individuales de las partes con este proceder.

La reforma busca rescatar la posición del juez como el personaje idóneo para conducir las audiencias, lo cual nos indica que deberán estar preparados para resolver las cuestiones de derecho que se susciten en las mismas, además de conocer cabalmente el procedimiento, para ir guiando a las partes dentro del mismo.

De esta manera los jueces tendrán un conocimiento más cercano del caso y no podrán emitir sus fallos con la única guía de un frío expediente, y del correspondiente proyecto que les prepare algún secretario.²⁴

Este principio se encuentra reforzado por la fracción II del apartado A, del artículo 20 constitucional. *Consecuentemente, este postulado implica la recepción de la prueba y el alegato de las partes en forma originaria [...] entre el juez y la prueba o las partes.*²⁵

²³ Miguel Carbonell, *Los juicios*, op. cit.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Jesús Martínez Garnelo, *Derecho*, op. cit.

Queda claro que la finalidad del principio de inmediatez es que sean los jueces quienes conozcan del caso, de las pruebas, a las partes, etc., de primera mano, puesto que serán ellos los que deberán cumplir con la nada sencilla tarea de resolver la culpabilidad o inocencia de un imputado conforme a lo que han ido descubriendo durante el juicio.

En el debate oral el juez o integrantes del tribunal deben estar presentes durante todo el juicio. Esto motiva entonces que sean los únicos habilitados para dictar el fallo, puesto que conocieron el desarrollo de los acontecimientos a través de las audiencias.²⁶

Haciendo énfasis en la relación de la inmediación con la concentración y la continuidad, apoyadas por la oralidad, el juez o tribunal que resolverá de la causa se encuentra favorecido por este principio, puesto que, al haber presenciado personalmente las audiencias, conociendo de primera mano las pruebas, habiendo escuchado por sí mismo los alegatos e interrogatorios que realizaron las partes, está en la mejor posición para dictar su resolución una vez alcanzada esta etapa del proceso, ¿Quién mejor para resolver un caso que el juez que lo conoce personalmente, y que ha visto el desarrollo del mismo?

Por las facilidades que aporta al juzgador al momento de dictar su resolución, y por lo que esto implica para las partes, hay quienes señalan que la inmediación, más que un principio constituye una garantía.

IV. CONCLUSIONES

A grandes rasgos, la comunidad jurídica en México y en el mundo, ven con buenos ojos la implementación del sistema acusatorio, ya que lo han calificado como un avance en la impartición de justicia de nuestro país, que tanto ha sufrido en los últimos años. Un sistema de justicia que ahora prevé mayores derechos para las víctimas y ofendidos, pero también para los imputados; principios procesales modernos y democráticos; y los mecanismos alternos para la solución de controversias.

²⁶ *Ibid.*

Las diferencias entre el sistema acusatorio que plantea la reforma y el antiguo sistema de corte inquisitivo mixto, quedan expuestas con magistral claridad en la siguiente cita:

*Se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación [...] A la inversa, llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda recolección y valoración de pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de defensa.*²⁷

Cobra relevancia el viejo dicho de que “justicia retardada es justicia denegada”, la oralidad es la herramienta para evitar los retrasos en la impartición de justicia, y como hemos mencionado, el método de actuación procesal que permite dar vigencia al principio de publicidad, concentración e inmediatez, característicos del sistema acusatorio. El legislador mexicano ha visto más allá del mero principio de oralidad y ha pretendido incluirla como una herramienta que permita el desarrollo eficaz del sistema de justicia penal de corte acusatorio. El cual, apoyado en los ejes de los demás principios promete proveer al sistema de justicia penal mexicano de algo que ha tenido ausente desde hace algún tiempo, viabilidad en su funcionamiento.

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*. Las cursivas son propias, para demostrar énfasis en el texto.

BIBLIOGRAFÍA

- *Baumann, Jürgen, Derecho Procesal Penal, conceptos fundamentales y principios procesales, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1986.*
- *Baytelman y A. Y. Duce, Litigación penal, juicio oral y prueba, México, FCE-INACIPE, 2009.*
- *Bernal Cuellar, Jaime, El proceso penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.*
- *Carbonell, Miguel, Los juicios orales en México, México, Porrúa, 2010.*
- *Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, s.f.*
- *Fix Zamudio, Héctor, Aproximación al estudio de la oralidad procesal, en especial en materia penal, México,*
- *García Ramírez, Sergio, Comentario a la Iniciativa de Reforma Constitucional en Materia Penal del 29 de Marzo de 2004, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm.111, septiembre, 2004.*
- *_____, La Reforma Penal Constitucional de 2007. IX Jornadas sobre Justicia Penal, México, 2008, p. 34.*
- *Martínez Garnelo, Jesús, Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procedimental oral, México, Porrúa, 2011.*
- *Natarén Nandayapa, Carlos y Beatriz E. Ramírez Saavedra, Litigación oral y práctica forense penal, México, Oxford, 2010.*

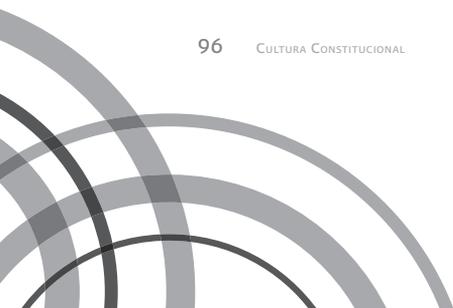
- *Ovalle Favela, J., Antecedentes del jurado popular, s.f.*
- *Quintero, María Eloísa y Miguel Poilano Orts, Principios del Sistema Acusatorio. Una visión sistémica, Perú, Ara Editores, 2010.*
- *Ramírez Delgado, J. M. La Reforma constitucional en materia penal. Artículo 18 constitucional, México, s.f.*
- *Velázquez, Fernando, El penalista liberal. Controversias nacionales en el derecho procesal penal, penal y criminología, Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 2004.*

EFICACIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE SEGURIDAD PÚBLICA Y JUSTICIA PENAL.

GERMÁN ADOLFO CASTILLO BANUET*

* Doctor en derecho penal. Profesor del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, campus ciudad de México. Correo: gcbanuet@gmail.com





La reforma a los sistemas de seguridad pública y de justicia penal es una de las reformas estructurales que México necesita. Si bien esta fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, con lo cual podría pensarse que la reforma ya sucedió, lo cierto es que su entrada en vigor de manera escalonada, en atención a los subsistemas que comprenden a aquéllos, permite afirmar que la reforma aún es una necesidad.

Sabemos que los artículos transitorios señalan como entrada en vigor del decreto en general el 19 de junio, pero, para el tema de seguridad pública dieron seis meses para la emisión de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la cual se publicó el 2 de enero del 2009, y otros seis meses para que las 32 entidades federativas adaptaran sus leyes locales al nuevo sistema, es decir, el 18 de junio de 2009, sin embargo la adecuación no ha concluido, pues hay entidades que no han ajustado su ley local a la reforma constitucional y a la ley general, además de que la mayoría de las instituciones de seguridad pública no operan, no funcionan conforme lo marca la reforma.

La reforma a diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que sin duda no se acota a lo que comúnmente se conoce como los juicios orales, es un avance notable en ambas materias por reformar de fondo seis temas básicos:

- *Seguridad pública.*
- *Prevención del delito.*
- *Combate a la delincuencia organizada.*
- *Extinción de dominio.*
- *Sistema penal acusatorio.*
- *Sistema de reinserción social.*

Estoy seguro que de haberse ya implementado esta reforma correctamente, en los 33 sistemas de seguridad y de justicia penal del país (32 locales y uno federal), no estaríamos en la problemática actual.

La realidad es que, aunque lo relativo a la prevención del delito, a la seguridad pública, al combate a la delincuencia organizada, y a la nueva figura de extinción de dominio, entraron en vigor entre el día siguiente de su publicación y el año siguiente al día de la publicación, a esta fecha la gran mayoría de las entidades federativas no han cumplido los postulados de esta reforma o no los aplican, lo que es aún peor. Basta señalar el ejemplo de la certificación de los miembros de las instituciones de seguridad pública.

Sin duda que su cumplimiento es complejo, pero posible si existe la suficiente voluntad política. Respecto a la seguridad pública, se adopta una competencia concurrente entre la federación, los estados y los municipios, que impone a todos cumplir con la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que otorgó hasta cuatro años para que todas las corporaciones policiales del país cumplan con el nuevo modelo de desarrollo policial, que incluye el tema ampliamente difundido de la depuración de sus miembros, periodo que está a punto de fenecer en enero de 2013, y sin embargo tiene un magro avance.

En el tema del combate a la delincuencia organizada, se prescribió en la reforma que sería sólo de competencia federal, pero de último momento se incluyó un transitorio que condicionaba ese cambio (que implicaba a las entidades perder esa poderosa herramienta que es el régimen especial contra el crimen organizado, pero que en buena medida han utilizado para delitos diversos) a que el congreso de la unión legislara en la materia, sin ponerle término a esa obligación, con lo que dejaron en el limbo la transición, pues el congreso de la unión no ha legislado en la materia.**

En el aspecto de la prevención del delito, que por primera vez se elevó a nivel constitucional, se han tenido avances normativos, como la emisión de la Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia o la Ley de la Policía Federal que incluye la investigación para la prevención, pero en los restantes órdenes de gobierno poco se ha avanzado, de ahí que la carga siga siendo en la función policial, pero si esta, como lo hemos dicho, está todavía muy rezagada, especialmente en el ámbito local, entendemos la situación actual.

** Hay quien sostiene que el Decreto de Reformas a Diversos Ordenamientos, publicado el 23 de enero del 2009, conlleva el ejercicio de esa potestad, y que entonces, a partir de esa fecha la competencia sólo es federal. Opinión que no comparto pues basta ver si el legislador secundario en algún momento de ese proceso legislativo dijo que estaba ejerciendo la facultad señalada en el artículo sexto transitorio del decreto del 18 de junio antes aludido, aunado a que objetivamente la reforma de enero del 2009, si bien incluye algunas modificaciones a la LFCDO, en esencia es otra su finalidad y estas reformas a la citada ley evidentemente no constituyen la pauta a la que se refiere el transitorio constitucional.

La extinción de dominio es otro ejemplo de lo que no se debe hacer, ya que de origen se acotó en demasía la figura respecto de su alcance y aplicación en otros países como Italia y Colombia. Luego, el congreso acotó todavía más esta figura, para aprobar un cuerpo inconsistente e ineficaz, que evidentemente no se ha podido aplicar, y cuyos resultados son malos, quebrantando la idea original de ser el instrumento líder para impactar las estructuras económicas de la delincuencia organizada.

Así llegamos al quinto tema que comprende la reforma al sistema penitenciario, que cambió de objetivo esencial, pues pasó de la readaptación social (concepto de política criminológica adoptado en México en los años setenta) al de reinserción social (política criminal realista y moderna), pero que igual que las anteriores, no fue tomada en serio por la mayoría de las autoridades, las que al cuarto para las doce, es decir unos días antes del 19 de junio de 2011, cuando fenecía el término constitucional para su entrada en vigor, aprobaron cualquier tipo de ordenamientos secundarios para intentar cumplir con la reforma, los que desde luego han implementado a la ligera y con magros resultados.

En el fuero federal el punto está aún peor, ya que a la fecha no se ha terminado el proceso legislativo para emitir la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Penas. Acaso es rescatable la creación de los jueces de ejecución de sentencias (en el caso federal por acuerdo del Consejo de la Judicatura quien responsablemente hizo la implementación directa del precepto constitucional reformado), que a pesar de los errores de implementación han comenzado a moderar los abusos del sistema penitenciario.

Ahora nos abocaremos al tema más conocido y esperanzador de la reforma constitucional, o sea, el sistema acusatorio, coloquialmente conocido como el de los juicios orales, que comprende un revolucionario cambio en el procedimiento penal que parte de la filosofía propia del estado democrático de derecho, es decir, el respeto a las libertades individuales, encabezadas por la presunción de inocencia, acompañada del debido proceso, lo cual conlleva a una nueva asignación de funciones y cargas para la trilogía procesal y sus auxiliares.

Sin duda que ese nuevo sistema exige mejorar la calidad de los operadores, empezando por los policías, los agentes del Ministerio Público (MP) y los peritos, al ser la triada que debe realizar la investigación, para que el representante social haga la persecución de los posibles delitos, toda vez que le suprime a este último dos de sus principales herramientas legales, la fe pública en sus actuaciones y el valor de prueba preconstituida a sus diligencias, gracias a lo cual ha logrado la mayoría de sus sentencias condenatorias.

En ese sentido, para que el MP sea eficiente y eficaz en los procedimientos con el sistema acusatorio, deberá realizar por sí y con sus socios estratégicos, investigaciones profesionales y reales (no formales), que le permitan acudir al proceso con verdaderas expectativas de éxito. **La investigación del delito es el tema fundamental para que sea eficaz el sistema acusatorio.**

Buena parte de los interesados en este nuevo sistema, piensan que lo importante está en el juicio oral. No niego que es el momento climático del sistema, pero sin duda no es la piedra angular del modelo, pues esta lo es la investigación.

Una investigación desformalizada, científica, pero al mismo tiempo práctica, que exige profesionalización de los policías preventivos, investigadores, peritos y agentes del Ministerio Público. Lamentablemente mi visión de lo que está sucediendo en México (al igual que en varios países de Latinoamérica) es que no hay conciencia o interés del cambio profundo que se requiere en las policías municipales, estatales e incluso federales, para su debido desempeño en el nuevo sistema; tampoco hay conciencia de la relevancia que toma la evidencia científica, y con ello los laboratorios forenses, el procesamiento de la escena del delito, la cadena de custodia y el debido resguardo y preservación de los indicios.

Articular la trilogía de la investigación no es tarea sencilla, puesto que el componente policial impone la debida actuación de casi 500 000 personas en todo el país, más los aproximadamente 50 000 militares que realizan labores de seguridad pública, y por si esto fuese poco, los cientos de miles de guardias de seguridad privada que en muchas ocasiones son los primeros en estar en el lugar de los hechos.

En muchas ocasiones he escuchado a interesados e incluso conocedores del tema de seguridad y justicia decir que los cambios más importantes, con motivo de la reforma, son en la organización y la gestión de los tribunales, puesto que se crean los jueces de control, los jueces o tribunales de juicio y los jueces de ejecución, así como se divide el tema jurisdiccional a cargo de los citados jueces, del tema de organización y gestión a cargo de administradores del juzgado o tribunal (que conocerán en el mejor de los casos del 10% de las investigaciones iniciadas), lo que sin lugar a dudas es importante, pero lamentablemente discrepa de esas opiniones, pues estimo que la impartición de justicia se basará en la investigación del posible delito, y se limita a decidir si se comprobó o no el delito y la responsabilidad penal.

Un aspecto esencial para la eficacia del sistema en el 100% de las denuncias y querrelas es la debida actuación y coordinación de las instituciones de seguridad pública, las cuales no sólo carecen de presupuesto, planeación, equipo, herramientas y procedimientos, sino del capital humano confiable y permanente. En efecto, como lo dijimos, la mayoría de los policías no han sido certificados en sus competencias y su confiabilidad, pero adicionalmente, la mayoría del estado de fuerza es separado al poco tiempo de su ingreso, por ejemplo, los policías municipales, en el mejor de los casos, cada que cambia el presidente municipal, ya que pocas corporaciones tienen servicio de carrera, y aún teniéndolo, no se aplica o respeta.

En el caso de los agentes del MP, la historia es similar, pues no funcionan los servicios de carrera, y se privilegian las designaciones especiales, aunado a que las malas condiciones laborales fomentan que una vez capacitados, estos elementos se separen de la institución para dedicarse a otras actividades, incluso incorporarse como abogados de despachos que les ofrecen mejores ingresos, y los que van supliéndolos en el MP, ya no son capacitados, sino que se forman en la práctica, lo cual genera un mal desempeño.

Esta problemática ha ido provocando que las investigaciones en trámite se vayan acumulando de forma geométrica, puesto que la falta de investigaciones sólidas impide su judicialización, o si se inició el ejercicio de la acción penal, los resultados sean adversos.

Entonces, un elemento indispensable para la eficacia de la reforma, es la profesionalización integral y permanente de las policías y de las instituciones del MP, así como de los servicios periciales. Pero esto sólo se logrará hasta que se cumpla en sus términos la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, cuestión que para muchos pareciera ajena al sistema acusatorio, pero no lo es, al contrario, es la base fundacional del nuevo procedimiento penal. Pero además, halla una visión institucional y sistémica de la actuación de los citados operadores, que generen normas, manuales, protocolos y procedimientos de operación adecuados, eficientes y actualizados para apoyar el correcto y oportuno desempeño de los servidores. Asimismo, se requiere la automatización de los procesos y procedimientos sustantivos y administrativos, a través de la generación de una plataforma de información y de gestión interoperable, primero entre las trilogía de la investigación y luego entre los operadores del sistema, que comprende desde la policía preventiva hasta la autoridad de ejecución de penas y medidas de seguridad.

Otro aspecto fundamental en la eficacia del sistema es la creación y debida operación de los procedimientos y unidades para la elaboración de estudios de riesgo, que son los que el MP y la defensa utilizarán para debatir sobre la necesidad de las medidas cautelares, de manera que el juzgador tenga elementos objetivos e imparciales para definir si se requiere alguna medida, cuál y su nivel de aplicación, habida cuenta que por el principio de presunción de inocencia, toda restricción al imputado debe ser fundada y motivada.

Es decir, no es correcto que al tiempo que el MP realiza la investigación de los hechos deba hacer el estudio de riesgo, ya que se presumirá que sus resultados son parciales o sesgados, se requiere que un ente oficial diverso, puede ser que la unidad que se encargará del cumplimiento de las medidas cautelares haga ese estudio -de gabinete y campo-, para determinar si hay riesgo objetivo de evasión o de obstaculización del proceso o de afectación a las víctimas o testigos, y entonces sí el MP tenga el sustento para solicitar la medida cautelar adecuada y proporcional. De lo contrario, seguirá sucediendo lo que hasta la fecha, es decir, que el MP pide la medida cautelar que estima pertinente, que por falta de sustento niega el juzgador, y entonces termina no aplicándose medida o una insuficiente, lo que de alguna forma es una muestra de la debilidad del sistema, y en muchas ocasiones es aprovechada por algunos imputados para evadirse o realizar conductas ilícitas, incluso contra los testigos y víctimas.

El cumplimiento permanente de las medidas que se apliquen es otro elemento esencial del sistema, no basta imponerlas, se deben cumplir o hacer que se cumplan. De poco sirve un gran catálogo de medidas cautelares en la ley e incluso su imposición, si estas no se cumplen.

Se requiere de personal que se encargue de su cumplimiento, tanto en gabinete como en campo, por ello, se estima que el área de reinserción social, que tradicionalmente ha cumplido la medida de prisión preventiva, es la que debe ampliarse para que, con más personal siga el cumplimiento de dichas medidas (como la prohibición de molestar a la víctima o a los testigos o de salir de una determinada demarcación territorial), para lo cual se requiere de agentes de la autoridad facultados para revisar en los hechos su observancia. También debe controlarse el cumplimiento de las condiciones de suspensión autorizadas por el juez.

Se sugiere la creación de la unidad de policía procesal, la cual podría estar en el área de reinserción o en la policía estatal, que además de las ya conocidas labores de traslado y custodia de detenidos durante las audiencias, realice labores de verificación del cumplimiento de medidas cautelares y de restablecimiento de las mismas, cuando exista un flagrante quebrantamiento. Sólo de esta forma se podrá otorgar seguridad a los intervinientes del proceso y a la sociedad de que la libertad durante el proceso no significa desentendimiento por parte de la autoridad.

Se debe enfatizar que **la eficacia de este nuevo sistema radica en la investigación, pero también en el control de los procesados en libertad**, ya que la sociedad está acostumbrada a la prisión preventiva y si no se aplica hay una percepción de impunidad, que sólo se irá desterrando conforme se acredite que las medidas cautelares diversas a la prisión sí funcionan.

El planteamiento anterior no se cumple por generación espontánea, sino con motivo de la planeación estratégica que con un plan multianual se desarrolle en todas las instituciones que tienen injerencia en los sistemas, y el cual debe tener un periodo de tres a cinco años de ejecución. De ahí que, con visión, el constituyente permanente haya ordenado su entrada en vigor al año del decreto, y en cambio haya otorgado hasta ocho años para el inicio de vigencia del sistema acusatorio.

Ahora bien, como la sociedad lo que exige son soluciones rápidas a la mayoría de los conflictos penales (especialmente en casos menos graves), la reforma constitucional plantea hasta seis opciones legales para esa solución:

- *A través de la justicia alternativa (también denominada mecanismos alternativos de solución de controversias previstos en el artículo 17 reformado);*
- *Los acuerdos reparatorios que aplican en delitos perseguibles a petición de parte aún cuando existe investigación o proceso;*
- *Los criterios de oportunidad (previstos en el artículo 21 constitucional) permiten no iniciar o suspender la investigación por razones de política criminal o conveniencia social;*
- *Las formas anticipadas de terminación del proceso (previstas en el artículo 20, apartado A, fracción viii), como la suspensión del proceso a prueba que se aplica cuando ya se judicializó el caso, se ha iniciado el proceso, y el MP propone esa suspensión a cambio de cumplir un plan de reparación que incluye la reparación del daño y la garantía de no reiteración de la conducta;*
- *El proceso simplificado (legislado en el estado de Morelos y que se propone en el Código Federal de Procedimientos Penales) que ante la falta de controversia entre las partes, pues el imputado y su defensa aceptan la acusación del MP y la aprobación del juez que considera suficiente los datos de prueba aportados por la representación social, emite sentencia condenatoria con una reducción de la pena solicitada por el fiscal conforme a la ley, que puede ser de hasta un cuarto (esto varía según la legislación) de la pena mínima asignada al delito, y que en mi opinión debe proceder para delitos cuya pena permita la aplicación de sustitutivos penales o la condena condicional, cuando el caso se inició por flagrancia con detenido, este es primodelincuente, y una vez asesorado legalmente el investigado acepta los hechos imputados y repara o garantiza la reparación del daño, con lo cual la víctima encuentra respuesta a su derecho, el sentenciado obtiene un beneficio de política criminal y la sociedad advierte que se realizó justicia, pero todo esto en ¡72 horas; y no en meses o años como ahora acontece;*

- *El proceso abreviado que aplica en forma similar al abreviado, pero se resuelve en menos de un mes, pero en mi óptica debiese aplicar a casi todos los delitos, y puede pactarse ya avanzada la investigación judicial, por lo que se orienta a obtener la colaboración del imputado, sobre todo tratándose de delitos cometidos con pluralidad de sujetos activos o si el inculpado es miembro de una organización delictiva, entonces existen razones de conveniencia social para conferirle una reducción en su condena a cambio de su colaboración que permita imputar y acusar a otros investigados.*

Como se advierte, estas formas de justicia, además de novedosas, son prácticas y posibles, gracias a la maximización del debido proceso y el derecho a la defensa del detenido desde el momento inicial, por lo que al desterrarse el oscurantismo de la averiguación previa tradicional, es factible este tipo de soluciones, en los hechos, consensadas bajo los criterios de la ley y de las normas aplicables entre el MP y el defensor, con previa y suficiente asesoría al imputado.

Entonces, la mayoría de los casos tendrán soluciones anticipadas y sólo algunos, en los que el fiscal estime que cuenta con elementos suficientes para presentar y desahogar verdaderamente en el juicio contradictorio y oral, o la defensa estime que tiene posibilidades de éxito, deberán requerir el juicio oral (la estadística en México marca que en promedio sólo 1% de los casos llegan a juicio).

Sin embargo, lo que no debe suceder es que por la falta de investigaciones suficientes, coherentes y consistentes, se acuda sólo por practicidad a estas formas alternas o anticipadas de terminación de los casos, pues ello implica una perversión del sistema y una expresión de impunidad.

Ciertamente, si un delito que afecta bienes jurídicos relevantes es sujeto de justicia alternativa o criterio de oportunidad, simplemente por la falta de profesionalismo o por obstáculos institucionales, más que por ser justicia pronta y expedita, estamos ante un caso de violación de derechos humanos de la víctima, pues esta tendrá que aceptar la inactividad estatal o la autocomposición, ante la ineficacia de la autoridad investigadora.

Este ha sido un problema recurrente en las entidades federativas de nuestro país que han comenzado a operar el nuevo sistema acusatorio, lo cual ha causado molestia social y desencanto con el mismo, incluso se ha adoptado una frase creada para el original sistema chileno, por su “blandura” con los imputados, “la puerta giratoria”.

El llamado es a que no nos pase más esto, a que se cumpla con el espíritu y la letra de la reforma constitucional, que no implementemos “por encimita” la reforma, y que lo hagamos con compromiso y con firmeza. La reforma debe servir para hacer justicia a las víctimas, para abatir la impunidad, para fomentar la seguridad pública, no sólo para respetar los derechos de los imputados y sentenciados, ni para ponernos una “palomita” ante las organizaciones protectoras de los derechos humanos.

Para implementar estos cambios estructurales se requiere una verdadera visión de Estado, alta prioridad política y amplio financiamiento, pues no puede implantarse sólo con leyes de buena fe y buenos deseos. La experiencia de los primeros temas de la reforma es la mejor prueba de que el sistema acusatorio exige mayor voluntad de parte de los gobernantes y legisladores.

Es penoso reconocer que ni en 2008 ni 2009 el congreso de la unión destinó recursos etiquetados para la implementación en el fuero federal, y menos para las entidades federativas y sólo comenzó tímidamente en 2010, para otorgar en 2012 la insignificante cantidad de 423 000 000 de pesos, a repartir entre las 32 entidades federativas del país.

Baste señalar que sólo tres entidades federativas han alcanzado la implantación del sistema acusatorio en todo su territorio y para todos los delitos (Estado de México, y estados de Chihuahua y Morelos), aunque con grandes dificultades en su operación y resultados aún por evaluarse. Ciertamente, ocho entidades más han iniciado la operación del sistema en algunas regiones o delitos, pero con desempeños francamente azarosos.

La implementación y operación ordenada de la reforma en el país, exige cuando menos cinco años, entonces estamos rezagados, pero además se requiere la homologación de sistemas estatales, de manera que no incrementemos el caos actual. Si bien por obstáculos políticos no se ha podido establecer la legislación procesal penal única en el país, como sí

sucede en otros estados federales como Alemania y Suiza, al menos tratemos de mantener sistemas coherentes y consistentes.

Creo que con lo anteriormente explicado se advierte la magnitud del reto asumido, y lo grave que resulta que a más de cuatro años de publicada la reforma estemos en ese nivel de resultados.

Implantar correctamente la reforma al procedimiento penal en los tres fueros (de guerra, federal y común) tiene un costo de alrededor de 35 mil millones de pesos para sus ocho ejes de implementación (planeación, reorganización, infraestructura, equipamiento, tecnologías de la información y comunicación, capacitación, difusión y normatividad), y requiere un trabajo coordinado de los equipos interinstitucionales y multidisciplinarios de los 34 sistemas de justicia del país (incluyendo el militar); exige el apoyo total al Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y a su Secretaría Técnica, que es la encargada de operar la coordinación nacional, pero lamentablemente hoy con pocos “dientes”.

Es urgente que el nuevo gobierno federal establezca su programa integral para la implementación del sistema acusatorio, que con visión global y sexenal establezca las políticas, estrategias, acciones e indicadores para la implementación de la reforma, tanto en la Secretaría de Gobernación, como el eje de la implementación, como en la Secretaría de Seguridad Pública y la Procuraduría General de la República, instituciones operadoras del nuevo régimen, pues hasta ahora sólo han sido esfuerzos específicos los realizados.

Es necesario que el poder ejecutivo se coordine con el poder judicial de la federación, quien en forma gradual ha trabajado en los diversos ejes de la implementación para avanzar conjuntamente en los diversos frentes, de manera que resulte un sistema articulado y congruente.

En este sentido, se sugiere que la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación amplíe su actividad de apoyo, hoy focalizada al régimen de adultos en las entidades federativas, al sistema especializado de adolescentes, así como al sistema federal y al militar.

De igual forma, que el Consejo de Coordinación establezca sus grupos de trabajo, para que en forma permanente trabajen en la implementación, ya que no son suficientes las reuniones semestrales de alto nivel. La conducción de la reforma exige voluntad, trabajo y supervisión constante; recuerdo el caso de Chihuahua, donde cada semana el gobernador, el presidente del supremo tribunal y el presidente del congreso se reunían a dar seguimiento y evaluar los avances de la implementación de la reforma, ejercicio que por supuesto tuvo algunos defectos, pero fue eficaz para impulsar la implantación de la reforma en tiempo.

La sociedad necesita, exige y merece que los tres poderes de los tres órdenes de gobierno se comprometan a una implementación correcta de la reforma constitucional. De no hacerlo así, podría empeorar la tragedia nacional (véase los problemas que padecen varios países latinoamericanos por la deficiente implementación de este sistema), ya que, se insiste, por las nuevas reglas se pierde el tradicional poderío del MP, quien de no tener los medios para hacer investigaciones serias y profundas, terminará naufragando en un proceso notablemente bondadoso con el imputado, y con ello, las víctimas serán las que de verdad resulten lesionadas en sus derechos, pero primordialmente en sus sentimientos, ampliándose la actual percepción social de impunidad y entonces, sí seremos un Estado fallido.

INSTITUCIONES JURÍDICAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA

ACUSATORIO:

SU RELACIÓN CON EL AMPARO

CUAUHTÉMOC VÁZQUEZ GONZÁLEZ DE LA VEGA*
ERIKA BARDALES LAZCANO *

* Es licenciada en Derecho por la facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuenta con un master por el Instituto Superior de Derecho y Economía de Madrid, España. Tiene cinco certificaciones internacionales en materia de juicios orales por las siguientes instituciones: la Embajada Británica, El Centro de Estudios Jurídicos de las Américas y la Universidad de San Diego California.
Es profesora del Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE), de la Academia Nacional de Seguridad Pública, de la Secretaría Técnica del Consejo de Implementación para la Reforma Penal (SETEC), y de la Comisión Nacional de Tribunales (CONATRIB).
En su experiencia profesional ha sido investigadora-asistente en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, investigadora-asistente en la Dirección de Planeación de lo Jurídico en la Suprema Corte de Justicia de la Nación y directora de cursos regulares del Instituto de la Judicatura Federal. Es profesora certificada por méritos en la SETEC para la Implementación de la Reforma Penal en México.
Cuenta con diversas publicaciones académicas entre las que destacan Guía para el Estudio de la Reforma Penal en México.



Sumario: I. Introducción. II. La suspensión del proceso penal a prueba y el amparo indirecto. III. El procedimiento abreviado y el amparo directo. IV. Los medios alternativos de solución de conflictos y el amparo indirecto. V. Criterios de oportunidad y el amparo indirecto. VI. conclusiones.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 contiene diversos cambios al sistema de justicia, cambios que para nosotros están identificados en cinco puntos, los cuatro primeros son de contenido jurídico y el último, de carácter social. Estos cambios son: 1. Cambia la substanciación del proceso penal, es decir, se crean nuevas etapas del proceso, figuras y sujetos procesales; 2. Se crean instituciones que apoyan al proceso penal, las cuales tienen como fundamento la justicia alternativa; 3. Se contempla un régimen de excepción para la delincuencia organizada; 4. Cambia la ejecución de sanciones penales, respecto de la modificación y duración de las penas, la cual corresponderá a un juez de ejecución de la pena y, 5. Se debe tener un cambio respecto a la necesidad de socializar esta reforma de tan amplia importancia. Este punto no lo contempla la reforma como tal, pero sin él, no podrá llevarse a cabo, por ser este un compromiso social que debe ser parte indispensable en la difusión y la capacitación.

Respecto a la creación de instituciones que apoyan al proceso penal, estas son de nueva creación normativa para el sistema procesal penal mexicano, máxime que en otros países son instituciones utilizadas desde hace ya varias décadas. Estas instituciones tendrán finalidades específicas, pero en general, concuerdan con el objetivo de apoyar a descongestionar el sistema de justicia. Estas instituciones son las siguientes:

1. Suspensión del proceso penal a prueba
2. Procedimiento abreviado
3. Medios alternativos de solución de controversias
4. Criterios de oportunidad
5. Acción penal privada

En las próximas líneas se abordará cada una de estas instituciones desde la perspectiva jurídica procesal, para poder destacar su naturaleza jurídica, su objetivo y la oportunidad que podría darse respecto de estas en el juicio de amparo.

I. SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA

La suspensión del proceso penal a prueba o suspensión condicional del proceso es una nueva práctica jurídica en el derecho mexicano que consiste en permitir al indiciado de un delito someterse a dos condiciones para evitar un proceso penal. Es decir, que cumpla con el pago de la reparación del daño y una condición que impone el juez de control en atención al caso concreto.

Esta suspensión cuenta con una naturaleza jurídica fundada en la racionalización del derecho penal mínimo y se contempla como una alternativa prevista para evitar condenas de prisión. En nuestra opinión, la institución es la máxima expresión de la justicia restaurativa durante el proceso. Toda vez, que la justicia restaurativa basa su ejecución en tres ejes principales a saber: la reparación del daño a la víctima del delito; una atención a quien realizó la conducta delictiva, buscando se responsabilice de la misma y, por último, dar respuesta a la sociedad de la resocialización de personas que se han visto involucradas en hechos delictivos.

Nótese que las bases de la justicia restaurativa se concretan en la institución de la suspensión del proceso a prueba, ya que se garantiza la reparación del daño, se impone una condición al imputado para responder por su conducta, tanto de manera personal como social, y a la vez, se intenta dar resultados a la sociedad. Sobre todo en sentido de tener una persona responsable fuera de la cárcel, y no alguien dentro de ella, la que por cierto en lo últimos tiempos no se encuentra en muy buen término con la nomenclatura adquirida de "escuela del crimen".¹

Por tanto, se puede decir que la naturaleza jurídica de la suspensión del proceso penal a prueba, es conforme a la racionalización de la acción penal, y mediante las bases de la justicia restaurativa, además de ser una institución que tiene como objetivo descongestionar el proceso penal siempre que proceda.²

1 Véase Luis Gordillo Santana, *La justicia restaurativa y la mediación penal*, Madrid, Istel, 2007, p. 112-124. El término resocializar surge como movimiento tras finalizar la segunda guerra mundial. Como correlato del mismo se han desarrollado prácticas resocializadoras enfocadas a favor de las personas en prisión. No obstante, en la época dorada de los años cincuenta, en Estados Unidos, se concibió la idea de que en la cárcel se podía reeducar a los delincuentes, dicha creencia se ha extinguido. Durante aquellos años se empezó a tener la convicción de que las prisiones podrían servir de algo más que de *almacén de delincuentes*: un derecho penal que pusiera el acento en una política resocializadora y la confianza en una sociedad más justa.

2 En Argentina la suspensión del proceso a prueba se conoce como *Probation*, y tiene la finalidad de evitar la imposición de penas privativas de la libertad de corta duración. Javier Darío Muchnik, "Situación de la suspensión del proceso a prueba en el ámbito de la provincia de Tierra de Fuego" en R. Pedro David (coord.), *Justicia reparadora, mediación penal y probation*, Argentina, Lexis Nexis, 2005, p. 233.

Desde esta perspectiva, la suspensión del proceso se ha consagrado en el ordenamiento jurídico, por considerar que su instrumentación coadyuvará a realizar el programa penal de la Constitución que busca el fin de la reinserción social sin tener que dictar una sentencia, atender los intereses de la víctima, que desde la nueva regulación constitucional se vuelven prioritarios, y beneficiar al imputado sustrayéndolo del proceso judicial y evitando su contacto con la cárcel.

II. TRÁMITE DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA

Esta figura en el proceso acusatorio, tiene como requisito de procedibilidad la vinculación a proceso, ello por responder a la necesidad de fijar los hechos que serán motivo o estándar del juzgador al momento de determinar una medida de seguridad. Los tipos penales o las condiciones para su procedencia, varían dependiendo de la legislación que se pretenda analizar, en lo general será procedente en los siguientes supuestos.

1. En delitos cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años.
2. Cuando el imputado no haya sido condenado por delito doloso.
3. Cuando el imputado no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba. Esta disposición implica que sólo procederá por una sola ocasión, lo interesante es saber ¿quién lleva el registro por el cual se pueda constatar que no haya tenido ningún otro proceso suspendido a prueba? En la mayoría de los estados que ya cuentan con sistema acusatorio, lo llevan en ejecución de sanciones penales por medio de la dirección correspondiente.³
4. Que no exista oposición del MP u oposición fundada de la víctima, ofendido o acusador coadyuvante.

En consecuencia, la suspensión del proceso a prueba podrá solicitarse en cualquier momento una vez que se ha vinculado a proceso al imputado, hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral. Ahora bien, para la procedencia de esta institución la pregunta

³ Verbigracia Ley de Ejecución de Sanciones Penales del estado de Baja California Sur que menciona: Art. 24. Corresponde a la Dirección de Ejecución, Prevención y Reinserción Social las siguientes facultades y atribuciones: [...] b) vigilar y coordinar la ejecución del resto de las medidas cautelares reales y personales, así como el cumplimiento de las condiciones impuestas durante la suspensión del proceso a prueba [...]

determinante es, ¿quiénes están legitimados para solicitar la suspensión del proceso a prueba? Es principalmente, el imputado⁴ y el MP. Para el Ministerio Público esta facultad es desde la perspectiva del nuevo sistema acusatorio, una “atribución discrecional” que forma parte de la función de persecución que realiza, mientras que para el imputado es un auténtico derecho derivado de su condición jurídica.⁵

Una vez solicitada la suspensión del proceso a prueba, por el imputado o por el Ministerio Público, se dará trámite a una audiencia, donde se resolverá sobre la solicitud ante el juez, en ella deberán negociar el pago de la reparación del daño o, en su caso, el imputado deberá plantear un plan de reparación por el delito y un detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir.

A la audiencia serán citados víctima u ofendido, pero su incomparecencia no impedirá que el juez resuelva sobre la solicitud. Una vez que se ha resuelto la procedencia de la suspensión del proceso a prueba, se ha establecido el plan de reparación del daño, o bien, su liquidación en el momento, el juez procede a dar la resolución, la cual fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso o se rechaza la solicitud, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado, conforme a criterios de razonabilidad. Por ejemplo, la sola falta de recursos del imputado no podrá aducirse para rechazar la posibilidad de suspensión del proceso a prueba.

En la misma resolución el juez de control fijará el plazo de suspensión del proceso a prueba, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres.⁶ Hemos mencionado que también se deberá, además de la reparación del daño, imponer una condición al imputado, la cual es por su beneficio, y son obligaciones de hacer o no hacer. El MP y la víctima u ofendido, podrán proponer al juez condiciones a las que consideran debe someterse el imputado, entre estas condiciones se encuentran:

4 Dice la regla 3.4 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (reglas de Tokio): “las medidas no privativas de libertad que impongan una obligación al delincuente (imputado), aplicadas antes o en lugar del procedimiento o del juicio, requerirán su consentimiento”.

5 En Panamá, por ejemplo la suspensión es de oficio por el juez de adolescentes cuando el hecho punible admita la vía de la conciliación. Rita Maxera, “Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles de Latinoamérica y España” en R. Pedro David (coord.), *Justicia reparadora mediación penal y probation*, Argentina, Lexis Nexis, 2005, p. 89.

6 Art. 205. Condiciones por cumplir durante el periodo de suspensión del proceso a prueba. Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, consultado el 12 de enero de 2012, portal del congreso del estado.

1. Residir en un lugar determinado.
2. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas.
3. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.
4. Participar en programas especiales para la prevención y tratamiento de adicciones.
5. Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez.
6. Prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública.
7. Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas.
8. Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
9. Someterse a la vigilancia que determine el juez.
10. No poseer ni portar armas.
11. No conducir vehículos.
12. Abstenerse de viajar al extranjero.

Cuando se acredite plenamente que el imputado no puede cumplir con alguna de las condiciones anteriores, por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia, el juez podrá sustituirlas, fundada y motivadamente, por el cumplimiento de otra u otras análogas que resulten razonables. Para fijar las condiciones, el juez puede disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa.

Una vez dada la resolución, el juez preguntará al imputado si se obliga a cumplir con las condiciones impuestas y, en su caso, lo prevendrá sobre las consecuencias de su inobservancia, la cuales son en el siguiente sentido: al momento de dejar de cumplir con la condición, o bien, dejar de pagar la reparación del daño, continuará el proceso penal

hasta el momento donde tiene su última actuación. Nótese que es obligatorio cumplir la condición y la reparación. Al incumplimiento de cualquiera de las medidas se dará por incumplido el proceso penal a prueba, consecuencia que trae de sí el continuar el proceso penal ordinario. En la resolución es menester que el juez controle la legalidad del acuerdo, que no implica circunscribirse al análisis de las condiciones legales, es necesario verificar la validez del consentimiento de las partes.⁷

Si el imputado se aparta considerablemente y en forma injustificada de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación, o posteriormente es condenado en forma ejecutoriada por delito doloso, cuando el proceso suspendido a prueba se refiera a delito de esta naturaleza, el juez, previa petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, convocará a las partes a una audiencia en la que se debatirá sobre la revocatoria y resolverá de inmediato, fundada y motivadamente, acerca de la reanudación de la persecución penal.⁸

Los efectos de la suspensión del proceso a prueba son al cumplimiento de las condiciones impuestas y de la reparación del daño, se extinguirá la acción penal, mediante un sobreseimiento. Ahora bien, respecto de la acción penal, durante el periodo de suspensión del proceso a prueba quedará suspendida su prescripción.

III. LA SUSPENSIÓN DEL PROCESO PENAL A PRUEBA Y EL AMPARO INDIRECTO

La relación que puede existir respecto de la suspensión del proceso a prueba y el juicio de amparo indirecto podría darse al momento en que el tribunal de alzada confirmara la negativa de otorgar una suspensión de proceso a prueba, entonces procedería el amparo indirecto, por ser esta una decisión que no pone fin al proceso penal y sí ser un acto de molestia.

⁷ Gabriela María Alejandra Aromí de Sommer, "Suspensión del proceso a prueba: un camino hacia la composición del conflicto" en R. Pedro David (coord.), *Justicia reparadora mediación penal y probación*, Argentina, Lexis Nexis, 2005, p. 182.

⁸ Si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso a prueba que posteriormente es revocada, ellos se destinarán a la indemnización por daños y perjuicios que le pudiere corresponder.

Ahora bien, ya existe un criterio de Tribunales Colegiados de Circuito que menciona si el acto reclamado consiste la vinculación del proceso, pero el indiciado previa y voluntariamente solicitó y ofreció cumplir con las condiciones a que se obligó al momento de dictarse aquella medida, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo.⁹ Del criterio se desprende:

1. La suspensión del proceso a prueba es un medio alternativo de terminación del procedimiento.
2. Para que se logre el imputado debe solicitarlo.
3. Se otorga por el juez de garantía¹⁰ cuando se cumple con las obligaciones impuestas.
4. Sus efectos serán extinguir la acción penal.
5. El indiciado lo solicita voluntariamente y acepta cumplir con las condiciones a que se obligó.
6. Que existe una aceptación de los hechos, por los cuales se le dictó el auto de vinculación a proceso con todas las consecuencias legales que ello implica.
7. Lo que hace improcedente el juicio de garantías contra el citado auto de vinculación es, en términos de la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo, por estar en presencia de un acto consentido que trae como resultado el sobreseimiento en el juicio de garantías.

Conforme a este criterio se tienen los siguientes comentarios:

La suspensión del proceso a prueba es un medio alternativo de terminación del procedimiento. Es correcto, recordando que la justicia alternativa es toda forma diversa de solucionar un conflicto diferente de un término ordinario, que es la sentencia. La justicia

⁹ Tesis de rubro: Suspensión del proceso a prueba. Si el acto reclamado consiste en el auto de vinculación a proceso y el indiciado previa y voluntariamente solicitó y ofreció cumplir con las condiciones a que se obligó al momento de dictarse aquella medida, se actualiza la causal de improcedencia prevista en la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo (nuevo sistema de justicia penal en el estado de Chihuahua). Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, julio, 2010.

¹⁰ Este criterio está referido a la legislación del estado de Chihuahua, que contempla juez de garantía, pero el nombre constitucional es juez de control.

alternativa puede ser autocompositiva o no adversarial, verbigracia la conciliación; o bien, puede ser heterocompositiva o adversarial, donde es un tercero quien decide; en este supuesto se ubica la suspensión del proceso a prueba, ya que quien decide su procedencia es un tercero, denominado juez de control. Por tanto, esta suspensión, es un medio heterocompositivo de solucionar conflictos, perteneciente a la justicia alternativa.

Para que se logre, el imputado debe solicitarlo. Puede ser solicitado por el imputado, o bien, por el agente del MP, estos sujetos procesales son los únicos legitimados para ello.

Se otorga por el juez de garantía cuando se cumple con las obligaciones impuestas. Refiere principalmente que aún cuando se solicite y se de trámite, ello no implica que esté otorgado, toda vez que, será otorgado sólo al cumplimiento de las medidas impuestas, es decir, cuando el imputado cumpla con la reparación del daño en su totalidad, y se someta sin demora alguna a todas y cada una de las condiciones impuestas por el juez de control.

Sus efectos serán extinguir la acción penal. Al cumplimiento de las condiciones impuestas se reactiva el proceso, pero sólo para darlo por terminado, se considera que si la suspensión del proceso se llevó a cabo con los datos de la investigación, se enfrenta un sobreseimiento, ya que en realidad nunca hubo acusación, y por ende nunca existió el ejercicio de la acción penal. Por el contrario, si la suspensión del proceso a prueba se solicita una vez presentada la acusación, se extingue la acción penal.

El indiciado lo solicita voluntariamente y acepta cumplir con las condiciones a que se obligó. Es correcto, ya que es un derecho para el imputado y claro es que si lo solicita, cumplirá con las condiciones impuestas.

Que existe una aceptación de los hechos por los cuales se le dictó el auto de vinculación a proceso con todas las consecuencias legales que ello implica. En este argumento es de especial cuidado observar y diferenciar la frase *aceptación de hechos*, ya que ello no implica una confesión. Como se mencionó en el primer argumento *esta suspensión es un medio de justicia alternativa*, lo que implica que debe seguir los principios de esta; es decir principalmente la confidencialidad. Todo lo utilizado en los medios alternativos de solución de controversias no podrá ser utilizado en un proceso principal. Por tanto, la aceptación a

la que se hace referencia es para la cuantificación de daños y la aplicación de medidas de seguridad, pero de ninguna manera es un reconocimiento de culpabilidad, o una confesión. Por lo que, si continuado el proceso se decidiera usar lo dicho en la suspensión del proceso a prueba se debería atacar ello con la nulidad de actuaciones, y llevar el proceso bajo el principio de presunción de inocencia. Como menciona Alberto Bovino, la *probación* es una especie de pena que sólo puede ser impuesta a un individuo que ha sido declarado culpable por una sentencia condenatoria luego de cumplir regularmente todas las instancias necesarias del procedimiento penal.¹¹

Lo que hace improcedente el juicio de garantías contra el citado auto de vinculación es, en términos de la fracción XI del artículo 73 de la Ley de Amparo, por estar en presencia de un acto consentido que trae como resultado el sobreseimiento en el juicio de garantías. Conforme a la citada ley es improcedente este juicio contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento, es decir, si solicito la suspensión del proceso a prueba, es notorio que consintió el requisito de procedibilidad para éste, que es la vinculación a proceso.

Del examen anterior se advierte que, al momento en que el inculpado solicita el procedimiento a prueba, está aceptando que no es lo mismo que confesando;¹² que con los datos y hechos que obren hasta el momento de su solicitud, el juez determine la condición impuesta y el tiempo de duración.

Ahora bien, si solicita o acepta la suspensión se requiere la vinculación a proceso, por lo que al momento de solicitar el amparo y protección de la justicia también estaría negando la procedencia de la suspensión, institución que él mismo solicitó en tiempo y forma. Por lo que se considera, que si se solicita la suspensión del proceso penal a prueba se está en el entendido que su requisito de procedibilidad es la vinculación a proceso. Por tanto, es correcto, no procede el amparo indirecto contra la vinculación a proceso cuando se ha solicitado una suspensión de proceso a prueba, ya que se ha consentido el requisito de procedibilidad del mismo, que es precisamente la vinculación.

11 Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Argentina, Editores del Puerto, 1998, p 188.

12 Karl Joseph Anton Mittermaier, *Pruebas en materia criminal*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p 132 (Serie clásicos del Derecho Probatorio). Para que pueda ser una confesión es necesaria la verosimilitud, que implica que no basta cotejar los hechos de la confesión con el auxilio de las leyes de la naturaleza, es necesario, también cotejarlos con los datos suministrados por la información acerca de la persona del inculpado. Máxime que la confesión es propia de una sentencia, y el reconocimiento es propio de procesos alternos.

Es decir, si llegase a proceder, la consecuencia para el indiciado es continuar con el proceso penal ya que sin requisito de procedibilidad de la suspensión del proceso este no podría continuar, ¿qué es lo que le ha de convenir al indiciado? Si lo que requiere es una suspensión del proceso, notoriamente, necesita estar vinculado a proceso. Si lo que quiere es que no se vincule a proceso tendrá que renunciar a su pretensión de suspensión del proceso a prueba.

Respecto del argumento de *que existe una aceptación de los hechos por los cuales se le dictó el auto de vinculación a proceso con todas las consecuencias legales que ello implica*, es conveniente aclarar que la aceptación de hechos es sólo para la procedencia de la suspensión, es decir, para que el juez pueda tener un estándar para la imposición de la medida de seguridad impuesta y para la reparación del daño, pero, de ninguna forma esa aceptación implica una confesión.

También se considera que sí debería proceder el amparo indirecto tratándose de la suspensión del proceso a prueba, pero sólo contra las negativas del juez de control y del tribunal de alzada de concederlo, ya que es un verdadero derecho del indiciado solicitarlo.

IV. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

El procedimiento abreviado es una aportación al derecho mexicano que implica concluir una causa penal de manera anticipada, siempre que el indiciado reconozca ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existan por parte del MP medios de convicción suficientes. Con lo anterior el juez citará a audiencia de sentencia. En este procedimiento el indiciado contará con beneficios que otorga la ley, por ejemplo la disminución de la pena.

En las leyes secundarias el procedimiento abreviado se ha regulado con una naturaleza jurídica de *proceso abreviado*, o bien, *de procedimiento abreviado*, estos autores consideran que es trascendente diferenciar entre un proceso y un procedimiento, para poder denominarle de la forma correcta. El primero de ellos ha sido definido como el conjunto de actos desarrollados por el órgano jurisdiccional, las partes interesadas y los terceros ajenos a la relación sustancial, cuya finalidad consiste en aplicar una ley o disposición general al caso concreto controvertido para darle la solución correspondiente,

es decir, el proceso jurisdiccional entraña la práctica de un conjunto de actos por que la resolución de la controversia no puede depender de una sola actuación, sino de una serie de actos y hechos que han de desplegar los sujetos que actúan en el proceso, dado que las leyes procesales prevén diversos aspectos antes de que el proceso se dé por terminado.

Con todo, el proceso no es precisamente lo que se agota para la resolución del litigio, ocurre que el proceso es un concepto abstracto, de ahí que no tenga lugar en el tiempo ni en el espacio. Puede compartirse la opinión de que el proceso es un género del que el *procedimiento* es una especie. Ciertamente, el procedimiento actualiza al proceso y deriva de él, pues no puede existir un procedimiento sin un proceso, así como este debe provenir de la existencia de un litigio. En resumen, mientras el proceso es una sucesión de actos vinculados entre sí respecto de un objeto común, que es la solución de una controversia entre las partes, el procedimiento *es el conjunto de actos que se verifican en la realidad dentro de un proceso, que habrá sido instaurado a causa de un litigio.*¹³

Con lo anterior podemos decir que la nomenclatura correcta es *procedimiento abreviado*. El cual tiene su fundamento constitucional en el artículo 21, apartado A, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que menciona.

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:

[...]

vii. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual del Justiciable, Poder Judicial de la Federación, México, 2009, p. 9-14.

de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad...

De la redacción constitucional se desprende que:

1. Una vez iniciado el proceso penal. Implica conocer dónde se estima que ya ha dado inicio el proceso de corte oral y acusatorio. La mayoría de los códigos¹⁴ mencionan que será una vez vinculado a proceso, el momento a partir del cual se puede solicitar el procedimiento abreviado, por ello, cuando la Constitución menciona “una vez iniciado el proceso” hace referencia a una vez que esté vinculado a proceso.

2. Que no exista oposición del inculpado. Incluye dos opciones: a) que sea propuesto por el MP, o bien; b) que él lo solicite y sea aceptado por el agente del Ministerio Público. Con este argumento se enaltece el principio de no autoincriminación¹⁵ ya que el procedimiento abreviado es sólo por solicitud o consentimiento del inculpado. *Se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley.*

3. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. Respecto de este argumento, resulta trascendente preguntarnos si una vez que se apertura un procedimiento abreviado pueden incorporarse nuevos datos de prueba.

En los códigos se menciona que antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el juez verificará que el imputado conoce su derecho a exigir un juicio oral, y que renuncia voluntariamente a ese derecho, aceptando los antecedentes de la investigación, y ser juzgado conforme a los mismos. Es decir, ante ello, estaríamos en un juicio de actas el cual es el trámite de los datos de prueba que obren hasta el momento en la carpeta de investigación.

¹⁴ Véase art. 388 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua; art. 388 del Código de Procedimientos Penales de Baja California; art. 389 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México.

¹⁵ Conforme estos principios toda persona tiene el derecho a no estar obligada a declarar contra sí misma

4. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad. Esos beneficios tienen que ver directamente con la pena, la mayoría de los códigos procesales que ya cuentan con sistema acusatorio, manejan la disminución hasta en un tercio de la mínima, y ponen como regla que el juez de control no podrá imponer más pena que la solicitada para el Ministerio Público.¹⁶

V. TRÁMITE DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Esta institución es procedente para todo tipo de delitos, es decir, no está delimitada su procedencia, bien podrían optar por el trámite de procedimiento abreviado para un asunto de delincuencia organizada como para uno de robo simple; la condición es que debe ser únicamente a solicitud del MP,¹⁷ esto responde a que, sí acepta ser juzgado con los datos que obren en la investigación y al tener el Ministerio Público la pretensión punitiva del Estado, este sabe cuándo se encuentra en condiciones objetivas de ejercer y llevar una acusación ya sea en procedimiento ordinario, o bien, en abreviado. Los requisitos de procedibilidad del procedimiento abreviado son:

1. Que se haya realizado imputación.
2. Que el imputado admita el hecho.
3. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento abreviado.
4. Que el imputado acepte el procedimiento abreviado.
5. Que la víctima u ofendido no opongan oposición fundada.

El momento procesal para solicitar un procedimiento abreviado es a partir de la vinculación del imputado a proceso, hasta antes del pronunciamiento del auto de apertura de juicio oral.

16 Verbigracia Código Procesal Penal para el estado de Durango. Art. 419.- Oportunidad. El Ministerio Público podrá presentar la acusación, y solicitar la apertura del procedimiento abreviado en la misma audiencia en la que se determine la vinculación del imputado a proceso. En caso de que el juez de control rechace la apertura del procedimiento abreviado, aquél podrá retirar su acusación, y solicitar al juez que fije un plazo para el cierre de la investigación [...] El Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa, sin embargo, tratándose de los delitos de homicidio simple y calificado, secuestro, robo con violencia, desaparición forzada de personas, tortura, violación, trata de personas, abusos sexuales con penalidad agravada cometidos en perjuicio de menores y de personas con discapacidad, la reducción de hasta un tercio se realizará a la pena que corresponda atendiendo al grado de culpabilidad del sentenciado.

17 Los Códigos Procesales de los estados como Chihuahua, arts. 387-392; Morelos, arts. 0388-393; Oaxaca, arts. 395-397; Estado de México, arts. 388-393; Zacatecas, arts. 421-426; Durango, arts. 418-423, y Baja California, arts. 387-392, por mencionar algunos, han establecido unánimemente que el trámite del procedimiento abreviado será únicamente a solicitud del Ministerio Público.

Una vez solicitado el abreviado se notifica a la víctima para que manifieste lo que a derecho convenga, la limitante es que su inconformidad deberá ser fundada. Nótese que sólo es oposición fundada, pero no un requisito de procedibilidad su aprobación. Entonces, ¿en qué sentido iría la oposición de la víctima? Únicamente respecto de la reparación del daño, ya que respecto de la pena, quien cuenta con esa pretensión punitiva es el Estado. Ahora bien, cuando lleguen a existir coimputados ¿podría darse un procedimiento abreviado a alguno de ellos solamente? Sí.

Ya en el procedimiento abreviado, se cita a audiencia, en la cual el MP presenta la acusación y solicita la apertura del procedimiento abreviado, si la víctima u ofendido no compareciere a dicha audiencia ello no impide que se resuelva sobre la apertura y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva. Pero, antes de resolver sobre la solicitud del Ministerio Público, el juez verificará que el imputado:¹⁸

1. Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre, voluntaria e informada y con la asistencia de su defensor.
2. Conociere su derecho a exigir un juicio oral, y que renunciare voluntariamente a ese derecho y aceptare ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación.
3. Entendiere los términos del acuerdo y las consecuencias que este pudiera implicarle.
4. Acepta los hechos materia de la acusación y sus circunstancias en forma inequívoca y de manera libre y espontánea.

Posteriormente, el juez verificará que la víctima u ofendido o acusador coadyuvante hayan comprendido los términos del procedimiento abreviado y los alcances de este. Una vez hecho esto, el juez aceptará la solicitud del MP cuando considere actualizados los requisitos correspondientes.

¹⁸ Son coincidentes los diferentes ordenamientos adjetivos. Los Códigos Procesales de los estados como Chihuahua, arts. 387-392; Morelos, arts. 0388-393; Oaxaca, arts. 395-397; Estado de México, arts. 388-393; Zacatecas, arts. 421-426; Durango, arts. 418-423, y Baja California, arts. 387-392, por mencionar algunos, han establecido unánimemente que el trámite del procedimiento abreviado será únicamente a solicitud del Ministerio Público.

Cuando no lo estimare así, o cuando considerare fundada la oposición del acusador coadyuvante o de la víctima u ofendido, rechazará la solicitud de procedimiento abreviado y el proceso continuará en la etapa que corresponda. En este caso, el requerimiento anterior sobre la pena no vincula al MP durante el juicio, se tendrá por no formulada la aceptación de los hechos por parte del acusado, así como las modificaciones de la acusación efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Ante la negativa del procedimiento abreviado el medio de impugnación ordinario que se tiene es la apelación.

Asimismo, el juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado, sean eliminados del registro, ya que no pueden ser usados en el procedimiento principal.¹⁹

En el supuesto de aceptación del procedimiento abreviado por parte del juez, este declarará abierto el debate y otorgará la palabra al MP, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren. A continuación, se dará la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Una vez terminado el debate, el juez de control dictará la sentencia sobre condena, absolución o sobreseimiento en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a su determinación, como menciona la Constitución en su artículo 17, cuarto párrafo *las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes*, esto porque el abreviado también termina en sentencia.

La sentencia en el procedimiento abreviado se da como en cualquier otro procedimiento jurisdiccional que concluye, la única diferencia es respecto del juez que la emite, ya que quien lo hace es en jurisdicción unitaria por el juez de control. En este sentido entendemos a la sentencia como el acto procesal emitido por un juzgador, con el fin de resolver una cuestión planteada, ya sea en el fondo o en la forma, con característica de definitividad.²⁰

19 Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua. Artículo 367. Antecedentes de la suspensión del proceso a prueba, acuerdos reparatorios y procedimiento abreviado. No se podrá invocar, dar lectura, o incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que tuviere relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión del proceso a prueba, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado.

20 Ley que Establece el Sistema Integral de Justicia para Adolescentes del estado de Tabasco, arts. 164-166.

Una vez clausurado el debate, el juez de control delibera en sesión privada apreciando la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. La sentencia deberá contener:²¹

1. La mención del juez, la fecha en que se dicta; los datos generales del acusado y de las partes intervinientes.
2. La enunciación de los hechos y de las circunstancias o elementos que hayan sido objeto de la acusación.
3. Una breve y sucinta descripción del contenido de la prueba oral, antes de proceder a su valoración.
4. La exposición concisa de sus fundamentos de hecho y de Derecho.
5. La determinación precisa y circunstanciada del hecho que se estime acreditado.
6. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas.

La resolución puede ir en dos sentidos a saber:²²

La sentencia absolutoria se entenderá como pronunciamiento de la *no* culpabilidad del imputado. Por lo tanto, se ordenará la libertad del acusado inmediatamente desde la sala de audiencias, y la cesación de cualquier restricción impuesta durante el proceso y, en su caso, de la aplicación de medidas de seguridad.

La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

²¹ Art. 375 del *Código de Procedimientos Penales de Chihuahua*.

²² Hay cosa juzgada cuando la sentencia causa ejecutoria, y puede ser de dos tipos: por ministerio de ley y por declaración judicial. Causan ejecutoria por ministerio de ley: 1. las sentencias de segunda instancia, 2. las sentencias que resuelven una queja, 3. las sentencias que dirimen o resuelven una competencia, 4. las sentencias que se declaren irrevocables por prevención expresa de la ley, y 5. las sentencias que no puedan ser recurridas por ningún medio ordinario o extraordinario de defensa.

Por declaración judicial causan ejecutoria: 1. las sentencias expresamente consentidas por las partes o por sus representantes, 2. las sentencias debidamente notificadas respecto de las cuales las partes no interpongan recurso alguno, en el término señalado, y 3. cuando alguna de las partes que haya interpuesto algún recurso, no lo continúe en forma y términos legales, o bien se desista de dicho recurso.

Cuando se condene a pagar una multa, la sentencia fijará también el plazo dentro del cual debe ser pagada. Asimismo, la sentencia condenatoria dispondrá también el decomiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente. El pronunciamiento de la sentencia trae los efectos que siguen:²³

1. Dar por terminadas las medidas cautelares.
2. En caso de sentencia condenatoria, el sentenciado quedará a disposición de las autoridades ejecutoras, para el debido cumplimiento de las sanciones penales.
3. En caso de sentencia absolutoria, se tendrán por concluidas todas las medidas cautelares.
4. En otro juicio futuro, no podrá volverse a sancionar al sujeto por los mismos hechos.
5. El expediente se archivará y no podrá ser publicado, ni se tendrá acceso a él como información pública, excepto cuando la misma ley procesal lo prevea.

Además de determinar en una sentencia de abreviado una condena o absolución, como hemos visto también pueda darse el sobreseimiento, el cual es una forma anormal de terminación del proceso que tiene como objeto dejar sin efecto las pretensiones punitivas del agente del MP o de la víctima, por falta de interés jurídico, o por una notoria improcedencia. Este procede cuando el MP, el imputado o su defensor lo soliciten al juzgador por encontrarse alguna de las siguientes causas dentro de un procedimiento abreviado:²⁴

1. El hecho no se cometió o no constituye delito.
2. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado.
3. El imputado esté exento de responsabilidad penal.
4. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley.

²³ Erika Bardales Lazzano, *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, México, Magister, 4a. ed., 2011, p. 254.

²⁴ Arts. 288 y 289 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua.

5. Una nueva ley quite el carácter de ilícito al hecho por el cual se viene siguiendo el proceso.
6. El hecho de que se trate, haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado.

En estos casos el sobreseimiento es apelable, recibida la solicitud, el juez la notificará a las partes y citará, dentro de las 24 horas siguientes, a una audiencia donde se resolverá lo conducente. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el juez se pronuncie al respecto.

Ahora bien, el sobreseimiento firme tiene efectos de sentencia absolutoria, pone fin al proceso en relación con el imputado en cuyo favor se dicta, inhibe una nueva persecución penal por el mismo hecho y hace cesar todas las medidas cautelares que se hubieran dictado.

VI. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y EL AMPARO DIRECTO

Respecto del amparo en el procedimiento abreviado, claro está que conforme al artículo 158 de la propia ley, procede el amparo directo por tratarse de una sentencia que pone fin a un procedimiento,²⁵ conforme a ello no existen criterios encontrados. Ahora bien, respecto del trámite y resolución del amparo directo en un procedimiento abreviado, existen dos posturas:

1. En el procedimiento abreviado se presupone que el inculcado manifiesta el consentimiento de que la autoridad judicial dicte una futura sentencia que altas probabilidades tiene de ser condenatoria, pero con el otorgamiento de los beneficios que otorga la ley secundaria. Esto es una causa de improcedencia del amparo según lo dispone el artículo 73, fracción XI de la Ley de Amparo, que manifiesta: *El juicio de amparo es improcedente...XI.- Contra actos consentidos expresamente o por manifestaciones de voluntad que entrañen ese consentimiento...*

²⁵ Art. 158.- El juicio de amparo directo es competencia del Tribunal Colegiado de Circuito que corresponda, en los términos establecidos por las fracciones v y vi del art. 107 constitucional, y procede contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, respecto de los cuales no proceda ningún recurso ordinario por el que puedan ser modificados o revocados, ya sea que la violación se cometa en ellos o que, cometida durante el procedimiento, afecte a las defensas del quejoso, trascendiendo al resultado del fallo, y por violaciones de garantías cometidas en las propias sentencias, laudos o resoluciones indicados.

Aquellos que apoyan este criterio manifiestan que los conceptos de violación que se formulan en torno al fondo del asunto (culpabilidad) en el juicio de amparo directo que contra ese fallo judicial se promueva, deberán declararse inoperantes, siendo sólo materia del juicio de garantías el análisis de legalidad las penas impuestas, así como los beneficios concedidos. Esto se entiende si el procedimiento abreviado tiene como base la confesión corroborada, ya que la reforma constitucional contempla como principio que: “El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado”.

1. El segundo criterio que se tiene respecto del amparo directo en el procedimiento abreviado es que se debe analizar todo, incluyendo conceptos de culpabilidad y de punibilidad, ya que es obligación de una verdadera protección constitucional corroborar que ese reconocimiento sea verosímil y confiable.

Conforme a la segunda postura, si se analiza culpabilidad y punibilidad puede dar como consecuencia que pre-ordenadamente los sujetos activos convinieran en la emisión de una confesión viciada de origen, para que una vez obtenida la sentencia, se promoviera juicio de amparo, el cual podría reponer el proceso, pero sólo con los datos que obren en la investigación como de origen se acordó el procedimiento abreviado.²⁶

Respecto de estas dos posturas, la que suscribe se identifica con el primero de los criterios, ya que la consecuencia lógico-natural de terminar un proceso de manera anticipada puede verse frustrada al hacerlo llegar a amparo directo, para un estudio completo de culpabilidad y punibilidad, tomando en cuenta que se ha llevado a cabo únicamente con los datos de investigación enunciados previo a la vinculación a proceso, es decir, el amparo directo podría convertirse en una instancia que asume jurisdicción del proceso ordinario continuamente, con lo cual, la mayoría de los asuntos llegarían a Tribunales Colegiados, buscando una sentencia diferente.

VII. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Los Medios Alternativos de solución de Controversias (MASC) son mecanismos que apoyan la resolución de casos jurídicos en diversas materias. Estos tienen un fundamento constitucional

²⁶ Reynaldo Manuel Reyes Rosas. Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito. Ponencia privada.

en el artículo 17, el cual menciona que podrán existir para todas las materias, y que en derecho penal garantizarán la reparación del daño. También se conocen como equivalentes jurisdiccionales, verbigracia la conciliación, mediación, negociación y arbitraje.

Los MASC han sido definidos por varios autores; en este caso nos llama la atención referir que existen posturas que manifiestan que: *la justicia alternativa o medios alternativos de solución de controversias son todos aquellos mecanismos de solución del conflicto individual que escapan a la regla común de someter el mismo a la justicia formal...*²⁷ De la siguiente definición se desprende que los autores:

1. Usan como sinónimo justicia alternativa y medios alternos.
2. Consideran que son mecanismos de solución del conflicto individual.
3. Escapan a someterse a la regla común de la justicia formal.

Es necesario mencionar que no estamos de acuerdo con dicha definición por lo siguiente:

1. No todo conflicto que termina de forma distinta al proceso tradicional es un medio alterno, y 2. Las salidas alternas no son lo mismo que los medios alternos, ya que son género y especie.

A continuación se vierten argumentos que sostienen la postura de estos autores:

Si pensamos que toda terminación de un proceso que encuentre finalidad de manera distinta al trámite ordinario es un medio alternativo de solución de conflictos, ¿dónde quedan los criterios de oportunidad, o bien, los procedimientos especiales?²⁸ Es decir, no todo aquel conflicto que termina de forma diferente al proceso ordinario, puede ser llamado medio alternativo de solución de controversias, ya que estos requieren como requisito indispensable la declaración de la voluntad, y para el caso de los criterios de oportunidad pueden ser otorgados incluso sin que la víctima exprese dicha voluntad.

²⁷ Oscar Peña González, *Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos: teoría y práctica*, México, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 39.

²⁸ Erika Bardales Lazcano, *Medios alternos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010, p. 1-20.

Para robustecer la tesis de que los MASC requieren forzosamente el elemento voluntad, basta con buscar su naturaleza jurídica, por lo cual, es menester remitirse a tres principales posturas, la teoría constructualista o privatista; la teoría jurisdiccionalista o la publicista; y teoría ecléctica, con el común denominador de que cualquiera de ellas requiere de la manifestación de la voluntad como requisito indispensable.

Octavio Zúñiga refiere que la fuente principal que apoya los MASC es la teoría de la manifestación de la voluntad de las partes, es decir, *pacta sun servanda*, pues establece como condición la existencia de un acuerdo previo entre las partes, para establecer los parámetros dentro de los cuales se llevarán a cabo las discusiones para poder llegar a una solución.²⁹

Con lo anterior se sostiene el argumento que refiere que no es verdad que *los mecanismos alternativos serían aquellos procedimientos que permiten resolver los conflictos, evitando el recurso al sistema oficial o tradicional...y que los medios alternativos es lo mismo que la justicia alternativa*, ya que una condición necesaria para un medio alternativo de solución del conflicto es la manifestación de la voluntad de las partes, y existen procedimientos que pueden terminar de forma distinta al sistema tradicional que no cuentan con la manifestación de voluntades como forma auto compositiva, *verbi gracia* los criterios de oportunidad.

En la resolución de conflictos se reconocen dos formas primordiales, lo adversarial y lo no adversarial, o bien, formas hétérocompositivas o autocompositivas, respectivamente. Los medios autocompositivos o no adversariales son aquellos que dan solución al conflicto por medio de las mismas partes involucradas; por ejemplo, la mediación y la conciliación, pues independientemente de que exista en ellas la intervención de un tercero para la solución del conflicto, este sólo se limita a ayudar en su esfuerzo de encontrar la solución a su problema sin facultades para imponer decisiones. Las formas adversariales o heterocompositivas consisten en la intervención de un tercero al cual se le somete una controversia que impone a las partes una solución; en este tipo de métodos las partes están enfrentadas y son contendientes, un tercero suplente la voluntad y emite una decisión formal.³⁰ Por ejemplo, una decisión de carácter jurisdiccional.

29 Zúñiga Fayad, Octavio. "Medios Alternos de Solución de Conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI" en *Justicia Alternativa*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Año II, Número 2, Abril de 2009. p. 11.

30 *Ibid.*

En suma, no se estamos de acuerdo con la definición enunciada porque si ubicamos a los MASC como toda forma distinta de terminar un conflicto diferente al sistema tradicional, estaríamos diciendo que los criterios de oportunidad, la suspensión del proceso penal, e incluso los procedimientos especiales podrían ser MASC. Ello no es posible, porque tienen naturaleza jurídica distinta. Siguiendo a Alcalá Zamora y a Carnelutti la definición del maestro Peña es la definición de las salidas alternas al proceso, pero no de los medios alternos.

Las salidas que apoyan la resolución del conflicto de manera diversa al procedimiento ordinario pueden ser autocompositivas o no adversariales y herecompositivas o adversariales. Los MASC son una especie de las salidas con características autocompositivas; por lo tanto, es un error definir a la especie igual que al género.

Definitivamente son dos los argumentos principales: 1. Las salidas alternas **no** son lo mismo que los medios alternos, y 2. No todo conflicto que termina de forma distinta al proceso tradicional es un medio alternativo.

Los MASC se concretan en acuerdos reparatorios (el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado) que llevan a la solución del conflicto mediante la autocomposición con la única salvedad de que el pacto no podrá generar obligaciones para personas que no hayan otorgado su consentimiento en el acuerdo y versará sobre bienes respecto de los que tengan disposición legal los intervinientes. Los acuerdos reparatorios en la mayoría de los códigos adjetivos que ya cuentan con sistema acusatorio en México procederán en los siguientes delitos:³¹

1. Imprudenciales.
2. En los que proceda el perdón de la víctima u ofendido.

31. Verbigracia Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Art. 117. Procederán los acuerdos reparatorios en los delitos culposos; aquellos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, y en aquellos que tengan señalada una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión.

Se exceptúan de esta disposición los homicidios culposos producidos en accidentes de tránsito bajo el influjo de sustancias que alteren la capacidad de conducir vehículos o con motivo de la conducción de vehículo de motor de transporte público, cuando se ocasionen lesiones que pongan en peligro la vida a más de tres personas o se cause la muerte de dos o más personas.

Si el delito afecta intereses difusos o colectivos, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos del acuerdo reparatorio cuando no se haya apersonado como víctima alguno de los sujetos autorizados en este código.

3. Los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia.
4. En los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional.
5. En aquellos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social.

Los acuerdos no procederán en los casos en que el imputado haya celebrado con anterioridad otro acuerdo por hechos de la misma naturaleza, para evitar con ello el abuso en los medios alternos, y si el delito afecta intereses difusos o colectivos el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación, cuando no se haya apersonado como víctima alguno de los sujetos que tuvieren interés legítimo.

Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura del juicio oral. El juez, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por 30, para que las partes negocien, medien o concilien. En caso de interrumpirse la negociación, mediación o conciliación, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.

VIII. TRÁMITE DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Por su empleo y alcances, se recomienda que los MASC se puedan presentar en cuatro momentos: 1. De manera *preprocesal*, es decir, previo a la formulación de la imputación, para que se dé, no debe formalizarse la investigación ante el juez de control; 2. *Intraprocesal* o ante el juez de control (en audiencia); 3. De forma *extraprocesal*, 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 *posprocesales*, que se pueden llevar a cabo en la ejecución de sanciones penales. Estos podrían sonar “descabellados” para la época actual en México, pero no queremos pasarlos por alto, sino al contrario, que sean un punto de discusión y posible implementación, como menciona Niceto Alcalá Zamora:

Que se encuentra junto a una auto composición extraprocetal que puede transformarse en procesal, cuando se discuta más tarde su eficacia en juicio, en cuyo caso su existencia y validez habrán de ser opuestas como excepción por la parte a quien le interese invocarla, una intraprocetal, ofrece a su vez dos variantes, según si se produce ante las partes, solo o mediante la intervención favorecedora de la autoridad judicial, y otra posprocesal, cuando se produzca después de recaída sentencia firme y afecte a la ejecución de lo juzgado.³²

Es decir, los medios alternos *preprocesales* suceden durante la investigación cerrada, esto es, cuando no se ha formulado imputación, y un medio *Intraprocetal* es cuando el juez de control en audiencia invita a las partes a llegar a un convenio y estas aceptan (previo al auto de apertura del juicio oral); un medio *extraprocetal* es el convenio, producto de una solución en un centro de justicia alternativa. Por último, los medios *posprocesales* se refieren a una negociación cuando el Estado ya impuso la pena, esta “negociación” es respecto del pago de la reparación del daño como presupuesto para la obtención de algún beneficio; es importante señalar que la referida “negociación” la llevan a cabo la víctima y el sentenciado conforme a los principios de la justicia restaurativa.

No queremos dejar de mencionar que los medios *posprocesales* buscan los fines del sistema acusatorio que son la reparación del daño y que el culpable no quede impune, entre otros, además de que se considera que son la máxima expresión de la justicia restaurativa, que dentro de sus postulados está reparar a la víctima, reinsertar o tratar al delincuente y resarcir 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 relevante mencionar que sin importar el momento procesal donde se lleven a cabo los MASC, estos deben 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. La consecuencia al cumplimiento del acuerdo 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 del daño mediante algún beneficio.

³² Niceto Alcalá Zamora, *Proceso, Autocomposición y auto defensa*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 36 (Serie Clásicos de Teoría General del Proceso).

Para poder llevar de forma efectiva los MASC, las legislaciones mencionan que, desde su primera intervención, el MP o, en su caso, el juez de control, 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.

La información que se genere en los procedimientos respectivos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal.

En el supuesto en que las partes lleguen a un MASC el juez aprobará los acuerdos, los cuales se registrarán de un modo fidedigno. El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal. Además, si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas durante el término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de seis meses contados 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.

Independientemente del MASC que se use, este deberá ser realizado por un facilitador (personal operativo, o bien, un particular), el cual será la persona encargada de atender los procesos de conciliación, mediación y juntas restaurativas, debiendo cubrir un perfil específico. Cuando algún facilitador conozca un asunto de parentesco o amistad con alguna de las partes, puede excusarse de conocer.

Si en el convenio o acuerdo las partes deciden poner algún contenido de carácter ético o moral, estas no serán susceptibles de ejecución coactiva. Por último, se debe recordar que los medios alternativos de solución de controversias también son conocidos como medios anormales de terminación del proceso. Entre los medios alternativos a la vía jurisdiccional se encuentran: 1. La conciliación, 2. La mediación, y 3. El sobreseimiento que es una forma anormal de terminación del proceso.

El incentivo para la celebración del acuerdo –al menos para el indiciado– es que este produce el efecto de extinguir la responsabilidad penal. Cabe destacar 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 la responsabilidad penal; esta opción es la más efectiva ya que favorece mejor los cumplimientos del acuerdo, pero 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 de esta manera la posibilidad de que ofrezcan reparación los imputados que solo pueden hacerlo 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 sino hasta su cumplimiento, ya que si se piensa que sólo 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 problema más obvio de esta opción es que la ejecución del acuerdo se puede tornar difícil, puede incorporar costos adicionales para la víctima y, en esa medida, puede favorecer los incumplimientos y la impunidad consecuente. En este sentido, lo que se recomienda es no extinguir la acción penal sino 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. En el caso en que se hayan dado parcialidades estas aplicarán a la reparación del daño en sentencia firme, siempre que proceda.

IX. LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y EL AMPARO INDIRECTO

Jurídicamente sabemos que los MASC no son actos de molestia, se consideran invitaciones sin ninguna coacción para asistir a soluciones de autocomposición, sin embargo en la investigación realizada respecto de estos medios y su relación con el amparo indirecto encontramos que existe diversidad de expedientes que reflejan la siguiente práctica:

1. Cuando alguna de las partes utiliza un MASC, el facilitador debe girar una invitación a la contraparte con el efecto de acudir a una audiencia de justicia alternativa, con la finalidad de llegar a un acuerdo reparatorio o restitutorio.
2. Posteriormente el o los sujetos que han recibido la invitación acuden con abogados para la asesoría correspondiente con la finalidad de saber de qué trata.
3. Los abogados refieren que puede ser una *orden de presentación, o bien, de aprehensión* (sic) por lo que les tramitarán un amparo para demandar la protección de la justicia de la unión contra actos del Centro de Justicia Alternativa, de quien reclama las órdenes de detención y presentación emitidas en su contra, así como la apertura de un expediente.
4. Una vez iniciado un expediente en amparo, se solicita un informe justificado a las autoridades mencionadas como responsables. Con lo cual al rendir el informe justificado solicitado a los facilitadores del Centro de Justicia Alternativa, ellos refieren la certeza de los actos reclamados que el quejoso hizo consistir en la apertura del expediente, dentro del cual se envió al quejoso citatorios a efecto de que compareciera a dialogar con la víctima, en aras de un acuerdo que impida que el asunto derive en una carpeta de investigación.

De lo expuesto se advierte que los facilitadores del Centro de Justicia Alternativa integran los MASC en materia penal, a través de la invitación o citación a la persona contra quien se presenta la denuncia o querrela a fin de que esta sea invitada o citada a participar en el procedimiento correspondiente, para lo cual citó al aquí quejoso, para que compareciera a llevar a cabo un diálogo de conciliación con la víctima.

Ahora bien, en atención a lo dispuesto en la parte final del artículo 73 de la Ley de Amparo, las causas de improcedencia que se establecen en dicho numeral se deben analizar de oficio, aun cuando las partes no las hagan valer, por ser una cuestión de orden público y estudio preferencial.³³ En este orden de ideas, se considera que en la especie se actualiza la causa de improcedencia prevista el artículo 73, fracción XVIII, en relación con los numerales

³³ Apoya lo anterior, la jurisprudencia 158, del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la p. 262, t. parte VIII, materia común, del apéndice al *Semanario Judicial de la Federación* de 1985, de rubro y texto siguientes: "IMPROCEDENCIA. Sea que las partes la aleguen o no, debe examinarse previamente la procedencia del juicio de amparo, por ser esa cuestión de orden público en el juicio de garantías".

1o., fracción I, y 4o. de la Ley de Amparo, que mencionan:

Artículo 73.- El juicio de amparo es improcedente:

[...]

XVIII.- En los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la ley.

[...]

Artículo 1o.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;

[...]

Artículo 4o.- El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.

Es claro que se actualiza la apuntada causa de improcedencia, pues los actos reclamados no causan daños o perjuicios al solicitante del amparo; dado que los facilitadores encargados del caso se encuentran facultados y obligados, en términos de la Ley de Justicia Penal Alternativa de cada estado, de invitar o citar a las partes a fin de que lleguen a un convenio en donde se resuelva total o parcialmente el conflicto, y, en esa tesitura, las actuaciones que se realicen en ejercicio de la citada función con la finalidad de llegar a un convenio entre las partes, no le deparan perjuicio a los particulares, en el caso concreto al solicitante de amparo, pues es imposible saber de antemano cuál será la conclusión del trámite de los MASC ante el Centro de Justicia Penal Alternativa.

Así, el solo inicio del trámite de los medios alternos en el Centro de Justicia Penal Alternativa no afecta los derechos humanos del quejoso, al inadvertirse la posibilidad de que resulte vulnerado en su libertad, posesiones o derechos y, por lo mismo, el juicio de Amparo promovido por el amparista resulte infundado.

En esas condiciones, el inició de un expediente y la citación de una persona para que comparezca ante el facilitador del Centro de Justicia Alternativa, a fin de llevar a cabo un diálogo de conciliación con la víctima, en términos generales, no infringe las garantías y derechos del ciudadano, toda vez que el trámite de los MASC, además de ser de orden público, es a voluntad de las partes, por lo que dichas actuaciones no son susceptibles de afectar por sí mismas derechos sustantivos del quejoso, puesto que a través de dicho medio se pretende llegar a un convenio entre las partes; por lo que el juicio de amparo resulta improcedente. Por lo tanto, la consecuencia será el sobreseimiento del juicio de garantías, promovido, respecto de los actos que reclamó del Centro de Justicia Alternativa.

X. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Los criterios de oportunidad son facultades discrecionales conferidas al MP, para que, en uso de sus atribuciones, determine en qué situaciones podrá prescindir total o parcialmente el ejercicio de la acción penal.

El Artículo 21, párrafo séptimo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos regula la figura de los criterios de oportunidad, los cuales son una facultad discrecional del Ministerio Público, lo cual implica que podrán aplicarlos cuando este considere que es pertinente la hipótesis legislativa que determine la ley procesal. El MP, al tener la facultad para aplicar los criterios de oportunidad, puede decidir, en los casos concretos, cuándo aplicarlos y cuándo negarlos, sin posibilidad de que el inculpado pueda recurrir a la determinación, pero el MP estará impedido para aplicar los criterios de oportunidad cuando se puedan trasgredir derechos de la víctima, o bien, cuando no se garantice la reparación del daño.

Los criterios de oportunidad en el espíritu del legislador se incorporan a nuestro ordenamiento jurídico como el deber de racionalizar y de generar una política coherente de persecución penal. Estos son ineludibles como directriz para la eficaz administración de recursos públicos, su finalidad es apoyar a sortear los problemas económicos para maximizar hasta los recursos disponibles y la consecución de los objetivos político-criminales deseados.

Además, 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 de persecución penal se ven precisadas a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal que provoca costos de persecución en asuntos que no lo ameritan. En esa tesitura es que se considera necesario conferir al Ministerio Público la facultad para aplicar 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 legislador determinó que los criterios de oportunidad no serán aplicables cuando se trate de intereses públicos de importancia. Asimismo, se preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales por la víctima.³⁴

En la diversa literatura que existe sobre el sistema acusatorio se habla indistintamente de *criterio o principio de oportunidad*, pero ¿cuál es la denominación correcta atendiendo su naturaleza jurídica? Respecto de este punto compartimos la postura del Camilo Constantino Rivera al mencionar que es un criterio y no un principio porque los principios procesales tienen el propósito de marcar lineamientos generales de una tramitología, a través de directrices, metodologías, estrategias e instrumentos. Tienen también la finalidad de establecer presupuestos relacionados con la creación de un sistema. En cambio los criterios son una facultad discrecional del Ministerio Público, y este decide cuándo otorgarlos o no, con la característica de no poder ser exigidos como parte de un derecho subjetivo. La diferencia entre un principio y un criterio es la siguiente:

34 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

| <i>Criterio procesal</i> | <i>Principio procesal</i> |
|--|---|
| Se presentarán cuando no haya fijación de controversia. | Se presentará una vez que se hayan presentado todos y cada uno de los elementos de la acción. |
| Se desarrolla durante un procedimiento de investigación. | Debe existir dentro del planteamiento de un proceso. |
| Marca directrices para actos concretos dentro del procedimiento. | Las directrices marcadas son para todo el proceso, de principio a fin. |
| No puede extenderse a un proceso. | Si es extensible a un procedimiento. |
| Entra al margen de interpretación. | Es de obligatoria observancia. |
| Se apoya de otras áreas del conocimiento para su aplicación. | Su origen se basa dentro del mismo proceso. |

La facultad otorgada por la Constitución al MP es totalmente potestativa, es decir, que la institución investigadora decidirá si ejercita la acción penal, o prescinde de las pretensiones punitivas del Estado.

XI. TRÁMITE DE LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Para el trámite de los criterios de oportunidad, se debe tomar en cuenta que el agente del Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley, ahora, ¿cuáles son esas disposiciones de la ley? Respecto de ello se establece que el MP podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, y que puede ser para alguno o a varios hechos, o para alguna de las personas que participaron en su realización, pero con las siguientes condiciones:³⁵

1. Cuando se trate de un hecho que por su insignificancia, por lo exiguo de la contribución del partícipe por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público, salvo que haya sido cometido por un servidor público estatal o municipal en ejercicio de sus funciones.
2. Cuando el imputado haya realizado una conducta, cuando estaba a su alcance, para impedir la ejecución del hecho delictuoso o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

³⁵ Artículo 110 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México

3. Cuando el imputado haya sufrido, como consecuencia directa del hecho, un daño físico o psíquico, grave o irreparable que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño de carácter moral de difícil superación.
4. Cuando la pena que corresponda por el delito de cuya persecución se prescindiera, carezca de importancia en consideración a la pena ya impuesta, a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones o a la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.
5. Cuando el inculcado sea entregado en extradición por la misma conducta o por diversa, en el caso de que la sanción impuesta por el requirente reste trascendencia a la que se le pudiese imponer.
6. Cuando exista colaboración del inculcado, para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales.
7. Cuando el inculcado haya sufrido, por su conducta culposa, daño grave que haga desproporcionada o inhumana la aplicación de la sanción.
8. Cuando el reproche de culpabilidad hacia la conducta sea de tan secundaria consideración que haga a la sanción penal una respuesta desproporcionada.
9. Cuando la persecución penal de un delito que comprende problemas sociales más significativos, siempre y cuando exista y se produzca una solución alternativa, adecuada a los intereses de las víctimas y la sociedad.
10. Cuando se emplee cualquier mecanismo alternativo para la solución del conflicto.
11. Cuando el imputado se encuentre afectado por una enfermedad incurable, en estado terminal, según dictamen pericial, o tenga más de 70 años y no exista mayor daño al interés social.

Una vez que se den las condiciones antes señaladas, el agente de MP podrá determinar si otorga o no un criterio de oportunidad. Esta aplicación debe ser 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. En los casos en que se verifique un daño, este deberá ser previamente reparado en forma razonable.

Ahora bien, los criterios de oportunidad pueden ser totales, o bien, provisionales. Se tendrá un criterio de oportunidad provisional cuando el Ministerio Público tenga que verificar antes la información proporcionada, estos traen como consecuencia la suspensión de la investigación, y en caso de cumplirse la condición negociada por el MP, podrá decretarse la definitividad, y con ello el sobreseimiento. En caso de incumplimiento de la condición, se reanuda el procedimiento ordinario. Este tipo de criterios se ofertarán cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias:

1. Exista un acuerdo reparatorio o restitutorio de cumplimiento programado.
2. Se deban constatar datos aportados por el imputado colaborador.
3. Cuando el criterio deba ser constatado por el procurador.

Por su parte los criterios de oportunidad definitivos dan como consecuencia el cierre de la investigación como asunto totalmente concluido, y ya no podrá reabrirse. Estos criterios se aplicarán cuando:

1. Exista cabal cumplimiento de la reparación del daño y/o de la medida preventiva.
2. Los datos aportados por el imputado colaborador correspondan y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos.
3. El MP decida no imputar o no acusar, por considerar que el proceso se vuelve innecesario e irracional.

Para ofertar un criterio de oportunidad el MP debe cerciorarse del cabal cumplimiento de la reparación del daño, para evitar que su decisión sea recurrida por la víctima. Los criterios de oportunidad pueden ofertarse desde el inicio de la investigación hasta antes de la formulación de la acusación. El juez de control es quien conocerá del recurso de inconformidad en los supuestos que se hayan ofertado criterios de oportunidad, para efecto de revocarlos

En caso de negativa del MP, para ofertar un criterio de oportunidad no existe medio de defensa alguno para obligarlo, ya que es una facultad potestativa de carácter constitucional.

El plazo que se tiene para los criterios de oportunidad en México, no es constante, ya que en algunos estados como Chihuahua y Oaxaca se pueden ejercer desde la denuncia o querrela hasta antes del auto de apertura a juicio oral y en otros estados como México y Zacatecas, se pueden ejercer desde la noticia criminis hasta antes de la acusación. Se considera que estos criterios de oportunidad deben ejercerse antes de la acusación, ya que es una facultad discrecional del MP para no ejercer la acción penal como menciona la Constitución: *el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.*

Para su correcta aplicación se exige que la decisión del agente del MP que aplique un criterio de oportunidad esté fundada y motivada, y será comunicada al Procurador General de Justicia, o a quien este designe, a fin de que se revise que la misma se ajuste a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

En caso de ser autorizada la decisión de ejercer un criterio de oportunidad, esta podrá ser impugnada por la víctima u ofendido, o por el denunciante, en su caso, ante el juez de control, dentro de los tres días posteriores a la notificación. Presentada la impugnación, el juez convocará a los intervinientes a una audiencia para resolver.

Los efectos del criterio de oportunidad son: extinguir la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los que reúnan las mismas condiciones.

XII. LOS CRITERIOS DE OPORTUNIDAD Y EL AMPARO INDIRECTO

Los criterios de oportunidad con respecto al amparo podrían tener cabida cuando el Ministerio Público los otorga y la víctima se inconforme con el juez de control. Ante la confirmación del criterio de oportunidad que determine el juez, se estaría en posibilidad de promover un amparo indirecto. Esto, con fundamento en el artículo 10 de la Ley de Amparo que establece:

Artículo 10.- La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover Amparo:

I.- Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil;

II.- Contra los actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil; y,

III.- Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

En los casos de los criterios de oportunidad se determina que el MP deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente. No obstante lo anterior, el MP podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal que se limite a alguno o varios hechos delictuosos o a alguna de las personas que participaron en el mismo, es decir, ante esta determinación la víctima primero tiene la posibilidad de acudir ante el juez de control para inconformarse, pero ante la decisión que lo confirme podría interponerse un amparo indirecto.

CONCLUSIONES

Respecto de este capítulo denominado Instituciones Jurídicas que Apoyan al Sistema de Justicia Acusatorio: su Relación con el Amparo, se concluye lo siguiente:

Las instituciones que apoyan al proceso acusatorio son: Suspensión del Proceso Penal a Prueba; Procedimiento Abreviado; Medios Alternativos de Solución de Controversias; y Criterios de Oportunidad. Su estudio es relevante toda vez que en ellas también se pueden vulnerar derechos humanos y garantías consagradas por la constitución, por ende se requiere conocer los casos en los cuales el amparo puede apoyar al gobernado con la protección de sus intereses.

Cada una de estas instituciones tiene relación directa o indirecta con el amparo dependiendo de los actos procesales que se realicen. Verbigracia la suspensión del proceso penal a prueba, en él el amparo que procede es el indirecto ante la confirmación de la sala de negar el procedimiento por un derecho que se tienen de acceder a él, claro, siempre que se cumplan los requisitos a los que se hizo referencia en este artículo.

Cuando se analizó el procedimiento abreviado, se llegó a la conclusión de que el amparo que procede es el directo al ser una resolución que pone fin al proceso. En esta institución se considera que el estudio del amparo deberá enfocarse a cuestiones de punibilidad y beneficios, pero no al estudio de la culpabilidad por ser un acto consentido al momento de solicitar el procedimiento abreviado.

En los MASC se observó que desde el punto de vista jurídico no debe existir amparo para no causar un perjuicio al gobernado, sin embargo, en la práctica sí se tramita un amparo por la citación o invitación al medio alternativo, el cual se sobresee por no causar perjuicio al gobernado.

Al analizar los criterios de oportunidad, concluimos que el amparo procedente es indirecto ante la confirmación del juez de control de aceptar su otorgamiento, al ser un efecto de los criterios de oportunidad que no se ejercite acción penal o se concluya la ya ejercida es que este recurso lo tramita la víctima inconforme con el otorgamiento del criterio de oportunidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora, Niceto, *Proceso, autocomposición y auto defensa*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001 (Serie Clásicos de Teoría General del Proceso).
- Anton Mittermaier, Karl Joseph, *Pruebas en materia criminal*, México, Editorial Jurídica Universitaria, 2001 (Serie Clásicos del Derecho Probatorio).
- Aromí de Sommer, Gabriela María Alejandra, "Suspensión del proceso a prueba: un camino hacia la composición del conflicto" en Pedro R. David (coord.), *Justicia reparadora, mediación penal y probation*, Argentina, Lexis Nexis, 2005.
- Bardales Lazcano, Erika, *Medios alternos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- Bardales Lazcano, Erika y Carlos Villegas, "Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos" en *Cultura Constitucional, Cultura de Libertades*, México, SETEC del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2010.
- Bovino, Alberto, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*, Argentina, Editores del Puerto, 1998.
- Di Rizzo, Rosa, *La Mediatzione. Gestione del Conflicto e Ricostruzione Sociale en Martha Salvador y Hernández, La mediación, un acercamiento a la justicia Comunitaria*, Tribunal Superior de Justicia/Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, México, 2009.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Oxford University Press, 2001.
- Darío Muchnik, Javier, "Situación de la suspensión del proceso a prueba en el ámbito de la provincia de Tierra de Fuego" en R. Pedro David (coord.), *Justicia reparadora, mediación penal y probation*, Argentina, Lexis Nexis, 2005.

- *Dei Malatesta, Nicola Framarino, Lógica de las pruebas en materia criminal, Bogota, Themis, 1988, vol. II.*
- *Flores García, Fernando, "Medios compositivos de los litigios civiles", XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal, México, 1998.*
- *Folberg, Taylor, Mediación, resolución de conflictos sin litigio, México, Limusa, 1997.*
- *Gordillo Santana, Luis, La justicia restaurativa y la mediación penal, Madrid, Iustel, 2007.*
- *Gozaíni A., Osvaldo, Formas alternativas para la solución de conflictos, Buenos Aires, Depalma, 1995.*
- *Maxera, Rita. "Mecanismos restaurativos en las nuevas legislaciones penales juveniles de Latinoamérica y España" en R. Pedro David (coord.), Justicia reparatoria, mediación penal y probation, Argentina, Lexis Nexis, 2005.*
- *Mittermaier, C. J. A., Tratado de la prueba en materia criminal, Madrid, España, Editorial Reus, 1992.*
- *Peña, González Oscar. Mediación y conciliación extrajudicial, medios alternos de solución de conflictos: teoría y práctica, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.*
- *Pérez Fernández del Castillo, Othón y Bertha Mary Rodríguez Villa, Manual básico del conciliador, México, Vivir en Paz ONG, 2003.*
- *Puntes, Salvador y Martha Hernández, La mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria, México, Tribunal Superior de Justicia/Consejo de la Judicatura del Distrito Federal, 2009, p. 53.*
- *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Manual del justiciable, Poder Judicial de la Federación, México, 2009.*
- *Vasconcelos Méndez, Rubén, "La suspensión del proceso penal a prueba",*
- *Revista del Instituto de la Judicatura Federal.*

- *Vázquez González de la Vega, Cuauhtémoc y Erika Bardales Lazcano, Simplificación de los procedimientos penales en México, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010 (en prensa).*
- *Zúñiga Fayad, Octavio. "Medios alternos de solución de conflictos: una solución alternativa y confiable para la empresa del siglo XXI" en Justicia Alternativa, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, año 11, núm. 2, abril, 2009.*

**EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON
LOS PRINCIPIOS DE PRIMACÍA MATERIAL DE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES Y PRIMACÍA MATERIAL DE LOS
PRINCIPIOS JURÍDICOS Y POLÍTICOS EN GENERAL.**

DIANA PAOLA GRANADOS MADRIGAL*

* Capacitador certificado por el Comité de Capacitación del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, profesora del Instituto de Estudios del Proceso Penal Acusatorio, A. C. (INEPPA), cuenta con la maestría en Criminología por el Instituto de Formación Profesional de la PCJOP, y es licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma Metropolitana.



Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto. 2.1. El bloque de constitucionalidad en el derecho comparado. 3. El Bloque de Constitucionalidad y su importancia para el proceso penal acusatorio.

INTRODUCCIÓN

Resulta evidente que la reforma en materia de seguridad y de justicia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, significa una evolución legislativa acorde a la exigencia del paradigma posmoderno ya característico de los albores del siglo XXI, y que claramente ha influenciado al Estado mexicano.

Lo anterior, conlleva a la generación de instrumentos procesales que cumplan con los postulados que tienen fundamento en los principios rectores de un derecho penal adjetivo, propio de un estado democrático de derecho, entre los que se distinguen, por su vital relevancia, los principios de presunción de inocencia (considerado como el eje rector de la reforma), publicidad, inmediación, contradicción, concentración, proporcionalidad, así como el de subsidiariedad, también denominado “principio de intervención mínima o de la última *ratio essendi* del derecho penal”, según el cual, debe imponerse la necesidad de agotar recursos no penales, cuyas consecuencias sean menos drásticas,¹ con la finalidad de establecer un límite (siendo este la culpabilidad del sujeto) al excesivo poder punitivo del Estado; este último principio, implícito en un sistema procesal penal, que resulta incongruente a la valoración práctica del actual proceso penal de corte inquisitivo.

En este artículo pretendo generar la reflexión y el debate académico en torno a la figura del Bloque de constitucionalidad, como instrumento para lograr los objetivos de la reforma penal, y orientar los esfuerzos para cumplir con su finalidad de impartición de justicia con respeto a los derechos humanos de las víctimas e imputados, como lo establece el artículo 20 de nuestra Constitución, el cual también contempla los principios generales del proceso. La relevancia adquirida por esta categoría jurídica, así como la diversidad de usos y sentidos que permite, hacen necesaria y sana dicha discusión, pues en el contexto del llamado neoconstitucionalismo, una figura que permite la ampliación de la Constitución, no puede pasar desapercibida, ya que en el mencionado marco actual de preeminencia del derecho constitucional su existencia tiene todas las repercusiones posibles en el sistema jurídico.

¹ Moisés Moreno Hernández, *Política criminal y reforma penal. Algunas bases para su democratización en México*, México, Editorial Ius Poenale, 1999, pp. 120 - 122.

El Bloque de Constitucionalidad permite un amplísimo debate, tanto de su naturaleza y elementos jurídicos estrictamente considerados, como de sus repercusiones y causas en la realidad política y social, y también en el ámbito de la filosofía del derecho; sin embargo, en este estudio pretendo, en primera instancia, establecer una conclusión teórica acerca de la naturaleza del Bloque; en segundo lugar, indagar los fines y utilidad de los mismos en el proceso penal acusatorio, los cuales justifican que una norma sea parte de este; y en general, la seriedad con que debe ser abordado el estudio del Bloque de constitucionalidad a nivel internacional, como un elemento jurídico de importancia y posibilidades sobresalientes en el contexto del derecho constitucional posmoderno.

I. CONCEPTO

Para empezar, se puede realizar un acercamiento a la noción del Bloque, partiendo de que este constituye una categoría que permite encontrar normas de rango constitucional, por fuera del articulado que conforma una Constitución escrita.² Es este su rasgo más sobresaliente y su función propia; de suerte que el Bloque cumple su función ontológica, porque existen normas de carácter constitucional –o al menos con una función propia de dichas normas–, por fuera de su fuente natural y primaria, que es la Constitución; de no ser este el supuesto, simplemente se hablaría de Constitución política, haciendo referencia a todas las normas de rango constitucional, sin necesidad de que existiera la noción mencionada, pues todas las normas constitucionales se hallarían directamente en la Constitución, carecería de algún sentido de interés para nuestro estudio. De esta manera, lo que hace el Bloque es conciliar el principio de Constitución escrita, con el de primacía material de las normas constitucionales y primacía material de los principios jurídicos y políticos en general.³

Francisco Rubio Llorente nos ofrece un concepto introductorio del Bloque, anotando que en la doctrina de Francia –país en donde se originó el *Bloc de Constitutionalité*, por una resolución del consejo constitucional francés, el 8 de julio de 1966– se utiliza para designar al conjunto de normas que el consejo constitucional aplica en el control previo de constitucionalidad de las normas [...].⁴ Bidart Campos sostiene “el Bloque de

2 Rodrigo Uprimny Yepes, *El Bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, www.djs.org/publicaciones, 2000.

3 Sergio Iván Estrada Vélez, *Los principios jurídicos y el Bloque de Constitucionalidad*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 79.

4 Francisco Rubio Llorente, *El Bloque de la constitucionalidad; Simposium franco-español de Derecho Constitucional. Diversidad de Sevilla, Civitas, Madrid, 1991*, p. 105.

constitucionalidad es el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la Constitución documental.”⁵ Para Mónica Arango el Bloque de Constitucionalidad son “... aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la misma.”⁶ En síntesis podemos concluir que son parte del Bloque de constitucionalidad aquellas normas, principios y valores que, sin ser parte del texto constitucional, por disposición o mandato de la propia Constitución, se integran a ella con la finalidad de llevar a cabo el control de constitucionalidad. Lo anterior lo encontramos plasmado en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

II. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

En Francia el consejo constitucional, que es el órgano que aplica el control previo de constitucionalidad ha determinado que el Bloque,⁷ se integra con diversas normas, dependiendo del tipo de acto sujeto a control y distingue tres tipos específicos:

- a) Cuando se trata de leyes y reglamentos parlamentarios sujetos a control, el cual se integra con *la Constitución de 1958 y la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789*.
- b) El bloque que se integra con una ley ordinaria, las leyes orgánicas y las ordenanzas con valor de ley orgánica.
- c) Cuando las normas sujetas a control son los Tratados Internacionales o los reglamentos de las cámaras y las leyes ordinarias.

En el caso de España, país con una constitución con gran influencia de las doctrinas de los derechos fundamentales y la dogmática de la ponderación, el Bloque de constitucionalidad está integrado por normas *materialmente* y *formalmente* constitucionales.⁸

5 Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264.

6 Mónica Arango Olaya, El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la corte constitucional colombiana, p. 1, documento PDF fundamenta su concepto de bloque de constitucionalidad de la sentencia C-225-95, M^º Alejandro Martínez Caballero. Posición reiterada en sentencia C-578-95, M^º Eduardo Cifuentes Muñoz; sentencia C-358-97, M^º Eduardo Cifuentes Muñoz, y en sentencia C-191-98, M^º Eduardo Cifuentes Muñoz.

7 Véase la Constitución francesa del 04 de octubre de 1958 que en su artículo hace referencia a que los tratados o acuerdos debidamente ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado, de su aplicación por la otra parte.

8 Esta Constitución plantea en su artículo 1º que España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de

- a) Normas materialmente constitucionales: sustraídas de la Constitución, pero que tienen un función materialmente constitucional.
- b) Normas formalmente constitucionales: incluye normas primarias y normas constitucionales secundarias (estatutos).

En Colombia se distingue el término Bloque de constitucionalidad en sentido lato y sentido estricto.⁹

- a) Sentido estricto: se integra por principios y reglas de valor constitucional, y aquellos tratados internacionales que consagren derechos humanos, cuya limitación se encuentre prohibida durante estados de excepción.
- b) Sentido lato: normas de parámetro constitucional como la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y leyes orgánicas.

En el caso de República Dominicana el Bloque de constitucionalidad se integra con los pactos y convenciones internacionales y las opiniones consultivas y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, teniendo como consecuencia el reconocer y establecer los principios fundamentales del debido proceso y su aplicación inmediata en todos los tribunales de ese país.¹⁰

En México se hace alusión al Bloque de constitucionalidad por primera vez en la tesis de Jurisprudencia número P./J. 18/2007, en mayo de 2007 emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).¹¹ El hecho de que la SCJN haya integrado al ordenamiento jurídico mexicano el concepto de Bloque de constitucionalidad, es digno de analizarse, y la importancia reside en las consecuencias benéficas y trascendentes en el ámbito jurídico nacional que pueden generarse, principalmente en la adopción y exacta vigilancia de disposiciones de protección de los derechos fundamentales, lo que implica incorporar un

su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político; en consecuencia, en su título tercero, cap. iii de su art. 96, punto 1, refiere que "Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

9 El art. 93 hace referencia a que "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Recientemente se ha ampliado el empleo del término para incluir tratados internacionales sobre límites fronterizos, sobre derechos de los niños, etcétera.

10 En virtud de la resolución 1920-2003 del 13 de noviembre de 2003, emitida por la Suprema Corte de Justicia de dicho país.

11 Tesis registro núm. 172524, localización Novena Época, instancia Pleno Fuente, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, mayo, 2007, p. 1641, tesis: P./J. 18/2007 Jurisprudencia Materia(s): Constitucional.

estándar de control constitucional con normas y principios que en algunas ocasiones no están contemplados directa o formalmente en la Constitución.

Cabe destacar que, de conformidad con la doctrina del Bloque de constitucionalidad, el artículo 133 de nuestra carta magna contempla que “los Tratados Internacionales (independientemente de su jerarquía normativa), son “ley suprema de toda la unión”; con ello se reconoce la procedencia de instrumentos de protección en contra de violaciones a los derechos humanos distintos a los que protegen las garantías individuales, pero que están contemplados en los tratados internacionales debidamente firmados y ratificados por nuestro país y prueba de ello es la reforma constitucional del 14 de julio del 2011.¹² Con base en esto, el Sistema Penal Mexicano, como titular del *Ius Puniendi*, debe sujetar su actuación a las disposiciones de igual jerarquía que emanan de dos fuentes normativas esenciales: 1) La nacional, conformada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la jurisprudencia; y 2) La internacional, compuesta por los pactos y convenciones internacionales, las opiniones consultivas y las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La importancia de todo esto es la generación de un precedente, ya que con la aplicación del Bloque de constitucionalidad procederían amparos en contra de violaciones a los derechos humanos distintos a los que protegen las garantías individuales, pero contemplados en los tratados internacionales debidamente firmados y ratificados por México, o en caso contrario, se podría aplicar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos u organismos similares en los procedimientos jurisdiccionales tanto locales como federales en México. Con la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte al respecto, se abre la puerta para que la doctrina del Bloque de constitucionalidad, se pueda hacer valer en diversos medios jurisdiccionales, tanto de manera individual mediante el juicio de amparo, como de manera institucional u orgánica mediante controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y juicio de revisión.

12 El artículo 1º de la Constitución Política “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia...”

III. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD Y SU IMPORTANCIA PARA EL PROCESO PENAL ACUSATORIO.

Después del análisis previo del Bloque de constitucionalidad, surge la necesidad de reforzar el planteamiento “de que el proceso penal, se organiza a partir del desarrollo de los principios generales del ordenamiento jurídico, que regulan la relación entre el Estado y los ciudadanos, y que se encuentran recogidos en los cuerpos normativos internacionales”.¹³ En consecuencia los jueces estarán obligados a incluir, en la mayoría de los casos, las normas procesales con las de carácter constitucional e internacional, interpretando y aplicando las primeras, de modo que den cumplimiento a las exigencias contenidas en las dos últimas,¹⁴ lo que implica el reconocimiento como estándares de carácter universal a los principios y garantías del debido proceso. “A partir de la reforma es una tarea de alguna manera nueva en nuestro medio, en la que estamos obligados a servirnos de doctrina extranjera, desarrollada en función a marcos de referencia que no son necesariamente los mismos, ya que obedecen a las declaraciones de derechos incorporadas en sus leyes fundamentales y a la aplicación que les ha dado la jurisprudencia de esos Estados y de los tribunales internacionales de derechos humanos a los que se encuentran vinculados por convenciones internacionales.”¹⁵

En relación a los mismos, México es parte, por mencionar algunos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos, que contemplan un amplio catálogo de garantías que componen el debido proceso, así como garantías referidas a la libertad y seguridad individual aplicables en el curso de un proceso penal de corte acusatorio; para una mejor comprensión haré el señalamiento de algunas garantías que conviene tener presentes:

a) El principio del juicio previo:

Garantía consagrada en el artículo 14 Constitucional que establece que: *“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*

13 Planteamiento elaborado por el maestro José Héctor Carreón Herrera en su cátedra de Límites al Poder Punitivo del Estado dentro de la maestría en Criminología que imparte el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

14 Ejemplo de la aplicación del principio de la aplicación directa de las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos relevantes en cuanto a la regulación del proceso penal.

15 María Inés Horvitz, “La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo” en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación*, Santiago, 1994, pp. 373-418 (Colección de Estudios N).

del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.” Relacionado a su vez con el artículo 20 Constitucional. La finalidad es que cualquier ciudadano a quien se le imputa un delito tiene derecho a exigir la realización de un juicio público ante un tribunal imparcial, que resuelva por medio de una sentencia si se cometió un hecho considerado como delictuoso para la ley penal y si el imputado participó en el mismo fundando y motivando la concurrencia de los presupuestos de aplicación de una sanción penal entendiéndose con ello la aplicación de una pena y/o medida de seguridad previamente establecidos.¹⁶

b) Principio del juez natural o regular:

Consagrado en el artículo 14 Constitucional y fracción quinta del apartado B, del artículo 20 Constitucional tiene íntima relación con el principio de jurisdiccionalidad respecto a la existencia de tribunales previos, el juez que conozca de un caso de ninguna manera puede tener relación alguna con la investigación que lleve a cabo el Ministerio Público. En la investigación el único juez que conoce de los actos que se lleven a cabo en la misma es el juez de control.¹⁷

c) La imparcialidad y la independencia:

Garantías constitucionales contenidas en los artículos 17, párrafo quinto; 20, apartado A, fracción vi, y 21, párrafo tercero; El ser imparcial le impide al juez hacer actuaciones propias de las partes, como proponer, obtener o aportar elementos de prueba, desacreditar en audiencia a un testigo u otros medios de prueba sometidos por las partes; el ser independiente significa no dejarse influenciar por ningún otro interés que no sea la interpretación de las normas vigentes y la veracidad de las pruebas aportadas.¹⁸

d) Principio de legalidad penal y de legalidad procesal:

Garantías constitucionales contenidas en los artículos 14, 18 y 21. Este principio se entiende como una garantía que emana de la voluntad soberana, que legitima la norma, así como la división de funciones o de competencias de los órganos del Estado, entre las

¹⁶ En igual sentido disponen los artículos 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

que se incluyen las estrategias o medidas de carácter político-criminal que implementa el Estado, para prevenir y combatir con eficacia el fenómeno delictivo (*nullum crimen nulla poena sine lege*). El principio de legalidad procesal penal, sirve de sustento para que los tres sectores o segmentos del sistema penal, ejerciten el *Ius Puniendi* (ejecutivo, legislativo y judicial).¹⁹

e) El plazo para ser juzgado:

Contenida en los artículos 17, párrafo segundo; 20, apartado B, fracción VII, y 23 Constitucionales, implica que nadie puede ser sometido a proceso alguno de modo indefinido y que el Estado tiene la obligación de dar origen a normas claras y precisas que garanticen que nadie estará indefinidamente sometido a proceso.²⁰

f) El principio de única persecución o non bis in idem:

Garantía consagrada en el artículo 23 constitucional que conlleva la prohibición de juzgar a una persona dos veces por el mismo delito e integra en su contenido dos principios fundamentales, el de la cosa juzgada y el de litispendencia.²¹

g) Garantía de respeto a la dignidad de la persona:

Contemplada en los artículos 1, párrafo tercero, y 16 y 22 Constitucionales, se reconoce la dignidad de la persona humana contenida en los preámbulos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y Declaración Americana de los Derechos y de los Deberes del Hombre, en la Convención Americana de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos reconocidos por el Estado en materia de derechos humanos. En el caso del Estado mexicano se hace patente esta protección y respeto a la dignidad de la persona al proscribirse la pena de muerte, la prohibición del empleo de la tortura y de malos tratos que impliquen la pérdida o disminución de la salud o de la integridad física de las personas.²²

19 Asimismo, los artículos 9º de la Convención Americana de Derechos Humanos y el 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

20 El art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable..." y el 14.3.c del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, que establece el derecho "a ser juzgado sin dilaciones indebidas"

21 Del mismo modo se encuentra establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, la que en su artículo 8.4 y por el art. 14.7 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, integrante del debido proceso, no es sólo una garantía procesal sino un principio político de seguridad jurídica que prohíbe la doble persecución por un mismo hecho.

22 Es importante que el lector acuda a la legislación secundaria en materia penal como una acción del Estado para salvaguardar el respeto y protección a la dignidad de la persona humana, siendo en el presente caso, Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, misma que es acorde con la Convención contra la Tortura y

h) Igualdad ante la ley:

Contemplada en el artículo 1º Constitucional, siendo inherentes para la comprensión de esta, la perspectiva de género y la no discriminación. Asimismo, se encuentra consagrado este principio por el artículo 1.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y en el artículo 8.4, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.²³

i) Igualdad entre las partes durante el proceso:

Consagrada en el artículo 20, párrafo primero, comprende las garantías de la víctima y del imputado, contenidas en los apartados B y C. Este principio establece derechos fundamentales mínimos para el inculcado en el proceso penal como son: ser informado sin demora, en un idioma que comprenda; que prepare su defensa; ser asistido por un defensor; interrogar a los testigos de cargo; no ser obligado a declarar en su contra, etcétera.²⁴

j) Derecho a no declarar contra sí mismo o de no autoincriminación:

Establecida en el artículo 20, apartado B, fracción II, que a la letra dice: *“a declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.”*

Este principio contiene garantías mínimas dentro del proceso como son: ser informado sin demora, en un idioma que comprenda; preparación de la defensa; ser asistido por un defensor; interrogar a los testigos de cargo; no ser obligado a declarar.²⁵

Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

23 Por otra parte la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, consagra en su artículo 1º el principio de igualdad y de no discriminación desde la perspectiva de género.

24 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1 que refiere: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

25 En igual sentido se pronuncia el art. 8.2 y 3º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

k) La presunción de inocencia:

Es un principio de carácter político consagrado en el artículo 20, apartado B, fracción I, que hace referencia a que el imputado tiene derecho *“A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”*.²⁶ Este principio, a mi consideración, es el eje rector de la reforma, porque fundamenta toda estructura del proceso penal moderno; lo anterior no es gratuito, ya que es la consecuencia lógica de la congruencia que debe tener el estado democrático de derecho en la adopción de la doctrina de los derechos fundamentales: es pasar de un derecho penal de autor a un derecho penal de acto, por lo tanto refleja el estatus básico de un ciudadano sometido a proceso. El inculpaado llega al proceso con una presunción que debe ser destruida por el Ministerio Público, y en ello reside la capacidad para elaborar una adecuada construcción de la culpabilidad. Si obra contra él prueba incompleta u obtenida de manera ilícita, no es procedente condenarlo, sino absolverlo.

l) Estatuto de libertad:

Está consagrado como un derecho inherente y fundamental a todo individuo, bajo la premisa de que nadie puede ser detenido sin que medie una orden fundada, y motivada por parte de la autoridad judicial competente. El artículo 16, **párrafo tercero**, hace referencia al respecto: *“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial...”*²⁷

m) La investigación debe ser personal:

El artículo 16, **párrafo tercero**, contempla al respecto: *“...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.”* Lo anterior obliga a que la investigación y la formulación de la acusación, sean personales, y tengan que sustentarse en un hecho posiblemente constitutivo de delito, en el que el inculpaado posiblemente haya participado.

²⁶ Véanse los arts. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los cuales se hace alusión a este principio.

²⁷ También se establece en los arts. 7.1, y 7.2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y en los arts. **8º, 9º y 10 del** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

n) Derecho a la defensa:

Esta garantía se encuentra conformada por el conjunto de garantías procesales mediante las cuales los ciudadanos ejercen derechos y prerrogativas contenidas en la carta magna y las leyes adjetivas, las cuales salvaguardan la presunción de inocencia, y a la vez constituyen un límite al *ius puniendi* del Estado. Está consagrado en el 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. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso, y este tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”*.²⁸

o) Formulación precisa de cargos:

En clara observancia al irrestricto respeto y protección a los derechos humanos, el Estado mexicano, a través de la autoridad persecutora, está en la obligación procesal de individualizar, describir, detallar y concretizar el hecho delictuoso del que se acusa al imputado, debiendo llevar a cabo el ejercicio de la acción penal y fundamentar la acusación. Consagrada en el artículo 20, apartado B, fracción 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.”*²⁹

p) Derecho a los medios de impugnación:

Esta garantiza a las partes el derecho a impugnar las omisiones y decisiones de los jueces y tribunales, a través de los medios y en la forma en que las leyes procesales establezcan. El derecho a un recurso efectivo está contenido en la legislación procesal penal de cada entidad federativa, en las leyes orgánicas de las autoridades encargadas de la procuración y administración de la justicia, en leyes especiales, **etcétera**.³⁰

²⁸ El derecho de defensa está contemplado en el art. 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

²⁹ El derecho a conocer el contenido exacto de la acusación deriva de los arts. 8.1 y 8.2.b de la Convención Americana de Derechos Humanos, y el art. 14.3.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁰ El art. 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos que establece el derecho del imputado a “... recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior”. También ha sido previsto en el art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

q) La separación de funciones:

Estrechamente ligado con el principio de reserva, según el cual, a cada órgano le está conferida un función específica. Este principio implica que, en el ámbito de cualquier proceso de orden penal, las funciones realizadas por los órganos jurisdiccionales deben estar separadas de aquéllas encaminadas a la investigación y acusación.³¹ Es un principio que se encuentra contenido en los artículos 21 y 49 Constitucionales dando fundamento y estructura a los subsistemas penales.

r) La obligación de decidir:

Esta garantía se encuentra prevista en el ámbito legal de todo estado democrático de derecho, y obliga a todo órgano del sistema penal a decidir de manera equitativa, efectiva y pronta, dentro de los plazos consagrados, teniendo en cuenta que las normas procesales existen para facilitar la administración de justicia, resultando obligatorio el principio de que los jueces y tribunales deben fallar los asuntos sometidos. Claramente el artículo 25.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos hace alusión al respecto en la parte que dice: “... garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso.”

s) Motivación de decisiones:

Contenido en el ámbito supranacional en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y se refiere al hecho de que la motivación de la sentencia es la fuente de legitimación del juez y de su decisión. Da certeza jurídica al gobernado, pues permite que la decisión pueda ser objetivamente valorada, mostrando los fundamentos de la decisión judicial y evitando así la arbitrariedad. Asimismo implica la obligación al juez de justificar los medios de convicción en que sustenta su decisión.

31. Véanse los arts. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

t) Legalidad de la prueba:

Este principio es parte del derecho al debido proceso de ley, por lo que los medios de prueba son los que pueden justificar la imputación de un hecho punible y, en consecuencia, que se puede determinar la restricción de la libertad personal del acusado. Para ello las pruebas legalmente admitidas, son pertinentes en la acreditación de la verdad del hecho imputado, y justificantes de la motivación de la sentencia condenatoria o absolutoria, por lo tanto, es indispensable precisar que el medio o instrumento de prueba sólo es válido si es adquirido y admitido de modo lícito, con respeto estricto a los derechos humanos, libertades y garantías de los imputados.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La reforma penal del 18 de junio de 2008, genera la necesidad de la aplicación de los principios procesales antes mencionados, así como el aprovechamiento de otros instrumentos que tengan como finalidad dotar de mayor racionalidad a la investigación del delito, y que permitan cumplir de manera eficaz con los objetivos que tiene que cumplir el órgano encargado de proteger los intereses de la sociedad, los cuales se traducen en proveer de manera efectiva a la seguridad jurídica de los individuos en lo particular, y a la seguridad pública en lo general; lo obliga a un acercamiento a la noción de Bloque de constitucionalidad desde la perspectiva que constituye una categoría que permite encontrar normas de rango constitucional por fuera del articulado que conforma una Constitución escrita.

No podemos pasar por alto la evolución hacia el paradigma posmoderno de respeto a los derechos fundamentales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en virtud de que ha integrado al ordenamiento jurídico mexicano el concepto de Bloque de constitucionalidad, el cual, sin duda, puede traer consecuencias benéficas y trascendentes en el ámbito jurídico nacional, principalmente en la adopción y exacta vigilancia de disposiciones de protección de los derechos fundamentales, implicando con ello el que se incorpore un parámetro de control constitucional, con normas y principios que no están contemplados, directa o formalmente en la Constitución (el reconocimiento de grado constitucional para el control de actos y leyes, y ampliar la esfera de derechos a ser protegidos por nuestros tribunales).

Para llevar a cabo lo anterior se requiere del compromiso serio de los servidores públicos, respecto a la relevancia de su función y la responsabilidad que ello implica, por lo que requieren una capacitación constante y permanente, para dar cumplimiento al mandato que legalmente se le ha conferido. No olvidemos que la sociedad nos ha dado un voto de confianza a las instituciones, el compromiso adquirido es llevar a cabo nuestra función siguiendo los principios del debido proceso, y hacer uso de los instrumentos y normatividad de índole internacional, aplicable al caso concreto, siendo el bloque de constitucional la herramienta esencial para cumplir eficazmente con esa función.

BIBLIOGRAFÍA

- Bidart Campos, *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264.
- Estrada Vélez, Sergio Iván, *Los Principios Jurídicos y el Bloque de constitucionalidad*, Medellín, Universidad de Medellín, 2005, p. 79.
- Horvitz, María Inés, “La influencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de sus órganos en el proceso penal europeo” en *Proceso Penal y Derechos Fundamentales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, 1994, pp. 373-418 (Colección de Estudios N).
- Moreno Hernández, Moisés, *Política Criminal y Reforma Penal. Algunas bases para su democratización en México*, Editorial Ius Poenale, México, 1999, pp. 120 - 122.
- Rubio Llorente, Francisco, *El Bloque de la constitucionalidad*, Simposium franco-español de Derecho Constitucional. Diversidad de Sevilla, Madrid, Civitas, 1991, p. 105.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia, un Análisis Jurisprudencial y un Ensayo de Sistematización Doctrinal*, [www.djs.org/ publicaciones](http://www.djs.org/publicaciones), 2000.

EL DERECHO AL JUEZ NO PREVISTO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

MARCO ANNEO LUCANO
POR JOSÉ LUIS ELOY MORALES BRAND¹

¹ Profesor investigador en Derecho Penal, Procesal Penal y Derechos Humanos en la Universidad Autónoma de Aguascalientes.



“Los jueces son mejores al principio
y se dañan a medida que pasa el tiempo.”
Tácito

“Nadie resulta inocente cuando su adversario es el Juez. ”

I. ALEGATO DE APERTURA: LA JURISDICCIÓN.

La reforma constitucional mexicana del 18 de junio de 2008 responde a un sistema de justicia penal garantista, es decir, a un modelo criminológico basado en el respeto a los derechos humanos,² que se traduce en la tutela de aquellos valores o derechos fundamentales cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador de los mecanismos de control social formalizados, entre ellos el sistema de justicia penal.³

Esta reforma constitucional busca homogeneizar los sistemas de procuración y administración de justicia, producto del cumplimiento de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos obligatorios para México. La estructura del nuevo sistema no es copia fiel y exacta de un modelo angloamericano, más bien, se hibrida con características de modelos europeos, como el español y el alemán, el anglosajón, y con influencia de algunos tratados internacionales.

El derecho internacional de los derechos humanos debe aplicarse en todas las naciones (las firmantes) del mundo, ya que influye en la reforma de un sistema acusatorio garantista y protector de derechos humanos de cada país. El movimiento europeo y americano para la protección de los derechos en materia penal ha ayudado a la producción de reformas garantistas de los derechos humanos en el mundo, de lo cual no ha escapado nuestro país, que ha sido influenciado en la construcción de su sistema acusatorio.

Ahora bien, en un estado constitucional de derecho, la garantía de los derechos humanos y fundamentales es la jurisdicción, los tribunales judiciales, ya que la función judicial es una garantía de todos los seres humanos frente al mismo Estado, al estar dirigido a impedir arbitrariedades y abusos potestativos sobre sus derechos, así como a obligar a la autoridad a satisfacerlos.⁴

Siguiendo esta idea, y en virtud de que existen varios sistemas o mecanismos que pretenden reaccionar contra las desviaciones sociales, y que algunos se insertan en la estructura del Estado, consecuentemente, será la forma o clase de Estado la que condicione las prácticas de la política criminal;⁵ y en un estado constitucional de derecho, esos mecanismos se ven

2 Alesandro Baratta es uno de los principales precursores del Derecho Penal de Garantías; en un artículo publicado en los años ochenta, enumeraba una serie de principios que se refieren a criterios políticos y metodológicos para la descriminalización y para la construcción de los conflictos y de los problemas sociales en una forma alternativa a la que ofrece el sistema penal actual. Gabriel Ignacio Anitua, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1a. ed., 2005, p. 452.

3 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 4a. ed., 2000, p. 336.

4 *Ibid.*, p. 584.

5 Roberto Bergalli, "La instancia judicial" en *El pensamiento criminológico*. Colombia, Editorial Temis, 1a. ed., Editorial Temis, 1983, p. 73, vol. II. En el mismo sentido Santiago Mir Puig afirma que "todo derecho penal responde a una determinada política criminal, y toda política criminal depende de la política general

sustentados en la protección de los derechos fundamentales de las personas a las que va dirigido,⁶ al someterse a normas de actuación diseñadas para asegurar la objetividad de la intervención y el respeto de los individuos involucrados en el conflicto.⁷

En el sistema de justicia penal, una vez que los hechos son investigados, deben ser verificados y reconocidos por la autoridad judicial como actos punibles para aplicar la consecuencia jurídica. En este sentido hablamos de un sector jurisdiccional, la autoridad encargada de la aplicación de la norma al caso concreto.

La jurisdicción es una función pública establecida en la Constitución, tiene por objeto resolver las controversias jurídicas que se plantean entre partes con intereses opuestos, y deben someterse al conocimiento de un órgano del Estado, que decidirá en forma imperativa e imparcial.

El subsector jurisdiccional protege al imputado y la víctima de la actuación de las autoridades, valora los hechos que son puestos a su conocimiento, y es el único subsector que puede declarar a una persona como culpable.⁸ En un sistema penal acusatorio oral, el acusador y la defensa se encuentran controlados por la jurisdicción, el único que puede dar valor a lo que se le presente, que puede autorizar afectación a derechos fundamentales, y por lo tanto, el único que puede declarar la existencia del delito y la culpabilidad de una persona.

La principal garantía procesal es la de jurisdiccionalidad, ya que el proceso se configura como una contienda entre hipótesis en competencia que el juez tiene la tarea de dirimir, pues la carga de la prueba, en apoyo de la acusación, resulta integrada por la carga de la contraprueba o refutación de las hipótesis en competencia.⁹

Para que esta garantía sea realmente efectiva, debe estar dotada de imparcialidad, independencia y naturalidad. La imparcialidad es la ajenidad del juez a los intereses de los sujetos procesales, y exige su separación institucional respecto de la acusación pública; la independencia es su exterioridad al sistema político, demanda su separación institucional

propia del Estado a que corresponde". Véase Santiago Mir Puig, "Constitución, Derecho penal y Globalización" en *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 1a. ed., 2006, p. 116.

6 Por ejemplo, para el estado absoluto, la política criminal buscaba proteger al sistema, restableciendo el orden jurídico afectado; para el estado intervencionista, la política criminal pretendía la defensa del orden social, pues el infractor era una persona anormal y peligrosa –ejemplos de esta política criminal son los estados autoritarios y dictatoriales, donde el delito se identifica como una traición al jefe de Estado, por lo que hay que defenderlo de esos traidores–, para el estado de bienestar, el objetivo es obtener el consenso a su sistema de valores, por lo que se trata de reincorporar al consenso al desviado.

7 Antonio García-Pablos de Molina, *Tratado de criminología*, Tercera edición; Valencia, Tirant lo Blanch, 3a. ed., 2003, pp. 197 y 198.

8 "La criminalidad, como realidad social... es una cualidad atribuida por los jueces a ciertos individuos, los cuales resultan así seleccionados y luego incluidos en las formas de registro habitual de la criminalidad (estadísticas oficiales)". Roberto Bergalli, "La instancia, op. cit.", p. 79.

9 Luigi Ferrajoli, *Derecho*, op. cit., p. 152.

de los otros poderes del Estado; y la naturalidad implica que la designación y determinación de competencias del juez sean anteriores a la perpetración del hecho sometido a su juicio, por lo que requiere de separación de autoridades delegantes de cualquier tipo, además de la predeterminación, legal y exclusiva, de lo que puede conocer¹⁰ para impedir intervenciones instrumentales de carácter individual o general sobre la formación del juez, y la prohibición de los jueces especiales y extraordinarios, con la finalidad de garantizar la igualdad de que todos contamos con el derecho de tener los mismos procesos y juzgadores.

La imparcialidad es la falta de prevención a favor o en contra de alguien en el procedimiento. Es la justificación del derecho al juez no prevenido o contaminado que se retoma del modelo español,¹¹ como derecho fundamental incluido al proceso garantista, pues a través de este se pretende evitar, en aras de la imparcialidad del juzgador, la formación en el tribunal sentenciador de cualquier prejuicio a favor o en contra del imputado que pudiera adquirir internamente de haber participado instrucción.¹² En consecuencia, el juez que conocerá del caso en la audiencia de juicio oral, será distinto del que controle la investigación y decrete la vinculación, como igual serán distintos los jueces que preparen el juicio y ejecuten las sanciones. Lo que se busca es que el juzgador no esté contaminado previamente, y no tenga prejuicios al momento de resolver.

Asimismo, la imparcialidad implica que el juez debe adoptar una postura pasiva respecto de la prueba y la participación de los sujetos procesales; es decir, no actuará oficiosamente ni perfeccionará la actuación de las partes en conflicto, sino que sólo atenderá las peticiones que le realicen, y las resolverá en los términos que se le hayan planteado, sin suplir la deficiencia de la argumentación.

Por lo anterior, el juez no tendrá la facultad de reclasificar los hechos¹³ para girar una orden de aprehensión, dictar un auto de vinculación o emitir una sentencia; lo cual no significa que quedará atado de manos, sino que los sujetos procesales deberán capacitarse ampliamente para proponer adecuadamente sus peticiones.

La imparcialidad es un hábito intelectual y moral que no difiere del que debe presidir en cualquier forma de investigación; implica entonces la búsqueda de la verdad y la tutela

10 *Ibid.*, p. 580

11 Sentencia 145/1988 del Tribunal Constitucional español.

12 En la actualidad, el juez que ha instruido una causa penal, en modo alguno puede juzgarla, no como juez único, ni formando parte de un tribunal. Jacobo López Barja de Quiroga, *Tratado de derecho procesal penal*, España, Editorial Thomson Aranzadi, 1a. ed., 2004, p. 691.

13 Juan Luis Gómez Colomer, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1a. ed., 2008, pp. 91 y 92.

de los derechos fundamentales, sin ningún interés general o particular en la solución de la controversia que debe resolver, ya que debe decidir cuál de las hipótesis es falsa o verdadera; no debe ser un personaje de representación, puesto que ningún interés o voluntad que no sea la tutela de los derechos subjetivos lesionados debe condicionar su juicio, ni siquiera el interés de la mayoría, ya que juzga en nombre del pueblo, pero no de la mayoría, sino para la tutela de la libertad de las minorías.¹⁴

En síntesis, el poder judicial se configura, respecto a los otros poderes del Estado, como un contrapoder en el doble sentido de que tiene encomendado el control de la legalidad o la validez de los actos legislativos y administrativos, y la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a las lesiones que pudieran provenir del Estado.¹⁵

Se trata de una búsqueda de seguridad jurídica de la persona, al saber que en caso de que se le impute la comisión de un delito, el Estado observará todos y cada uno de los requisitos y elementos previos, tendientes a generarle una afectación válida en su esfera jurídica; es decir, tendrá la certeza de que será acusado por un órgano distinto a aquel que deberá juzgarlo, una vez que haya sido oído en el proceso, y haya aportado los medios de prueba que permitan fortalecer su inocencia. Esto permite una garantía de igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles.¹⁶

II. EL DERECHO AL JUEZ NO PREVENIDO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

Un sistema acusatorio requiere la legitimidad de los medios para llegar al fin, por lo que los derechos humanos y fundamentales son la base de la actuación de las autoridades, en un modelo en el que existe un órgano público encargado de la acusación, distinto a quien juzga, donde existe igualdad para los sujetos procesales dentro de un juicio público y oral, ante un juez imparcial e independiente, en donde existe la defensa adecuada y la participación del afectado en forma real. Es decir, un modelo en el que se requiere juicio con garantías procesales para imponer pena.¹⁷

14 Luigi Ferrajoli, *Derecho, op. cit.*, p. 580.

15 *Ibid.*, p. 580.

16 *Ibid.*, p. 569.

17 *Ibid.*, p. 605.

Un modelo adversarial es aquel donde el acusador y el acusado se consideran adversarios o partes en conflicto, el cual deberá ser resuelto en el procedimiento penal en función al dinamismo que impregnen a sus actividades: producir la prueba, fortalecer su teoría del caso y debilitar la de su contraparte, y negociar la solución del conflicto.¹⁸

La reforma constitucional federal del 18 de Junio de 2008 se encuentra sustentada sobre todo en el principio de intervención mínima, lo cual implica que el sistema de justicia penal es la última entre todas las medidas protectoras o de control social que hay que considerar, pues sólo debe intervenir cuando fallen otros medios de solución de los conflictos sociales. Parafraseando a Ferrajoli, si el sistema de justicia penal es la técnica de control social más gravosamente dañosa de todas las intromisiones estatales en la libertad y dignidad del ciudadano, sólo debe intervenir después de que otros medios menos agresivos no tengan éxito para resolver el conflicto. El sistema de justicia penal se convierte en la última razón de Estado a utilizar, pues debe preferirse ante todo el empleo de medios no penales, y sólo cuando no sean suficientes estará legitimada la intervención del derecho penal.

Lo característico del nuevo sistema es el control judicial del procedimiento, la separación entre acusador y juzgador en forma real, la igualdad entre la acusación y la defensa, y la existencia de un juicio público y oral.

Por lo anterior, el principio de separación de funciones implica que en este nuevo modelo las funciones de investigación, acusación, defensa y juzgamiento, deben ejecutarse por sujetos distintos, con tal de lograr la independencia, autonomía e imparcialidad en la indagación punitiva.

Así, la investigación del hecho punible deberá ser realizada por una entidad técnica. En el caso mexicano deberá ser la policía investigadora, pues el Ministerio Público no puede ni debe investigar, en atención de que ha dejado de ser autoridad y cae en el riesgo de convertirse en órgano de prueba, al ser testigo de los hechos en las investigaciones.

El ejercicio de la acción se llevará a cabo por el Fiscal o Ministerio Público, quien dirigirá, por sus conocimientos expertos en materia jurídico-penal, la investigación que materialmente realice la policía investigadora.

18 Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorrer, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2009, p. 18.

La defensa (estatal o privada, particular o licitada), ejercerá el derecho de contradicción contra la acusación, para garantizar el respeto a la presunción de inocencia y aportar los medios de convicción que ayuden a destruir la acusación. Gracias a la igualdad, la defensa también podrá emplear detectives investigadores para lograr su cometido.

El control de la investigación, juzgamiento y ejecución de la pena se realizará por un juez imparcial, independiente, previamente establecido, y distinto en cada fase, de acuerdo al derecho al juez no prevenido, para garantizar la protección de los derechos del individuo frente a conductas autoritarias del Estado (inclusive si en la etapa de impugnación o protección constitucional se observa alguna violación que implique celebrar nuevamente la etapa de juicio, el juez o tribunal que conozca será distinto al que ya conoció del caso, para hacer efectivo este derecho).

Además, la víctima podrá actuar como sujeto procesal interesado, apoyando al Ministerio Público y ejerciendo la acción de reparación del daño; y en algunos casos podrá ejercitar acción penal y sostener la acusación ante un juez.

En tales escenarios el papel del juez será evitar el desbordamiento del poder controlado y garantizar los principios básicos que en una democracia se suponen implícitos o se hallan expresos en su Constitución.¹⁹

En el diseño de las Constituciones republicanas, el concepto de jurisdicción se encuentra íntimamente vinculado con la idea de control de ciertos actos que, por experiencia histórica, se sabe que ponen en peligro la seguridad de los derechos de los ciudadanos,²⁰ de ahí que el modelo mexicano retoma el derecho al juez no prevenido del sistema penal español, para evitar la producción de cualquier prejuicio por contacto previo con el caso.

Por lo anterior, con base en este derecho, la nueva función jurisdiccional en México debe estructurarse de la siguiente manera:

a) Juez de control

El primer juez que aparece en este nuevo sistema es el de control, que tiene sustento en el artículo 16 constitucional.

¹⁹ Carlos Eduardo Mejía Escobar, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID-Consejo Superior de la Judicatura, 2005, p. 10.

²⁰ María Inés Horvitz Lennon, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., 2003, t. 1, p. 198.

Es el tribunal encargado de que no se vulneren los derechos de las personas durante la investigación del hecho. Así, vigilará la actuación de los investigadores, acusadores, coadyuvantes y defensores durante la investigación, y será el único facultado para otorgar autorizaciones de ejecución de actos que tengan que intervenir derechos fundamentales.

Con la existencia de este juez se judicializa la investigación del hecho punible, y podrá presidir audiencias para fijar salidas alternativas, controlar la detención en flagrancia o urgencia, informar y formalizar la acusación, decretar vinculaciones a proceso, fijar medidas cautelares, autorizar intervención de derechos fundamentales cuando haya justificación, decretar sobreseimientos, suspender procesos, desahogar prueba anticipada, entre otros.

b) Juez de preparación

Una vez que el Ministerio Fiscal ejerza acusación en contra del imputado, terminará la fase de investigación, y aparecerá el juez de preparación, cuyas funciones generales serán las de purgar los vicios formales y obstáculos que impidan llegar libremente a juicio, con la finalidad de que el tribunal oral solamente se limite a valorar los hechos y no se distraiga en otras situaciones.

Este juez resolverá incidencias de previo y especial pronunciamiento, purgará vicios formales del escrito de acusación, fijará los hechos que serán materia del juicio oral, de acuerdo a lo expuesto por la acusación y la defensa, sin modificar lo establecido en el auto de vinculación; establecerá los acuerdos probatorios que hayan alcanzado los sujetos procesales; admitirá los medios de prueba que se desahogarán en el juicio oral; e inclusive podrá modificar medidas cautelares o desarrollar audiencias de medios alternos, hasta antes de decretar el auto de apertura de juicio oral.

En algunos sistemas se ha establecido que el juez de control sea el mismo juez de preparación, sin embargo, considero que esto no puede ocurrir en el modelo mexicano, con base en el derecho al juez no prevenido y lo previsto en las fracciones IV y X del apartado A del artículo 20 Constitucional, que establece las garantías que deben observarse en las fases jurisdiccionales, y una de ellas es que los jueces sean distintos y no hayan conocido previamente del caso.

Entonces, en el sistema acusatorio mexicano el juez de control debe ser distinto al juez de preparación, puesto que el primero autorizará intervenciones a derechos fundamentales,

valorará datos de prueba para tomar algunas determinaciones como girar órdenes de aprehensión, decretar vinculación a proceso y dictar sentencia en procedimiento abreviado, e incluso podrá desahogar prueba anticipada. Inclusive, también debe ser distinto el juez de control que realice el control de detención de orden de aprehensión, o aquel que vuelva a vincular a proceso al imputado por nueva petición de la fiscalía, en atención a nuevos datos de prueba que modifiquen la calificación de hechos realizada previamente, puesto que si tales actividades las ejecuta el mismo juez que giró la orden de aprehensión o dictó la vinculación a proceso, estará previamente contaminado y difícilmente decidirá si la orden fue mal girada o si la vinculación no tenía sustento y deba modificarse, puesto que es una situación natural que el ser humano forme prejuicio con los primeros datos que conozca, y que no cambie su percepción a pesar de evidenciarse otras situaciones.

Por ende, el juez de preparación debe ser distinto al juez que controló la investigación, ya que el nuevo juez, sin prejuicios o prevenciones, podrá desechar los datos de prueba en las que se hayan violentado derechos fundamentales injustificadamente, y que a pesar de haber sido impugnadas por las partes, el juez de control haya determinado como válida su obtención; también podrá determinar el otorgamiento, modificación o revocación de medidas cautelares sin haberse contaminado por la decisión previa que se haya tomado en la investigación, y finalmente podrá valorar libremente los datos de prueba en caso de que se solicite el procedimiento abreviado sin haber prejuzgado anteriormente en la orden de aprehensión o vinculación a proceso, pues de lo contrario seguirá con la misma tendencia de condena que se pretende evitar en este nuevo modelo, ya que en el sistema inquisitivo mixto mexicano es común la práctica de que si el juez gira una orden de aprehensión o dicta un auto de formal prisión, prácticamente copia tales determinaciones para dictar sentencia de condena, a pesar de que en el transcurso del proceso se le muestre una situación fáctica y jurídica diversa.

En Chile, el juez de control o garantía extiende su competencia desde el inicio del procedimiento hasta el dictado del auto de apertura del juicio oral, resolución que pone fin a la etapa intermedia. En algún momento del proceso de reforma se planteó la necesidad de contemplar jueces a cargo de la etapa intermedia, distintos del competente durante la instrucción. Ello, no sólo para garantizar la imparcialidad del tribunal en aquellas incidencias con origen en la instrucción y de suma relevancia para el curso del juicio, sino, especialmente, porque se quería atribuir a este juez la resolución del caso en el procedimiento abreviado, cuando ello fuera aceptado voluntariamente por el acusado. Este procedimiento importa,

en términos muy generales, la aceptación negociada de la acusación del fiscal por parte del imputado y la resolución del caso con base únicamente en los antecedentes de la instrucción. La decisión, por razones fundamentalmente económicas, de prescindir de este tercer juez y de atribuir al juez de garantía la competencia sobre esta etapa del procedimiento no ha hecho sino ahondar las críticas dirigidas, en general, contra las soluciones negociadas del conflicto jurídico penal.²¹

De ahí que el derecho al juez no prevenido, que busca la imparcialidad de esta institución, no se cumplirá si se mantiene a un solo juez para ambas funciones de control y preparación, pues como se ha dicho, difícilmente decretará que sus actuaciones previas son ilegales, y no necesariamente por mala fe, sino porque ya previno y está convencido de su validez.

En caso de que, por cuestiones económicas, no se tuviera la posibilidad de mantener jueces de preparación exclusivos para esa función, podrán habilitarse jueces de control y de preparación, pero en aquellos casos en que un juez realice funciones previas de control, no podrá ejercer funciones de preparación del mismo caso, y viceversa.

c) Juez de juicio oral

En el momento en que el juez de preparación o de control en funciones de preparación efectúe la audiencia intermedia, determine los hechos que serán materia de juicio y los medios de prueba que se desahogarán, resolverá abrir el juicio oral, y es donde aparecerá este nuevo tribunal, cuyo sustento lo encontramos en la fracción IV del apartado A del artículo 20 Constitucional; el cual podrá ser unitario o colegiado, según lo determinen las legislaciones, si es necesario que la decisión no se base en un solo punto de vista y se busque incrementar el estándar probatorio y dar mayor claridad y certeza a la condena o absolucón.

Este tribunal será quien desahogue la audiencia de juicio oral, ante él se producirán los alegatos y las pruebas en forma directa y verbal, y finalmente emitirá decisión con base en lo apreciado en la audiencia. El juez oral declarará la inexistencia o existencia del delito, en este último caso la culpabilidad del autor, y una vez celebrada la audiencia de individualización, impondrá las sanciones que deberá cumplir.

²¹ María Inés Horvitz Lennon, *Derecho*, op. cit., pp. 198 y 199.

d) Juez de ejecución

Si la sentencia dictada es condenatoria e impone sanciones, entrará a actuar el juez de ejecución, creado por el nuevo artículo 21 Constitucional, quien será el encargado de vigilar y ejecutar su cumplimiento, y deberá resolver todo lo concerniente a la ejecución, por lo que la autoridad administrativa sólo se encargará de la ejecución material, mientras que el juez mantendrá el aspecto jurisdiccional o de protección de derechos.

Por lo anterior, de acuerdo a los artículos 17, apartado A; y 20, apartado 21 Constitucionales, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la nueva función jurisdiccional en el Sistema Penal Acusatorio se puede resumir en las siguientes ideas clave:

- a. La finalidad del procedimiento será esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar sanción al culpable y reparar los daños de la víctima;
- b. Existirá presencia del juez en todo momento, y será el único facultado para valorar la prueba en forma libre, con base en la experiencia y sana crítica;
- c. Las pruebas serán desahogadas en la audiencia de juicio, salvo aquella que sea anticipada;
- d. La sentencia será explicada en audiencia pública;
- e. Se garantizará el derecho al juez no prevenido, pasivo e imparcial,²² y el desarrollo oral del juicio;
- f. Carga probatoria al acusador e igualdad procesal entre la defensa y la acusación;
- g. Todo asunto relacionado con el proceso deberá tratarse ante el juez y con la presencia de las partes;
- h. Existirá la posibilidad de terminación anticipada del procedimiento, mediante mecanismos alternativos de solución de conflictos, o el reconocimiento de culpabilidad, lo cual acarreará beneficios al imputado en cuestión de sanciones;

²² En el diseño del juicio oral, la posición de los jueces es fundamentalmente pasiva y adquieren su convicción sobre la base de la prueba aportada por las partes, sin perjuicio de su facultad de preguntar para aclarar dudas o contradicciones. En consecuencia, carecen de toda atribución, como ocurre en algunos sistemas inquisitivos mixtos, para interrogar a testigos, peritos o al imputado, fundados en la búsqueda unilateral de la verdad. *Ibid.*, p. 199.

- i. Será necesaria la destrucción total de la presunción de inocencia para dictarse una condena;
- j. Las pruebas obtenidas ilícitamente, y las derivadas de ellas, carecerán de valor;
- k. Toda violación a un derecho fundamental deberá ser autorizada y controlada por el juez; y
- l. Estas garantías serán observadas en todas las fases del procedimiento.

III. ALEGATO DE CIERRE: CONCLUSIÓN

La reasignación de facultades de los intervinientes en el sistema penal acusatorio pone en evidencia que la esencia de la reforma es el control judicial del procedimiento penal, la igualdad de los sujetos procesales, y sobre todo el control de las violaciones a los derechos fundamentales.

Esa reasignación se obtiene a partir de la definición implícita del juez como tercero ajeno al conflicto, que sólo acude a su solución en cuanto sea convocado por las partes involucradas en el mismo. Si el juez asume como opción una hipótesis propia y encauza el juzgamiento hacia allá, subjetiviza la verdad y la justicia hacia sus propias orientaciones y desvirtúa aquello que le plantean las partes. Además, termina interfiriendo en las investigaciones hechas por esas partes o desplazando el eje del juicio hacia sus propias conjeturas.²³

De esa manera se le impide cualquier iniciativa en el conocimiento del asunto y se le otorgan mayormente poderes negativos, esto es de control, no de acción. Excluye, rechaza, invalida.²⁴

El juez que podría considerarse más importante y que tiene mayor injerencia en este nuevo sistema, es el de control, pues además de ser el que lleva a cabo el mayor número de audiencias, es el que tratará de que todas las actividades de investigación, base del juicio, sean lícitas y lleguen en forma adecuada a la fase de juicio oral. Es decir, tratará de purgar todos los vicios del procedimiento para que este no se retrase, y sólo llegue a juicio oral lo realmente trascendente para juzgamiento.

²³ Carlos Eduardo Mejía Escobar, *El rol, op. cit.*, p. 13.

²⁴ *Ibid.*, p. 12

Pero no por ello debe asumir las funciones de preparación en un caso que ha conocido previamente, pues el prejuicio formado puede hacer nula su imparcialidad y violentar el tratamiento igualitario a los involucrados. Es por ello que en cada fase procesal, sea la inicial, intermedia, principal o de ejecución, el juez que tome conocimiento del caso sea distinto a aquel que lo previno, para garantizar esa libertad de criterio no contaminada por una reflexión previa.

BIBLIOGRAFÍA

- Anitua, Gabriel Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto, 1a. ed., 2005.
- Bergalli, Roberto, “La instancia judicial” en *El pensamiento criminológico*, Colombia, Editorial Temis, 1a. ed., vol. II, 1983.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 4a. ed., 2000.
- García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de criminología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 3a. ed., 2003.
- Gómez Colomer, Juan Luis, *El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un estado de derecho*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1a. ed., México, 2008.
- Horvitz Lennon, María Inés, *Derecho procesal penal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1a. ed., t. I, 2003.
- López Barja de Quiroga, Jacobo, *Tratado de derecho procesal penal*, Navarra, España, Editorial Thomson Aranzadi, 1a. ed., 2004.
- Mejía Escobar, Carlos Eduardo, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano*, Colombia, USAID-Consejo Superior de la Judicatura, 2005.
- Mir Puig, Santiago, “Constitución, derecho penal y globalización” en *Nuevas tendencias en política criminal. Una auditoría al Código Penal español de 1995*, Argentina, Editorial B de F, 1a. ed., 2006.
- Pastrana Berdejo, Juan David y Hesbert Benavente Chorres, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., México, 2009.

NUESTRA PRECARIA (IN) CULTURA CONSTITUCIONAL

MIGUEL CARBONELL





INTRODUCCIÓN

I. UNA CONSTITUCIÓN EN MOVIMIENTO

En México nos gusta repetir la vieja e incontestada idea de que tenemos una muy buena Constitución. Desde hace décadas hemos escuchado la misma cantaleta triunfalista, sin que nadie se haya atrevido a cuestionar su fundamento o incluso su veracidad. Lo cierto es que luego de décadas de discursos y más discursos alrededor del texto constitucional, el panorama real deja mucho que desear.

Las evidencias disponibles nos demuestran que los mexicanos ni conocen, ni mucho menos cumplen con lo que señala la Constitución. No se trata del típico incumplimiento a cargo de las autoridades, sino de una sociedad claramente adepta a la ilegalidad como regla de conducta, que tiene ideales bien alejados de aquellos que justifican y sostienen al constitucionalismo alrededor del mundo.

El amplísimo desconocimiento de nuestra Constitución quizá tenga algo de justificación, dado que está en permanente movimiento; sus reformas en las últimas décadas han sido incesantes, cada paso que se ha ido dando en el proceso de democratización en el país, ha venido acompañado de nuevos arreglos constitucionales.

Hemos tenido reformas de poca monta, casi insignificantes, pero ha habido otras que han intentado (a veces con éxito) cambiar una realidad previa que ya no generaba los consensos necesarios para ser mantenida.

El texto constitucional no sólo se ha ido haciendo más largo, sino también más complejo. Abundan las normas con alto grado de detalle, quizá propias de una ley, o incluso de un reglamento. Tenemos previsiones de considerable extensión en artículos como el 20, 25, 27, 41, 73, 115, 122, 123, etcétera.

Diego Valadés, quien nos informa, por citar algunos ejemplos, que el artículo 122 que originalmente tenía 50 palabras, ahora tiene 2 880; el 41 pasó de 65 a 1 297; 123 se originó con 1 722 palabras, pero ha venido creciendo hasta alcanzar las 3 598 (más del doble de su tamaño original).¹

La pregunta interesante que surge a partir de tales datos es: ¿el aumento del contenido constitucional ha ido de la mano de su mayor observancia? En otras palabras, ¿por tener una Constitución más larga y profusa la cumplimos más? ¿La reforma constitucional ¿mejora la realidad que quiere regular nuestro sistema jurídico? Es seguro que las respuestas a tales interrogantes serán del todo decepcionantes.

Puede haber, y seguramente ha habido muy buenas razones para hacer muchas de las reformas constitucionales que se han realizado en los años recientes, pero lo cierto es que ese proceso no nos ha permitido (por sí mismo) avanzar en la construcción de un país de leyes y en la puntual observancia de sus normas supremas. En ese terreno seguimos siendo, para decirlo con las palabras de Carlos Santiago Nino, en referencia a su natal Argentina, “un país al margen de la ley”.

II. LA CONSTITUCIÓN COMO CULTURA

En un texto constitucional se compendian cuestiones que son jurídicas (dado que están recogidas en normas jurídicas), pero van más allá de sus significados normativos. Una Constitución es una norma, pero también es una síntesis de la historia, de la cultura, de la política y de la economía de un país.²

No simpatizo con las visiones “sociológicas” de la Constitución (como la que defendía Ferdinand Lasalle en el siglo XIX, dentro de su conocido ensayo *¿Qué es una Constitución?*), pero sería del todo ingenuo pensar que la mera normatividad se explica a sí misma en una especie de lógica auto-gravitatoria. La justificación del contenido constitucional (y de las reformas que lo van modificando) debe buscarse fuera de su texto formal. Mirando la realidad también entendemos a la Constitución.

¹ Diego Valadés, “Las funciones de la Constitución” en *Los derechos del pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, 7a. ed., 2006, t. I, p.18.

² Peter Häberle, *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, y *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.

Precisamente, tomando en cuenta esa premisa metodológica, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, levantó en el año 2003 la primera Encuesta sobre Cultura Constitucional en nuestro país,³ obteniendo resultados tan interesantes como dramáticos; en esa ocasión se hicieron entrevistas de fondo a 1 794 personas mayores de quince años, la mitad hombres y la mitad mujeres.

En el año 2011 se hizo el segundo ejercicio del mismo tipo, y de nuevo, el ejercicio arrojó resultados que nos ofrecen un marco excepcional de comprensión, no solamente de nuestro sistema constitucional, sino sobre todo de nuestras propias expectativas y limitaciones en relación al texto constitucional. En esta segunda ocasión se aplicaron 2 208 cuestionarios en viviendas, siguiendo una metodología científica que permitiera cubrir todo el territorio nacional, y que tuviera en cuenta variables socioeconómicas que evitaran obtener información sesgada.⁴

Enseguida comentaré algunos datos concretos al respecto, pero adelanto una posible conclusión: nos gusta quejarnos de lo mal que lo hacen nuestros gobernantes, pero no se observa que la ciudadanía sea un portento de virtudes ni que esté dispuesta a participar directamente en la construcción de la democracia constitucional mexicana. Sin duda hay un déficit de talento gubernativo, pero también hace falta una ciudadanía más crítica y participativa.

De hecho, hay actitudes francamente regresivas y autoritarias entre los ciudadanos del país, algunas de ellas como producto de la inaudita ola de violencia que hemos sufrido en los años recientes, y que ha dado como resultado una muy extendida sensación de inseguridad (además de miles y miles de muertos, como se sabe).

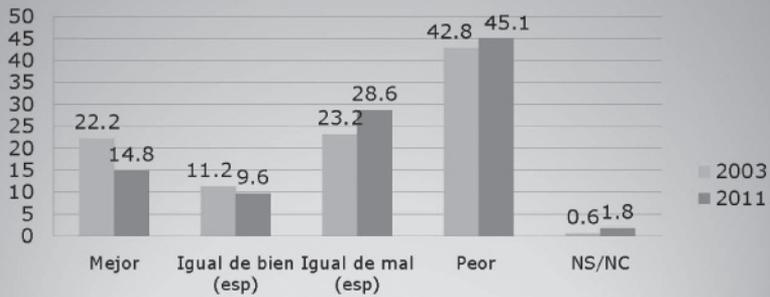
III. ACCESO A LA INFORMACIÓN E INTERÉS POR LOS ASUNTOS PÚBLICOS

Los datos de la encuesta citada permiten advertir que la situación actual del país es delicada. Es decir, que 45% de los encuestados percibe al país peor de lo que estaba en años anteriores, 28% señala que estamos igual de mal y sólo 14% opina que estamos mejor.

³ UNAM, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, II-UNAM, COFEMER, TEPF, 2004.

⁴ Los resultados de la encuesta del 2011 pueden consultarse en: <<http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>>

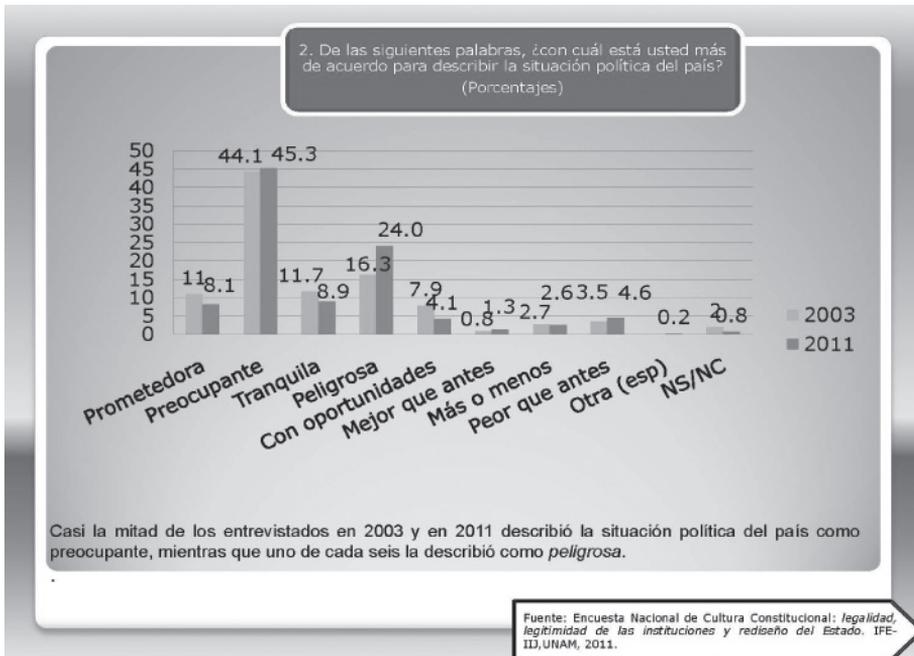
1. Comparada con la situación que tenía el país hace un año, ¿cómo diría usted que es la situación actual del país: mejor o peor?
(Porcentajes)



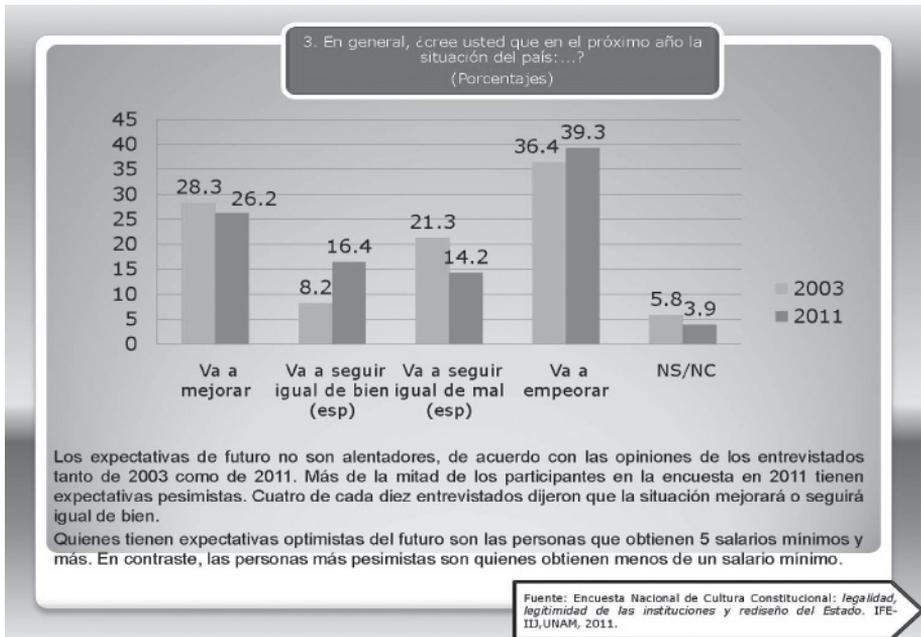
La percepción de la situación del país es fuertemente negativa: tanto en 2003 como en 2011, la mayoría de las personas respondieron que la situación actual del país está igual de mal o peor que el año previo. Solamente poco más de dos de diez dijeron que la situación era igual de buena o era mejor. En 2003 la situación negativa tenía como referente el crecimiento de delitos como el robo y secuestro; en cambio en 2011 tiene como referentes la violencia generalizada y la delincuencia organizada.

Fuente: Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: *legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*. IFE-III, UNAM, 2011.

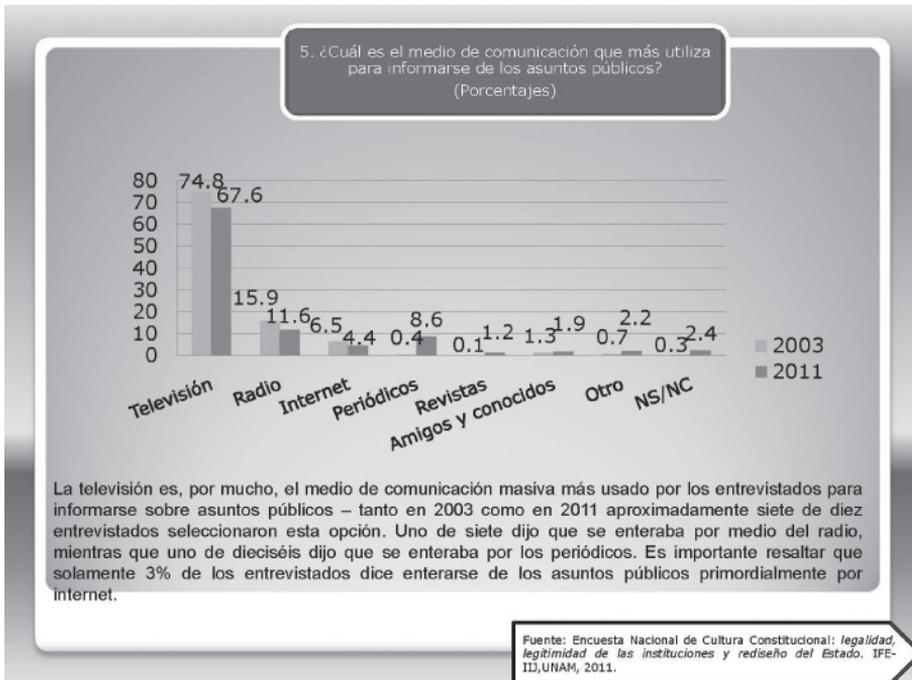
Cuando se pregunta a las personas por la situación política, 45% señala que es preocupante, y 24% la califica como "peligrosa".



El futuro no se advierte demasiado promisorio para muchos mexicanos, ya que 39% piensa que la situación del país va a empeorar el próximo año, 14% sostiene que va a seguir igual de mal, y 26% afirma que va a mejorar.

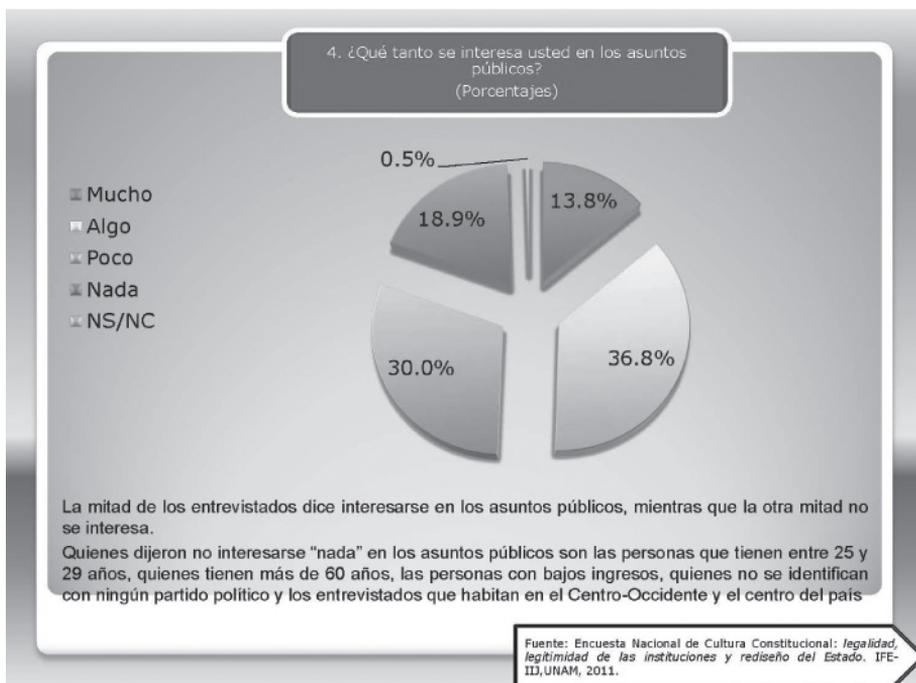


Otro aspecto importante que fue estudiado en la encuesta tiene que ver con los medios de comunicación que se utilizan por los mexicanos para informarse de los asuntos públicos. El 67% lo hace a través de la televisión (porcentaje que ha disminuido respecto a los datos de 2003, cuando 74% de la población encuestada decía informarse a través de la tv); 11% se informa escuchando el radio, y 8% por medio de periódicos. Esto permite suponer que, de momento, la televisión sigue siendo el gran escaparate de la política mexicana, y la ventana a través de la cual los ciudadanos perciben la situación del país, y se asoman a sus debates más relevantes.



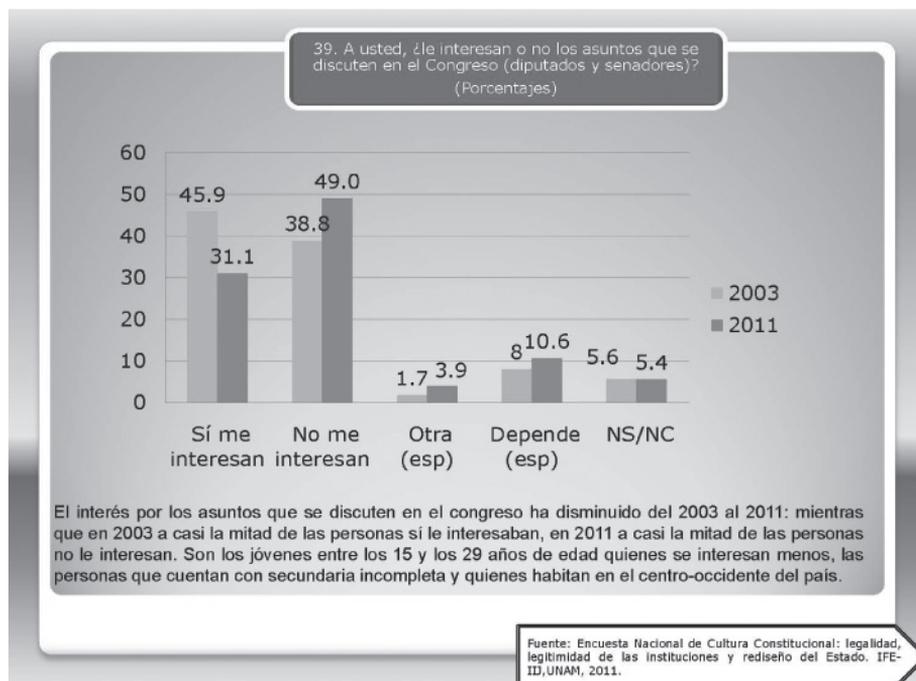
En los resultados de la encuesta, llama la atención la poca utilización de internet para informarse de asuntos de interés público; parece extraño el dato, no sólo por lo bajo (4%), sino porque disminuyó entre 2003 y 2011, años en los que el uso de internet se ha extendido de forma muy considerable (en junio de 2011 diversos medios de comunicación informaron que ya habíamos alcanzando la cifra de 40 000 000 de personas que hacen uso de internet en México).

Ahora bien, cuando se les pregunta por su interés en los asuntos públicos, el resultado es decepcionante, ya que 30% dice que se interesa poco y 18% que no se interesa nada. Sólo 13% afirma estar muy interesado en los asuntos públicos.



A la luz de los datos anteriores, no resulta sorprendente que 49% de los encuestados no se interesen por los asuntos que se discuten en el Congreso de la Unión. Esto demuestra el profundo desapego de una parte de la población respecto de sus representantes. Es posible que muchos mexicanos no se sientan bien representados, aunque también resulta probable que muchos no puedan seguir con facilidad los debates en el congreso, debido a que muchas veces se utiliza un lenguaje excesivamente técnico o se tratan asuntos muy específicos que les resultan ajenos a la mayor parte de la población.

Como sea, el hecho de que a la mitad de la población simplemente no se interese por lo que se discute en el congreso supone, de por sí, una fuerte llamada de atención respecto al funcionamiento de la democracia mexicana.



IV. EL AUTORITARISMO SOCIAL

Cuando se analizan los regímenes políticos, normalmente se suele mirar a la forma en que los poderes públicos son ejercidos, y las vías a través de las cuales se llega a ellos. Un régimen se suele calificar como democrático si para llegar a ejercer un poder público existen mediaciones o vías que permitan la participación popular, y si en el día a día de su funcionamiento, dichos poderes públicos son respetuosos de la división de poderes y de los derechos humanos. Si no cumple con tales condiciones, es probable que un régimen político sea calificado como autoritario o incluso como dictatorial.

Pero, ¿qué pasa cuando el autoritarismo no es exclusivo de la clase gobernante, sino que se refleja también, y de manera extendida entre los ciudadanos? ¿Podremos hablar, en ese caso, de una suerte de “autoritarismo social”? ¿Qué grado de vulnerabilidad tiene una

democracia, cuyos ciudadanos no han interiorizado ni creen en algunos de los principios democráticos más elementales? ¿Qué tipo de respuesta debemos esperar de una población que apoya que se violen derechos humanos en el combate a la inseguridad o que es francamente refractaria al ejercicio de la libertad de expresión por parte de personas que no piensan como uno mismo?

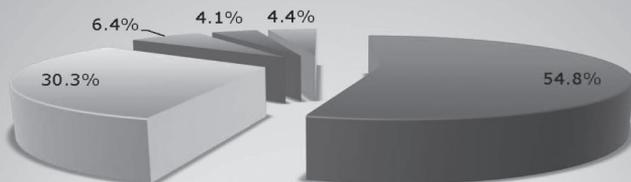
La encuesta nos indica que para 59% de los mexicanos, la obediencia y el respeto a la autoridad son los valores más importantes que un niño debe aprender. No cabe duda que el cumplimiento de las reglas sociales, aprendido desde la infancia, es un rasgo del carácter de las personas que conviene fomentar, pero no me queda claro que sea el valor más importante. ¿Qué hay del aprecio por la libertad, la defensa de la dignidad, el ideal de la no violencia, el respeto a la igualdad, etcétera? ¿En dónde quedan esos valores si les decimos a nuestros niños que lo más importante es obedecer? ¿No es esa actitud más propia de súbditos que de ciudadanos?

La tolerancia no parece figurar entre nuestras virtudes más destacadas. De acuerdo a la misma encuesta, 43% de los entrevistados señala que los problemas sociales se resolverían si pudiéramos deshacernos de las personas inmorales, cualquier cosa que ello signifique.

Asimismo, 30% piensa que no se puede combatir a la delincuencia sin violar los derechos de la gente, y 39% está de acuerdo con que un toque de queda puede ayudar a reducir la inseguridad. Todavía más: 32% está de acuerdo en que se torture a un narcotraficante para obtener información.

12. ¿Con cuál de las siguientes frases está usted más de acuerdo?:
(Porcentajes)

- Es posible luchar contra la delincuencia organizada sin violar los derechos de la gente
- No se puede combatir la delincuencia organizada sin violar los derechos de la gente
- Otra (esp)
- Ninguna (esp)
- NS/NC

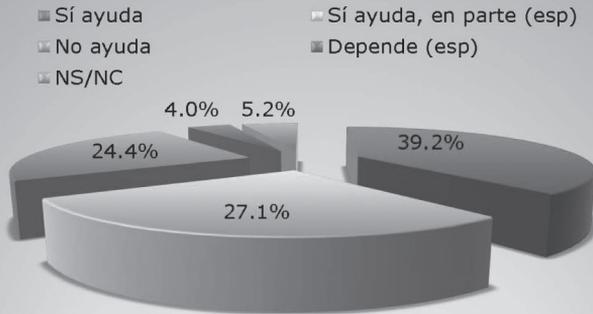


Casi seis de diez entrevistados dijeron que los derechos de la gente pueden ser respetados durante la lucha contra la delincuencia organizada, mientras que tres de diez dijeron que los derechos humanos no pueden ser respetados en dicha lucha.

Entre quienes dijeron que no se puede combatir la delincuencia sin violar los derechos de la gente están los varones, jóvenes de 15 a 29 años y los adultos jóvenes de 30 a 34 años.

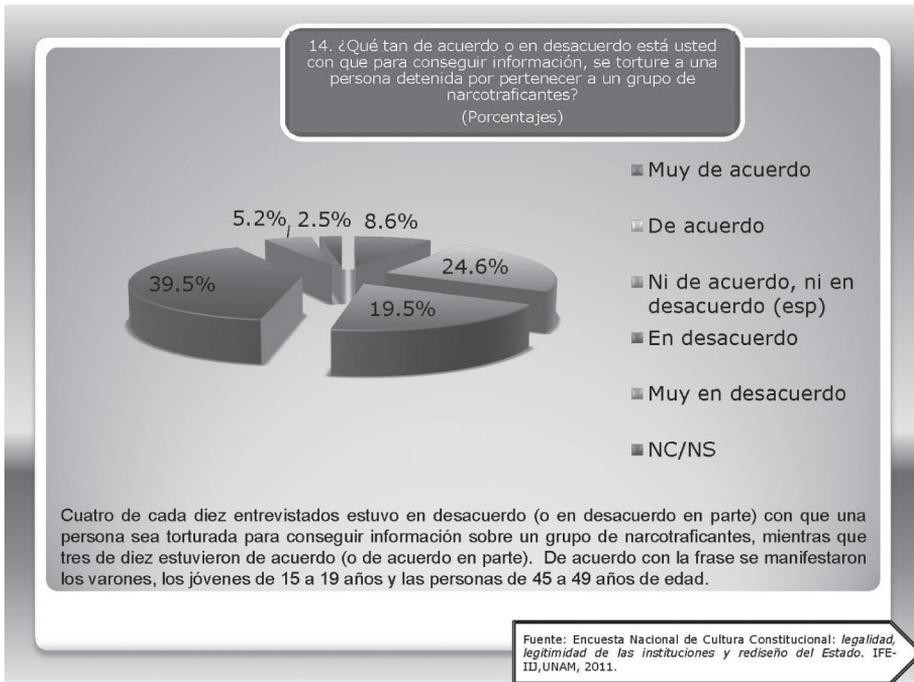
Fuente: Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: *legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*. IFE-
ID, UNAM, 2011.

13. Cuando se decreta un toque de queda el gobierno prohíbe que la gente salga a la calle a partir de ciertas horas de la noche. En su opinión, ¿imponer un toque de queda ayuda o no ayuda a reducir la inseguridad?
(Porcentajes)

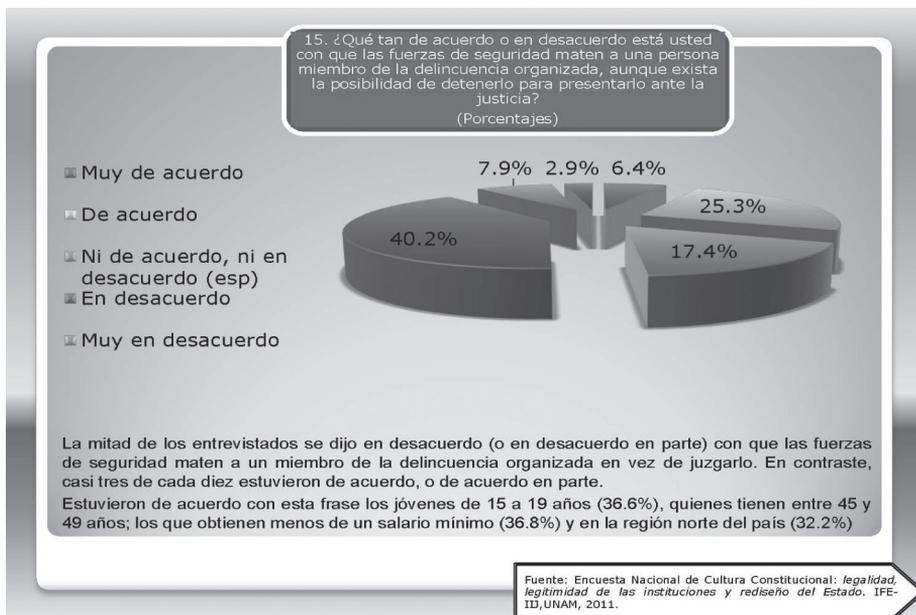


Casi siete de cada diez entrevistados creen que un toque de queda ayuda o ayuda, en parte, a reducir la inseguridad. Esta medida obtiene una aprobación mayor entre los entrevistados en el norte del país y en la región sur.

Fuente: Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado. IFE-III, UNAM, 2011.



Y la cereza del pastel: 31% de los encuestados está de acuerdo en que las fuerzas de seguridad maten a un miembro de la delincuencia organizada, aunque lo puedan detener y entregar a la justicia.



V. LA LEGALIDAD DUDOSA

Aparte de lo escandalosas y preocupantes que pueden resultar las cifras anteriores, la encuesta sobre cultura constitucional de la UNAM, nos coloca también ante la evidencia de una población que no siente un apego completo por la legalidad. El respeto a las normas jurídicas nunca nos ha distinguido como país y parece que, luego de siglos de vivir en una especie de “zona de penumbra” respecto al estado de derecho, millones de mexicanos ya se hicieron a la idea de que las leyes no siempre deben cumplirse.

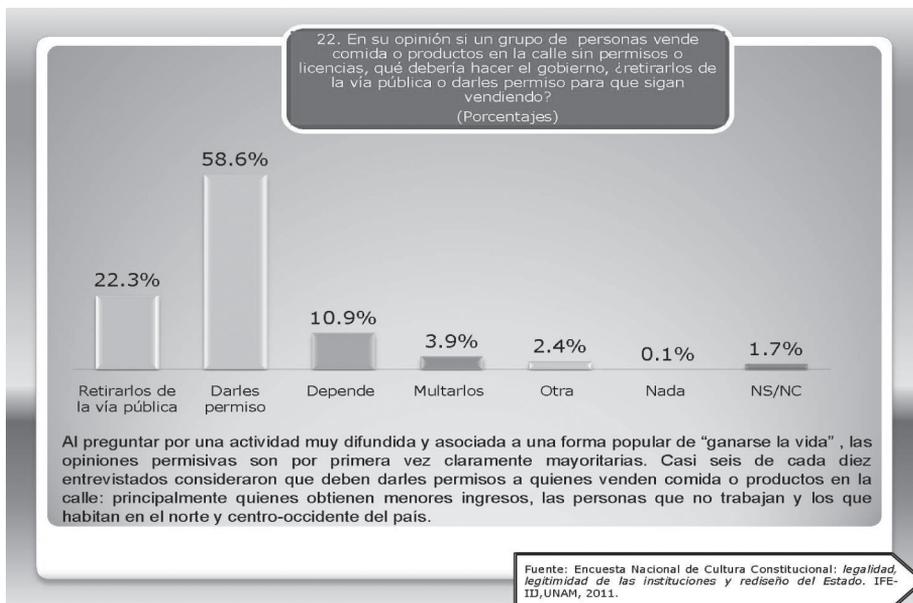
La encuesta nos indica que 35% de mexicanos piensa que el gobierno debe dejar que circulen los taxis sin placas, y 58% sostiene que se les deben dar a los vendedores ambulantes permisos para trabajar.

20. Y, si un grupo de taxistas opera con placas falsas, ¿qué debería hacer el gobierno, regularizar sus placas o prohibirles circular?
(Porcentajes)



Cuatro de cada diez entrevistados expresó que debería prohibírseles circular. Más de tres de cada diez dijo que se les deberían otorgar placas. Prefieren la opción prohibirles circular quienes habitan en el centro-occidente y en el centro del país.

Fuente: Encuesta Nacional de Cultura Constitucional: *legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado*. IFE-III, UNAM, 2011.

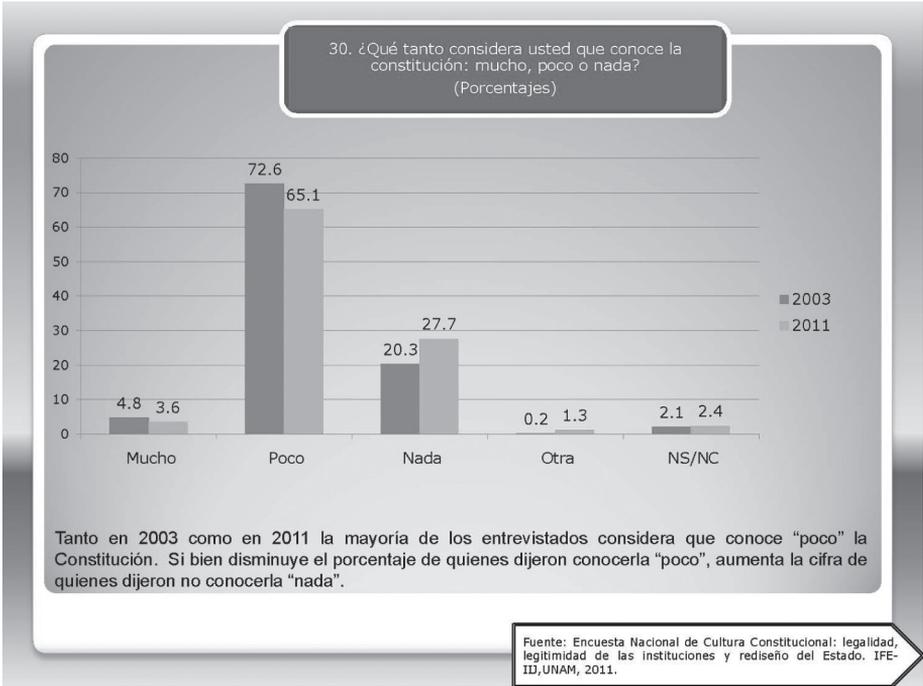


Ahora bien, el mexicano piensa que quien incumple las leyes no es uno mismo, sino el de enfrente. Cuando se les pide que se pongan una calificación, del cero al diez, para medir el grado de cumplimiento que hace de la ley, la gente se pone 7,84 de calificación en promedio, pero a los demás les pone una calificación de 5,65. Los que incumplen son los demás, nunca uno mismo.

VI. UNA CONSTITUCIÓN DESCONOCIDA

Más allá de la retórica con que muchos políticos suelen adornar sus discursos sobre la Constitución, lo cierto es que el conocimiento de esta, es un fruto exótico todavía en el siglo XXI. La gente no la conoce.

Según la encuesta, 65% dice que conoce poco la Constitución, y 27% dice, de plano, que no la conoce nada.



Por eso es que hay que multiplicar los esfuerzos a favor de la cultura constitucional y la difusión de las normas jurídicas. De otra manera, el ordenamiento jurídico les seguirá pareciendo completamente ajeno y distante (por desconocido) a millones de mexicanos.

CONCLUSIÓN

Como puede verse a la luz de todo lo que se ha señalado, la tarea que tenemos por delante es inmensa. La construcción de una cultura constitucional, probablemente nos tomará décadas. Por eso es que, hoy como nunca, debemos redoblar los esfuerzos.

Ningún régimen democrático tiene viabilidad sin una ciudadanía activa, que tenga siempre un compromiso claro con los más esenciales valores que lo sustentan. Lo mismo puede decirse respecto de los regímenes constitucionales. Las constituciones no pueden cambiar por sí solas la realidad. Hace falta el trabajo y la entrega cotidiana de hombres y mujeres que crean en la Constitución, que estén dispuestos a defenderla y que la conviertan en su marco fundamental de actuación.

Para que todo esto sea posible, hay que cumplir con un requisito previo: la Constitución debe ser conocida. Y para que sea conocida, debe estar cerca de la gente y de los responsables de aplicarla. No es una responsabilidad solamente del gobierno o de los maestros, es una tarea de todos.

BIBLIOGRAFÍA

- Häberle, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid, Tecnos, 2000.
- _____, *Constitución como cultura*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- UNAM, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, IJ-UNAM, COFEMER, TEPIF, 2004.
- Valadés, Diego, "La funciones de la Constitución" en *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, 7a. ed., 2006, t. I.

LA VINCULACIÓN A PROCESO Y EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.
UNA VISIÓN COMPARADA

JORGE ARMANDO PACHECO GARCÍA*

* Docente certificado por la SETEC. Profesor del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.



Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Ubicación del auto de vinculación a proceso en el sistema penal acusatorio. IV. Artículo 19 constitucional antes de la reforma. V. Artículo 19 constitucional después de la reforma. VI. Vinculación a proceso en los códigos estatales. VII. La formulación de la imputación en Chile y Colombia. VIII. Consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia penal de junio de 2008,¹ como es sabido, constituye un gran esfuerzo legislativo para dar un rumbo nuevo al derecho procesal penal mexicano; impulso que sin duda merece ser elogiado por el gran impacto que provoca en la política criminal del país, al tratar de dirigirlo a una nueva forma de enjuiciamiento penal.

La instrumentalización del derecho penal ha sido muy criticada durante los últimos años, ya que hasta antes de esta reforma, el país había tenido un derecho penal cada vez más represor, lento y complicado, bajo las características de un sistema penal mixto² que resultaba poco funcional y contrario a las exigencias de toda sociedad democrática,³ inclinándose cada vez más por el expansionismo penal⁴ que tanto satisface al legislador, pero sin tomar en cuenta su objetivización práctica.

Por lo anterior, la reforma penal pretende cambiar el paradigma actual sobre el derecho procesal penal mexicano, reconociendo en la exposición de motivos la necesidad de que en México se implemente un sistema penal más garantista, en el que se respeten los derechos fundamentales tanto de la víctima como del imputado, privilegiando la presunción de inocencia; y que se encuentre regido por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de ser acusatorio y oral.

Para dar vigencia a tales principios, se reformaron diez artículos constitucionales: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115, y 123; algunos cambios impactan al sistema de justicia

1 En adelante me referiré a esta reforma constitucional sólo como la **reforma**.

2 Su nacimiento se relaciona con la época de la posrevolución francesa, pero fueron las voces que desde principios del siglo XVIII se alzaron en contra del desconocimiento de derechos que el sistema inquisitivo conlleva, las que crearon el ambiente necesario para que el cambio se produjera. El desprestigio del sistema inquisitivo, por el desconocimiento de esos derechos ciudadanos, motivó al legislador napoleónico a dedicar sus mayores esfuerzos a encontrar un procedimiento que, tomando lo mejor de los anteriores, se constituyera en un medio eficaz para represión de los delitos sin desconocimiento de los derechos del ciudadano. Sus principales características son: separación de la instrucción en dos etapas, la instructora y la de juicio; preponderancia de la escritura en la primera etapa y oralidad en la segunda; valor preparatorio de la instrucción; separación de funciones del acusador, el instructor y el juzgado; garantía de la inviolabilidad de la defensa; el juez no es un mero expectante de la contienda, pues toma contacto directo con las partes y la prueba y dirige el procedimiento. Véase Antonio Luis González Navarro, *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*, Bogotá, Leyer, 2005, p. 11.

3 Al respecto Moisés Moreno Hernández señala que existe una gran deficiencia en la procuración y administración de justicia penal: la observancia de viciedades prácticas procesales, el abuso de la prisión preventiva, el deplorable estado de las prisiones, la corrupción administrativa, el abuso de poder, la falta de personal capacitado, la ausencia de una defensa más profesional, etcétera. Todo lo cual obedece a la carencia de una política criminal integral y la carencia de un sistema penal más funcional que se basen en criterios uniformes y coherentes. En Moisés Moreno, "La transformación del sistema procesal penal en México en los últimos cuatro lustros" en Samuel González et al., *El sistema de justicia penal y su reforma*, México, Fontamara, 2006, p. 537.

4 La tendencia de expansión se entiende como la creación de nuevos tipos penales, ampliación de los espacios de riesgo jurídico penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía. Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Argentina, B de F, 2011, p. 5.

penal, y otros al de seguridad pública, en tanto uno de los principales objetivos es fortalecer el *sistema procesal acusatorio*, superando los rasgos inquisitivos y precisando los principios fundamentales en que debe sustentarse el nuevo sistema procesal penal.⁵

El presente trabajo tiene como finalidad hacer un análisis comparativo entre el auto de vinculación a proceso y el auto de formal prisión, mediante el estudio de los motivos que orillaron al legislador a crear al primero y desaparecer al segundo. Asimismo, se pretende hacer un análisis de la legislación de algunas entidades federativas que ya implementaron el sistema penal acusatorio en México. Por último, haré una breve referencia de los sistemas procesales penales en Chile y Colombia, haciendo la comparación del auto de vinculación a proceso en México, y la acusación penal en esos sistemas.

I. ANTECEDENTES

Con la reforma se crearon nuevas figuras procesales y, como era de esperarse, han generado controversia en su interpretación; tal es el caso del llamado auto de vinculación a proceso, previsto en el artículo 19 constitucional, que si bien no vino a suplir lo que se conocía antes de la reforma como auto de formal prisión, su inclusión en el texto constitucional tampoco resulta una gran innovación para los fines de agilidad y prontitud que se buscan con un proceso penal acusatorio, provocando severas confusiones en su aplicación y, sobre todo, ha hecho cuestionable su funcionalidad.

Al eliminarse del texto constitucional el auto de formal prisión, y en su lugar incluir el auto de vinculación a proceso, las legislaturas locales han equiparado ambas figuras, redactando en los códigos procesales que, al vincular a proceso, debe entenderse que se ha dictado la formal prisión, lo que desde luego elimina toda novedad que haya querido añadirse a ese concepto, y en consecuencia permite su cuestionamiento, ya que parece ser que sólo existe un cambio de denominación, como se verá más adelante.

5 Son características del sistema penal acusatorio: La indagación es adelantada por autoridades que no son jueces (Ministerio Público); el investigador es controlado judicialmente; debate judicial en condiciones de igualdad; valoración probatoria por parte del juez y no del investigador; separación de funciones acusación, defensa y juzgamiento, entonces lo que define el sistema no es la presencia de un órgano centralizado y poderoso de la investigación, ni unos fiscales que dirijan la investigación, sino la distinción y articulación que exista entre las diversas funciones del proceso. Véase Antonio Luis González Navarro, *Sistema*, op. cit., p. 21.

II. UBICACIÓN DEL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO

El proceso penal acusatorio tiene tres etapas: la de investigación, la intermedia o de preparación a juicio, y la del juicio oral propiamente. Cada una de estas etapas tiene sus respectivas sub-etapas que, en un estudio sistemático, nos permiten ubicar al auto de vinculación a proceso dentro de la etapa de investigación.⁶

Cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho que la ley señala como delito, su deber es iniciar una investigación que en principio se torna desformalizada, en la que sólo recaba datos que hasta ese momento no tienen valor alguno para las posteriores etapas del proceso; sin embargo, sí pueden ser suficientes para formalizar la imputación al indiciado, es decir, presentar el asunto ante un juez de control para que, en audiencia pública, la persona que está siendo investigada, tenga conocimiento de manera formal de los hechos materia de la imputación, quién la formula, y los datos de prueba que existen en su contra. A esta sub-etapa se le conoce como la formulación de la imputación.⁷

En este momento procesal el inculpado puede emitir una declaración preliminar si así lo desea, y habiendo declarado o no, el Ministerio Público solicita al juez de control la vinculación a proceso, quien a su vez señala la fecha para la celebración de la audiencia dentro del plazo de 72 horas, salvo que el indiciado renuncie al plazo y a su duplicación; en ese caso, se resolverá su situación jurídica en ese momento.⁸

De todo lo expuesto anteriormente, podemos ubicar al auto de vinculación a proceso dentro de la primera fase procesal, la de investigación, y tiene como finalidad continuar la investigación ministerial, con la característica de que, a partir de la vinculación, la investigación ministerial se realizará bajo la observancia de un juez de control, por lo que no

6 No obstante, en la iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales se ha propuesto que el proceso penal acusatorio se divida en las siguientes tres etapas: I. La de investigación inicial, que abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes; II. La del proceso, que comprende las siguientes fases: a) la de control previo, que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso; b) la de investigación formalizada, que comprenderá desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación; c) la intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral, y d) la de juicio oral, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso; y III. La segunda instancia, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los medios de impugnación.

7 Arts. 275 y 276 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua.

8 Art. 277, tercer párrafo del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua. Antes de cerrar la audiencia, el juez deberá señalar la fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso, salvo que el imputado haya renunciado al plazo previsto en el art. 19 de la Constitución Federal y el Juez haya resuelto sobre la vinculación a proceso en la misma audiencia.

podrá ser realizada por el Ministerio Público de manera oculta, sino con pleno conocimiento del inculpado y su defensor, lo que promueve la transparencia del proceso. Este periodo se conoce como cierre de investigación, durante el cual continuará la indagación de los hechos, pero ahora bajo tutela judicial.⁹

Una vez que ha concluido el periodo previsto para el cierre de la investigación, el Ministerio Público debe concluir la formalización de la investigación y optar por alguna de las siguientes determinaciones: entablar acusación en contra del acusado, promover el sobreseimiento, suspensión del proceso a prueba o un procedimiento abreviado,¹⁰ y en su caso debatir sobre las medidas cautelares a imponerse al acusado.

Las determinaciones señaladas, sin duda, dependerán del éxito de la investigación ministerial, y en nada se asemejan al auto de formal prisión con el que se iniciaba un proceso penal antes de la reforma; no obstante, ambas figuras guardan semejanzas entre sí, las cuales han favorecido la confusión, y hacen propicia su equiparación, como son:

- *Que ambas diligencias son practicadas por un juez; que se dictan dentro del plazo de 72 horas, conocido como el auto de término constitucional; que sirven para que el inculpado tenga conocimiento de los hechos motivo de la acusación, y en su caso declare, si es su deseo; que el inculpado puede duplicar ese término para ofrecer y desahogar pruebas; que se decida su situación jurídica en esa diligencia si renuncia al plazo.*

Ahora bien, a pesar de estas similitudes, la exposición de motivos señala que la vinculación a proceso y el auto de formal prisión no son lo mismo, sin embargo, lo cierto es que se suplantó una figura procesal por otra, que resulta ser semejante y opuesta a la vez.

Al respecto, Sergio García Ramírez expone que el cambio de palabras no significa modificación de conceptos de fondo y que, por tanto, no “aligera” los datos de los que depende la injerencia penal del Estado. Él refiere que la propuesta que sustenta la reforma

⁹ Art. 285 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua. El juez competente de oficio o a solicitud de parte, al resolver sobre la vinculación del imputado a proceso, fijará un plazo para el cierre de la investigación, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de la misma, sin que pueda ser mayor a dos meses, en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de seis meses, si la pena excediere de ese tiempo.

¹⁰ Erika Bardales Lazzano, *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, México, Magister, 4a. ed., 2012, p. 192.

ha optado por establecer una especie de promedio entre los derechos de los individuos, que se propone reducir drásticamente, así como las supuestas exigencias de la justicia, que aconsejan menguar aquellos derechos a través de un “alivio de la carga probatoria impuesta por la legislación vigente hasta ahora”.¹¹

Esto es, si se elimina de la Constitución una figura procesal para reducir la carga probatoria con que debe iniciar un proceso penal, pero en su lugar se inserta otra similar y diferente a la vez, la consecuencia lógica es que la instrumentalización del derecho penal continúe soportando malas interpretaciones con las que difícilmente se podrá avanzar hacia un derecho penal eficaz.

Recordemos que si mucho se ha criticado al sistema procesal penal mexicano se debe a su cuestionable funcionalidad, y al estar ahora frente a una reforma de gran alcance y que genera grandes expectativas, considero que el proceso penal acusatorio debe basarse en un sistema penal más garantista,¹² que sea ágil, transparente y otorgue a la ciudadanía certeza de los sujetos procesales, pero sobre todo que el sistema evite malas interpretaciones en sus etapas, o dicho de otro modo, cada etapa de este procedimiento debe obedecer a consolidar un derecho procesal más eficiente.

En las siguientes líneas veremos cuál era la función del auto de formal prisión que, de acuerdo con la reforma, ha desaparecido.

III. ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL ANTES DE LA REFORMA

Si verificamos la redacción del primer párrafo del artículo 19 constitucional antes de la reforma, se desprende que el llamado plazo constitucional concluía con tres consecuencias jurídicas fundamentales: ordenar el auto de formal prisión, la sujeción a proceso, o el auto de libertad por falta de elementos para procesar. Así estaba redactado:

Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas,

11 Sergio García Ramírez, “La reforma penal constitucional de 2007” en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La Reforma Constitucional en materia penal. Jornadas de justicia penal*, México, INACPIE, 2009, pp. 196-198.

12 Acerca de la perspectiva garantista, Ferrajoli nos dice que: “invita a la duda, estimula el espíritu crítico y la incertidumbre permanente sobre la validez de las leyes y de sus aplicaciones”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al., 1995, p. 853.

a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, 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.

El texto era claro: una vez ejercitada la acción penal por parte del Ministerio Público, tratándose de averiguaciones previas con detenido, o en su defecto una vez cumplimentada la orden de aprehensión, el juez gozaba de un plazo de 72 horas para decidir la formal prisión, sujeción a proceso, o la libertad por falta de elementos para procesar.

En los casos de formal prisión y de sujeción a proceso, el juzgador resolvía tomando en consideración si el delito por el que se acusaba tenía pena privativa de libertad o no, respectivamente; en caso de la libertad por falta de elementos para procesar, se fundaba en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad del indiciado.¹³

De acuerdo con el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los requisitos que debían reunirse para decretar un auto de formal prisión eran los siguientes:

- a) Se dictaba dentro de un plazo de 72 horas a partir de que el indiciado era puesto a disposición de la autoridad judicial;
- b) Que se hubiera tomado la declaración preparatoria al inculpado o constara que se negó a emitirla;
- c) Que de lo actuado existieran datos suficientes que acreditaran el cuerpo del delito por el cual se seguiría el proceso;
- d) Que el delito fuera sancionado con pena privativa de libertad;

¹³ Arts. 297, 302 y 304 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

- e) Que no se acreditara alguna causa de licitud; y
- f) Que existieran datos suficientes que hicieran probable la responsabilidad del indiciado.

Por su parte, la legislación federal procesal exigía en síntesis los mismos requisitos para el auto de formal prisión, a saber:

- a) Que se hubiese tomado declaración preparatoria o constara que el inculpado se negó a emitirla;
- b) Que estuviera comprobado el cuerpo del delito y que tuviera señalada pena privativa de libertad;
- c) Que estuviera demostrada la probable responsabilidad del inculpado;
- d) Que no estuviera plenamente comprobada a favor del inculpado alguna circunstancia eximente de responsabilidad o que extinguiera la acción penal; y
- e) Adicionalmente el delito que se impute al acusado, así como lugar, tiempo y circunstancias de ejecución. De la misma manera, para la sujeción a proceso el delito investigado no debía tener pena privativa de libertad o tener pena alternativa.

Como se puede observar, la legislación procesal, ya fuera en el ámbito del Distrito Federal o en el federal, se adecuaba a lo exigido por la Constitución en el artículo 19, en lo relativo al auto de formal prisión, agregando dos excepciones: el de sujeción a proceso, o el de libertad por falta de elementos para procesar.

Una de las principales críticas al sistema anterior¹⁴ que sustentan la reforma, es que el auto de formal prisión previsto en el artículo 19 constitucional exigía un elevado estándar probatorio, en el que se exigía que el cuerpo del delito¹⁵ y la probable responsabilidad del acusado estuviesen comprobados, lo que originaba una desventaja para la defensa, al combatir con un cúmulo probatorio que había construido el Ministerio Público en la privacidad de sus agencias.

Sin embargo, en este momento procesal, el del auto de término constitucional, la defensa contaba con un as bajo la manga, que era el derecho de solicitar la ampliación del término de 72 horas a 144. Así lo establecía el segundo párrafo del 19 constitucional: *Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley.*

Esta duplicidad sólo la podía solicitar el inculpado o su defensor; por lo tanto, el Ministerio Público estaba impedido para ello y tampoco la podía resolver de oficio el juez. Esto es así porque la finalidad de la duplicidad era aportar y desahogar pruebas de descargo para que el juez decidiera la situación jurídica del indiciado ponderando ambas cargas probatorias, las del Ministerio Público y las de la defensa. Así lo establecieron los tribunales en la jurisprudencia bajo el rubro: “Auto de formal prisión. Ampliación del término constitucional”,¹⁶ precisando que dicho término y su duplicidad era “para brindar una mayor oportunidad de defensa, y el juzgador resuelva teniendo en cuenta no sólo los datos que arroje la averiguación previa, sino también los elementos de prueba recabados dentro de dicho término y su ampliación, por lo que, si el juzgador omitía estimar las pruebas del inculpado, allegadas y desahogadas, en el término constitucional como en su extensión, tal hecho importaba una violación a los artículos 14 y 16 de la Constitución federal”.

14 Se hace referencia como sistema anterior al vigente antes de la reforma y hoy en día en algunas entidades federativas del país, incluyendo el Distrito Federal, hasta en tanto no entre en vigor el sistema acusatorio adversarial como lo dispone el art. Segundo Transitorio de la reforma constitucional, que prevé que el sistema penal acusatorio entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder del plazo de ocho años, los cuales concluyen en el año 2016.

15 Desde marzo de 1999, la expresión *cuerpo del delito* sustituyó a la de *elementos del tipo penal*, vigente desde 1994. Los senadores de la república, al dictaminar la iniciativa de reformas que entraron en vigor en 1999, afirmaron la necesidad de *sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya definitivamente a consolidar nuestro Estado de derecho, así como de iniciar un esfuerzo legislativo extraordinario para analizar puntualmente todos y cada una de las instituciones y procedimientos de nuestra justicia penal, sustentándola en una verdadera cultura de legalidad*. Sin embargo, esa reforma fue muy criticada por no haber permitido a la anterior, la de 1994, que mostrara sus bondades. Véase Moisés Moreno, “La transformación, op. cit. p. 555.

16 “Auto de formal prisión. Ampliación del término constitucional”, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. vi, segunda parte-1, julio a diciembre, 1990, p. 328.

Es decir, en este periodo el juez de la causa estaba obligado a realizar una valoración del material probatorio que acreditaba o desvirtuaba los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado; una vez hecho lo anterior, resolvía su situación jurídica.

En el caso de que se reunieran los requisitos previstos para dictar la formal prisión, el juez constataba lo siguiente: el delito que se impute al acusado; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que obren en la averiguación previa que fueran bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado. Con pruebas de descargo o sin ellas, si se dictaba el auto de formal prisión, el indiciado estaría en prisión preventiva durante el juicio, con lo que se daba inicio al proceso.

La labor del juzgador, en el periodo de 72 horas o su duplicidad, era realizar una valoración de las pruebas aportadas por las partes, a lo que se debía constreñir su determinación; tan es así que tomaba especial relevancia la debida valoración del juzgador sobre las pruebas rendidas en este lapso, misma que realizaba de acuerdo con las reglas previstas en la legislación procesal para su valoración jurídica; es decir, existía una valoración tasada de la prueba.¹⁷

Incluso, el anterior criterio se estableció en la jurisprudencia: Auto de formal prisión. Sólo las pruebas rendidas dentro del término constitucional pueden examinarse, en donde se obliga al juzgador a tomar en cuenta las pruebas desahogadas; es decir, no solamente las que se ofrecieran, sino las que se desahogaran, al exigir: "Las únicas probanzas que está obligado el juez responsable a tomar en cuenta al resolver la situación jurídica de un indiciado son las que se hayan desahogado en el término, de tal manera que las rendidas con posterioridad, aun ofrecidas dentro de dicho término, no pueden examinarse en el juicio de amparo".¹⁸

Como se puede constatar, en dicho término se ofrecían y desahogaban pruebas con un fin: obtener la libertad. Nótese que sí existía un ofrecimiento, admisión y desahogo de pruebas en este periodo, hecho que difiere notablemente del proceso penal acusatorio en el que las etapas en donde se ofrecen, admiten y desahogan los datos, los medios y las pruebas, son distintas.

17 En el sistema de la prueba legal (o prueba tasada) es la ley procesal la que fija, de modo general, la eficacia conviccional de cada prueba, estableciendo bajo qué condiciones el juez debe darse por convencido de la existencia de un hecho o circunstancia (aunque íntimamente no lo esté) y, a la inversa, señalando los casos en que no puede darse por convencido (aunque íntimamente lo esté). Camilo Constantino Rivera, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Flores Editor, 5a. ed., 2011, p. 24.

18 "Auto de formal prisión. Sólo las pruebas rendidas dentro del término constitucional pueden examinarse", *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. xi, febrero, 1995, p. 103.

En función de lo expuesto, es indudable que en este periodo la valoración de las pruebas se llevaba a cabo por el juez que conocía del asunto, y que sería el mismo que condenaría o absolvería al acusado, y dichas actuaciones jugaban un papel primordial para el procedimiento, de acuerdo con sus propias reglas de valoración de la prueba.

Ahora bien, bajo la óptica de un sistema penal acusatorio, ya no tiene cabida la valoración tasada de las pruebas, porque la naturaleza del proceso es distinta. En el sistema acusatorio se consideran como pruebas sólo las que son incorporadas y desahogadas en juicio; su ofrecimiento se realiza en la etapa intermedia en la que, tanto el Ministerio Público, como la defensa, hacen saber al juez de control cuáles son sus pretensiones y cómo las probarán. Es en esta etapa donde se admiten aquellas que llegarán a debate de juicio oral, y por lo tanto, su desahogo se reserva para esta audiencia (de juicio) que consiste en la diligenciación de las pruebas previamente admitidas,¹⁹ con excepción de la prueba anticipada que tiene sus reglas específicas.

Por lo tanto, no hay razón para que durante el término de la vinculación a proceso, o en su caso su duplicidad, la defensa ofrezca y desahogue pruebas, ya que estas no serán tomadas en cuenta para la sentencia, por no ser consideradas como tales en esta fase, y si estos datos sólo sirven para efectos de la vinculación, será mejor para la defensa no oponerse a ello, ya que no hay mayor relevancia, como se refiere a continuación.

IV. ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL DESPUÉS DE LA REFORMA

Hechas las precisiones anteriores, verifiquemos cómo se redactó la modificación al artículo 19 constitucional en lo relativo al auto de vinculación a proceso, que ha quedado como sigue:

Artículo 19. 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.

¹⁹ Camilo Constantino Rivera, *Introducción*, op. cit., pp. 22, 23.

No obstante que las intenciones del legislador fueron propiciar agilidad y transparencia en esta etapa procedimental previa a juicio, es necesario hacer algunas reflexiones sobre la naturaleza de esta novedosa figura, y en consecuencia, verificar si fue oportuna su inclusión en el texto constitucional o si en realidad es poco práctico. Dicho artículo prevé:

Detención ante el juez que no puede exceder las 72 horas; se debe justificar la detención con un auto de vinculación a proceso que deberá contener: a) el delito que se impute al indiciado; b) lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; c) datos que establezcan que se ha cometido un hecho relevante para el derecho penal; y d) la probabilidad de autoría o participación del indiciado en los hechos.²⁰

La audiencia se lleva a cabo de la siguiente manera:

Primero se presentan las partes, se califica de legal o ilegal la detención, el juez lee los derechos constitucionales del indiciado, el agente del Ministerio Público formula la imputación, si lo desea el imputado puede rendir su declaración preliminar, y se presenta el periodo constitucional para determinar la situación jurídica del imputado de 72, o en su caso, 144 horas.²¹

Para Rafael Miguel González Lastra y Óscar Rebolledo Herrera²² a diferencia del auto de formal prisión que ameritaba la demostración del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el auto de vinculación a proceso se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, sin implicar la imposición de la prisión preventiva, aunque sí otras medidas cautelares menos lesivas; es decir, sobre el auto de vinculación a proceso no hay necesidad de acreditar ningún extremo, pues ello es una nueva garantía individual, toda vez que constituye la comunicación formal que hace un juez a una persona cuya conducta está siendo investigada.

Ahora bien, el plazo de 72 horas también se puede duplicar como se establecía antes de junio 2008, únicamente por solicitud del indiciado y con la misma finalidad: ofrecer y

20 Art. 19 constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio 2008.

21 Erika Bardales Lazzano, *Guía*, op. cit., p. 187.

22 Gregorio Romero Tequextle et. al. en *La investigación del delito bajo el nuevo esquema constitucional*, México, Ed. Color, 2010, p. 93.

desahogar pruebas; no obstante, se contradice con las reglas del proceso acusatorio que establecen perfectamente cuándo se pueden ofrecer las pruebas, cuándo son admitidas, cuándo se incorporan y cuándo se desahogan, siendo las etapas intermedia y de juicio oral, respectivamente.

Es importante señalar que antes de la reforma, era imperioso contar con el término constitucional y su duplicidad resultaba ser de vital importancia para la defensa, debido a la exigencia tasada de valoración jurídica de las pruebas, que servía para ordenar el auto de formal prisión o la inmediata libertad. Sin embargo, en la vinculación a proceso este término no puede ser considerado como un plazo para ofrecer pruebas, ya que ningún dato de prueba que no se desahogue en audiencia de juicio oral puede ser considerado para efectos de dictar una sentencia definitiva, tal como lo señala el artículo 20 constitucional, apartado "A", fracción III, reformado, en el que se precisa que para efectos de la sentencia sólo pueden tener valor las pruebas incorporadas y desahogadas en juicio, por ser esta la etapa donde se escuchan alegatos, se contradice, se valoran y con base en ellas, se dicta sentencia.

Con base en lo anterior, se observa que técnicamente no puede decirse que en la fase de vinculación a proceso existe un ofrecimiento y desahogo de pruebas, si todavía no son consideradas como tales; por lo tanto, en ese momento no tiene ningún fin práctico para la defensa ofrecer el acervo probatorio que sustenta su teoría del caso, ya que el Ministerio Público siempre tendrá grandes posibilidades de éxito en la vinculación si atendemos a la poca exigencia probatoria para su procedencia.

Cabe destacar que si un juez dicta la vinculación a proceso es porque existen los datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, así como la probabilidad de autoría o participación del indiciado en esos hechos, es decir, un estándar probatorio poco exigente para vincular. Al pronunciarse sobre esta decisión, el juez habrá tomado en cuenta que en el caso se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 19 constitucional, que son precisamente esos datos y probabilidades, sin entrar al fondo del asunto, porque el análisis de fondo será examinado por un juez oral,²³ datos que en todos los casos podrán ser suficientes para vincular a proceso; es

²³ Hasta esta etapa procesal no se requiere su prueba plena, sino como lo señala la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la existencia de datos que lleven al convencimiento del juez de garantías de que se ha cometido un hecho delictuoso que presumiblemente se puede imputar a una persona y es

decir, no obstante que la defensa ofrezca bastantes medios de prueba para desvirtuar la acusación, siempre se podrá vincular a proceso a alguien con datos y probabilidades, debido al estándar de acreditación casi nulo.

Con respecto a la exposición de motivos, el auto de vinculación a proceso obedece a las siguientes razones: la necesidad de abandonar el concepto de “sujeción” por ser de cuño inquisitorio; que la persona vinculada pueda conocer los hechos que se le atribuyen y preparar su defensa; que las medidas cautelares serán dictadas por un juez, lo que le otorga transparencia a la audiencia; que la prisión preventiva sea una excepción; disminuirse exigencias probatorias para facilitar que el acusado haga valer sus derechos ante el juez con imparcialidad; que el Ministerio Público haga un acopio de medios probatorios bajo tutela judicial y reducir el estándar probatorio. Es decir, se trata de un examen que realiza el órgano jurisdiccional a fin de evitar someter a una persona a los efectos de un proceso punitivo cuando no se cuenta con suficientes elementos para poder, por lo menos, hablar de un caso probable de delito.²⁴

Así pues, en la exposición de motivos se hace énfasis en los beneficios que trae consigo la vinculación a proceso como son proteger al inculpado de violaciones al debido proceso, y garantizar su acceso a una defensa adecuada. Cabe destacar que estas exigencias ya se advierten desde el momento en que el individuo está a disposición de la autoridad judicial mediante la audiencia de formulación de la imputación.

En efecto, desde la formulación de la imputación el indiciado ya conoció los hechos que se le atribuyen, los principios en que descansa el proceso (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación), y se le garantizó una defensa técnica por medio de abogado, etcétera. Por lo tanto, la vinculación sólo viene a repetir las providencias que se pronunciaban con la formal prisión: el término constitucional, su duplicidad, la declaración preparatoria, y el ofrecimiento y desahogo de pruebas, en tanto, la única diferencia es que en la vinculación el Ministerio Público por fin expone su pretensión punitiva.

Por otro lado, en el párrafo cuarto del artículo 19 constitucional se prevé que el plazo de

precisamente a través de la figura cuerpo del delito como se especifica cuáles son esos datos: los elementos objetivos del tipo, así como los normativos y los subjetivos específicos, dejando al dolo y la culpa como parte de la probable responsabilidad. Así, en términos generales, en el auto de vinculación se determinará la existencia de elementos que hagan presumir la perpetración de uno o varios delitos que se le pueden imputar al sujeto. Enrique Díaz Aranda, *Proceso penal acusatorio y teoría del delito*, México, Straf, 2008, pp. 397 y 398.

24 Hesbert Benavente Chorges, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor, 2011, p. 88.

72 horas también puede prorrogarse a petición del indiciado para ofrecer y desahogar pruebas, a pesar de que en realidad la etapa procesal para ello es la intermedia,²⁵ y si el constituyente consideró necesario incluir una novedosa figura, pero con los mismos efectos prácticos que la anterior, viene a representar sólo un cambio de denominación, como he buscado demostrar hasta aquí.

Además, para fines prácticos y evitar dilación en las actuaciones, resulta más provechoso para la defensa optar por la renuncia del término constitucional y continuar con la audiencia, con la finalidad de reservar las armas de batalla para la etapa en la que sí serán valoradas conforme a las nuevas reglas de valoración de la prueba; esto es, en el juicio oral en donde el juez examinará las pruebas bajo las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia.²⁶

Una vez pronunciada la vinculación a proceso, se abre un periodo para que el Ministerio Público perfeccione la investigación y continúe preparando sus datos y medios de prueba para llevarlos a juicio, de ser el caso,²⁷ mientras que la persona vinculada a proceso será sujeta a las medidas cautelares que en el caso sean procedentes, de acuerdo con criterios de proporcionalidad, peligro en la demora, apariencia del buen derecho y necesidad de la medida empleada.

Por otra parte, si no se vincula a proceso al indiciado, de igual manera la investigación regresa al Ministerio Público para perfeccionarse, lo cual no resulta tampoco una novedad, ya que actualmente se prevé en el párrafo primero del artículo 36²⁸ del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que si es negada una orden de aprehensión tratándose de averiguaciones previas sin detenido, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, el Ministerio Público puede continuar con su investigación hasta perfeccionarla.

25 Art. 309 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México: "La etapa intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral".

26 En el juicio oral existe plena libertad por parte de los jueces para valorar la prueba, respetando los principios de la razón, la lógica, la psicología y las máximas de la experiencia. El tribunal tiene que motivar las resoluciones y decir las razones de su convencimiento, demostrando su nexo racional entre afirmaciones, negaciones y elementos de prueba. Erika Bardales Lazcano, *Guía*, op. cit., p. 247.

27 La actividad inicial del Ministerio Público está destinada a esclarecer el hecho y ubicar las pruebas. Es importante recordar, como ya se ha afirmado, que los resultados de esta actividad no tienen valor probatorio, a menos que cada una de las pruebas sea presentada en el juicio oral de acuerdo con los principios del mismo, establecidos en la reforma constitucional; la información contenida en esta actividad de investigación sirve a la toma de decisiones del Ministerio Público sobre el camino a tomar con el caso, y en caso de que se resuelva, al juez sirve para justificar el estándar de la vinculación a proceso (los datos exigidos por la ley para demostrar la existencia del hecho y la probabilidad de participación). *El Sistema Penal Acusatorio en México, Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, p. 56.

28 **Artículo 36.** "Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del arts. 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 132 y 133 de este código, el juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentren satisfechos, fundando y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente".

En el siguiente apartado se hace referencia a algunas legislaciones procesales de estados que ya trabajan el sistema penal acusatorio, de los que se advierte que la formal prisión subsiste en la práctica diaria.

V. VINCULACIÓN A PROCESO EN LOS CÓDIGOS ESTATALES

De acuerdo con las precisiones anteriores, podemos constatar que la interpretación sobre el auto de vinculación a proceso ha generado confusiones en la práctica, ya que al surgir reemplazando al auto de formal prisión, algunos de los estados de la república, que ya trabajan el nuevo sistema, han incluido la vinculación a sus códigos procesales, equiparando sus alcances y sus fines.

En el caso del Estado de México, en los artículos 296 y 297 de su Código Procesal se establece el derecho del imputado de anunciar todos los datos de prueba que a su interés convenga en el plazo constitucional, y al mismo tiempo que la valoración de tales datos carecerá de valor probatorio para fundar la sentencia definitiva.

De lo especificado, distinguimos que el imputado tiene derecho a anunciar los medios de prueba que a su interés convenga; sin embargo, no es su obligación hacerlo, sino que dependerá de la teoría del caso de su defensa, más aun cuando ya dimos cuenta de que la suficiencia de los datos que obren en la carpeta, y la probabilidad de autoría o participación, pueden ser suficientes para vincular a proceso, por lo que estratégicamente deberá valorar la defensa que persigue con su teoría del caso, pues tal vez lo más conveniente sea optar por la renuncia al plazo.

Además, en esta etapa preliminar no se sabe si finalmente se optará por una salida alterna o un procedimiento especial para resolver el caso concreto, lo que nulifica toda utilidad práctica el hecho de que el indiciado solicite la ampliación del término. En ese sentido, el artículo 278, último párrafo, establece lo siguiente:

Se entenderá que se ha dictado auto de formal prisión o sujeción a proceso para los efectos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se resuelva la vinculación del imputado a proceso.

De esta manera, se puede observar que el Código Procesal del Estado de México ha incluido que queda entendido que se ha dictado formal prisión o sujeción a proceso, no obstante que la figura es nueva, y en teoría tendría fines distintos a la formal prisión o sujeción a proceso. Al respecto, esta legislación en su artículo 281 señala que en la audiencia se desahogarán los medios de prueba conforme a las reglas previstas para la audiencia de debate de juicio oral.

Sobre el valor de las actuaciones, en el artículo 282 se establece que los elementos de convicción desahogados en la vinculación carecerán de valor probatorio para la sentencia.

Así pues, en los artículos arriba citados se prevé, por un lado el desahogo de pruebas en el periodo previsto para la vinculación, y al mismo tiempo se establece que las actuaciones no tendrán valor para el dictado de la sentencia; tal parece que lo que en realidad se lleva a cabo es un minijuicio, en el que se incorporan, desahogan y valoran pruebas, cuando esta actividad probatoria está reservada para la audiencia de juicio oral.

Una vez analizada la legislación procesal del Estado de México, me referiré a la del estado de Zacatecas.

En el artículo 322 del Código Procesal de Zacatecas se establece la manera de llevar a cabo la audiencia de vinculación a proceso, que básicamente inicia con el desahogo de medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido o presentado en la misma, su valoración y el pronunciamiento del juez sobre su situación jurídica.

De este modo, notamos que este código de Zacatecas guarda estrecha similitud con el del Estado de México, ya que permite el desahogo de pruebas en el auto de vinculación a proceso, de acuerdo con las reglas en la audiencia de debate de juicio oral. Veamos ahora el caso del estado de Nuevo León.

En el Código adjetivo del estado de Nuevo León los requisitos para la vinculación a proceso y su correspondiente audiencia son prácticamente iguales, sólo que en este caso se inicia con la justificación del Ministerio Público para vincular a proceso el desahogo

de las pruebas y la resolución sobre la situación jurídica. De la misma manera que en los Códigos señalados líneas arriba, las pruebas desahogadas en esta etapa preliminar no tienen relevancia alguna para el dictado de la sentencia.²⁹

Hemos visto las similitudes en las legislaciones procesales del Estado de México, y los estados de Zacatecas y Nuevo León; ahora corresponde al estado de Durango.

El Código Procesal de Durango establece un concepto de lo que debe entenderse por vinculación a proceso, y en su artículo 300 establece: “Es la resolución en la que se determina si los datos de prueba obtenidos en la investigación establecen que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito, y que existe la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión con el fin de continuar el proceso”.

Esta definición se adecua a los requerimientos previstos en el artículo 19 constitucional sobre los datos que establecen que se ha cometido un hecho relevante para el derecho penal y la probabilidad de autoría o participación del imputado. En lo que respecta a los requisitos para vincular, así como la valoración de las pruebas desahogadas durante la vinculación, en sus artículos 301, 304 y 305 establece que en la audiencia de vinculación a proceso se desahoguen medios de prueba, pero también que carecerán de todo valor probatorio para la sentencia definitiva.

Finalmente, en el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua el artículo 280 establece:

Artículo 280. Requisitos para vincular a proceso al imputado.

El Juez, a petición del Ministerio Público, decretará la vinculación del imputado a proceso siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

²⁹ **Artículo 306 del Código de Procedimientos Penales de Nuevo León. Audiencia de vinculación a proceso.** La audiencia de vinculación a que se refiere el Art. anterior iniciará con la justificación de los requisitos para vincular a proceso por parte del Ministerio Público. Si el defensor presentó pruebas, estas se desahogarán si fueren admisibles después de la exposición del Ministerio Público. Para tal efecto, se seguirán en lo conducente las reglas previstas en la audiencia de juicio oral. Desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra al defensor del imputado para que formule los alegatos sobre la solicitud de vinculación a proceso y posteriormente al Ministerio Público para que replique.

I. Que se haya formulado la imputación. ii. Que el imputado haya rendido su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar. iii. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprenda la existencia del cuerpo del delito, y la probable responsabilidad del imputado en el delito de que se trate. iv. No se encuentre demostrada, más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación”.

En este precepto de nuevo se hace referencia al cuerpo del delito y la probable responsabilidad como requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso, pero la fracción iii no dispone que se deban acreditar, sino que se desprenda de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, con lo que se vuelve a confirmar que hasta esta etapa procesal no se requiere de prueba plena, sino sólo datos.³⁰

Por otra parte, el mismo artículo hace una equiparación del auto de formal prisión con la vinculación a proceso al establecer: “se entenderá que se ha dictado auto de formal prisión o sujeción a proceso para los efectos del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se resuelva la vinculación del imputado a proceso”.

Una vez más se constata que, si bien la vinculación a proceso pretendía ser una figura procesal distinta a la formal prisión, en este código, al igual que el código del Estado de México, no sólo se continúa con la formal prisión, sino que además la situación jurídica de una persona vinculada a proceso debe entenderse como su formal prisión, contraviniendo los fines citados en la exposición de motivos.

A continuación me referiré a la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

La iniciativa, que data de septiembre del año 2011, pretende exigir un estándar probatorio mínimo para el buen funcionamiento del proceso, de manera que “baste que el órgano de acusación presente al juzgador datos probatorios que establezcan la realización concreta del hecho que la ley señala como delito y la probable intervención del imputado en el mismo, toda vez que los datos de prueba no son formalizadas por lo que en ese momento procesal (el de la vinculación a proceso) no acredita en

³⁰ Enrique Díaz Aranda, *Proceso*, op. cit., p. 397.

modo alguno el delito y la responsabilidad del acusado”; sin embargo, se dejó claro que aquellos datos de prueba deben ser suficientes para establecer la existencia de los elementos de la descripción típica correspondiente.³¹

Asimismo, dicha exposición de motivos establece que el auto de formal prisión no es lo mismo que la vinculación a proceso, porque el primero trae como consecuencia necesaria la prisión preventiva, y el segundo privilegia la libertad, de conformidad con la redacción del artículo 19 constitucional reformado.

La iniciativa también está acorde con la reforma constitucional en lo relativo a las mínimas exigencias probatorias para la vinculación a proceso, pero la diversidad y complejidad de hechos por los que una persona se puede ver sometida a un proceso penal es tan amplia que, para no enfrentarse a prisión preventiva, deberá vigilarse que otra medida cautelar no sea suficiente 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 delito doloso; además, se ordenará la prisión preventiva oficiosa 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. Por lo tanto, habrá que preguntarse si la prisión preventiva es en realidad la excepción.³²

VI. LA FORMULACIÓN DE LA IMPUTACIÓN EN CHILE Y COLOMBIA

Si acudimos al derecho comparado, se advierte que la novedad de la figura del auto de vinculación a proceso sólo se prevé por la legislación mexicana, ya que otros países latinoamericanos que también tienen un sistema penal de corte acusatorio hacen énfasis en la fase de investigación formalizada, para no vulnerar derechos fundamentales del

31. Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de decreto que expide el Código Federal de Procedimientos Penales, publicado en la *Gaceta Parlamentaria* el 22 de septiembre de 2011.

32. Al respecto, Sergio García Ramírez advierte sobre el art. 19 constitucional que si se excluye de antemano la libertad condicional de un conjunto de inculpados, sin examinar su procedencia al amparo de los fines de la medida cautelar -expuestos por el propio precepto- se habrá establecido una doble solución: una, racional y juiciosa (porque juzga, mediante razones, antes de resolver), otra irracional y prejuiciosa (porque hace lo contrario: niega de antemano). En Sergio García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2010, p. 103.

acusado, y brindarle el derecho de una defensa técnica, bajo las reglas del debido proceso,³³ pero no es necesaria otra audiencia en la que se vincule a proceso.

Por ejemplo, el proceso penal acusatorio chileno tiene una audiencia de formalización de la investigación cuya finalidad es que el Ministerio Público haga de conocimiento al imputado, en presencia del juez de garantía, del porqué lo está investigando, cumpliendo así con dos propósitos: el primero de corte garantista, pues se ha fijado este momento procesal para asegurar que todo sujeto que pueda ser objeto de persecución penal tenga el derecho a tomar conocimiento -en una audiencia especial- de los hechos por los cuales está siendo investigado, posibilitándole con ello que ejerza, en forma efectiva y oportuna, su derecho a defensa.

En el segundo propósito está asociada la visión estratégica que tenga el fiscal sobre los hechos respecto de los cuales está investigando, pues debe tomar la decisión de formalizar o no, dependiendo de la seguridad que tenga para continuar con eficiencia las actividades de persecución penal.³⁴

En la formulación de la imputación no le compete a la defensa hacer alegaciones sobre el fondo del asunto, sino que el debate se centra en las medidas cautelares y la fijación del plazo de investigación, pero no le corresponde la carga de la prueba ni tampoco ofrecer y desahogar pruebas de descargo. Pero sobre todo, la defensa exige que el Ministerio Público comunique con claridad y precisión los hechos materia de la acusación. Nótese que el defensor no puede oponerse a la formalización, y mucho menos proceder en este estadio procesal a contestar las imputaciones.

Otro ejemplo resulta ser el procedimiento penal colombiano, que se rige por cuatro audiencias principales: audiencia de imputación, de acusación, preparatoria y de juicio oral.³⁵

33 Según Pedro Pablo Camargo, Fernando Velázquez Velázquez sostiene que, en un sentido amplio, el debido proceso legal se refiere no sólo a ese conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa tocante a la libertad individual sea formalmente válida (aspecto objetivo del debido proceso), sino también para que se constituya en garantía del orden, de la justicia, de la seguridad, en cuanto no lesione de manera indebida la seguridad jurídica propuesta como intangible para el ciudadano en el estado liberal (aspecto sustantivo del debido proceso). Y, en sentido restringido, en cambio, el debido proceso es todo ese conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido al proceso penal, que le aseguran a lo largo del mismo una recta, pronta y cumplida administración de justicia; que le asegura la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad, y la fundamentación de las resoluciones conforme a derecho. Pedro Pablo Camargo, *El debido proceso*, Bogotá, Leyer, 4a. ed., 1987, p. 139.

34 Rafael Blanco Suarez et. al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, pp. 56, 57.

35 Gilberto Martínez Rave, *Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio*, Bogotá, Temis, 13a. ed., 2006, p. 264.

Previamente a la judicialización de los hechos, existe un periodo preliminar similar a la etapa de investigación desformalizada para nuestro país. Una vez que se tienen elementos más o menos firmes y suficientes para iniciar un procedimiento judicial, el fiscal solicita al juez de control de garantías una audiencia para hacerle saber al indiciado la imputación de los hechos investigados y solicita las medidas cautelares correspondientes.

Formulada la imputación, se inicia formalmente la investigación -como es el caso de México, a diferencia de que en nuestro país, además de la imputación, se vincula a proceso-, cuyo término es de 30 días, y tiene como finalidad la práctica de diligencias encaminadas a conocer cómo sucedieron los hechos. Por su parte, el defensor, una vez formulada la imputación, prepara su defensa recogiendo los elementos probatorios que estime necesarios; concluida la etapa de investigación, procede la acusación formal.

El procedimiento es similar al mexicano, con la excepción de que en el procedimiento colombiano tampoco existe una audiencia específica de vinculación, sino que en este, desde la formulación de la imputación, ya se establece un término para el cierre de la investigación y se debate sobre el otorgamiento de las medidas cautelares, sin que se desprenda la necesidad de vincularlo después de formularle la imputación como en nuestro sistema, ya que es suficiente el haber cumplido con hacerle de conocimiento al acusado los hechos por los que se sujeta a una investigación judicializada, y se le ha concedido el derecho a un debido proceso y una defensa adecuada, siendo este el verdadero fin de la imputación.

Una vez que he revisado la normatividad de los Códigos Procesales del Estado de México, Zacatecas, Durango, Nuevo León y Chihuahua, así como lo que corresponde a países como Chile y Colombia, a continuación ofrezco, a manera de conclusión, una reflexión.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Es claro que toda sociedad sufre y sufrirá de criminalidad. Es imposible considerar que una política criminal acabará con este mal, y por tal motivo la preocupación de un estado democrático de derecho se centra en encontrar la mejor forma de atender la problemática delictiva sin perder rigor en su aplicación, y a la vez respetando los derechos fundamentales.

Hoy en día se habla principalmente de dos posturas: el neoliberalismo, consistente en la inclusión del delincuente a la sociedad para neutralizar su peligrosidad; y el de exclusión del estado social, cuya forma culturalmente más aceptable es la criminalización de los estatus sociales.³⁶

Para hacer frente a la criminalidad y superar un rezago en esta materia, México ha optado por modificar la Constitución federal al proponer, en el año 2008, el cambio más ambicioso de instrumentalización del derecho penal mexicano, trasladándolo a uno de corte acusatorio adversarial, que sin duda con el tiempo podrá mostrar sus bondades, ya que tratándose de un cambio estructural de semejante empresa, serán varias generaciones posteriores las que disfrutarán sus beneficios.

En síntesis, podemos decir que con esta reforma se pretende cambiar por completo el sistema de justicia penal en el país, y asimismo, crear nuevas instituciones que apoyen al sistema de justicia penal como uno de los medios alternativos de solución de conflictos; la suspensión del proceso a prueba; el procedimiento abreviado; los criterios de oportunidad y la acción penal privada, con la que se termina el monopolio de la acción penal del Ministerio Público.

La creación de dichas instituciones pretende despresurizar el sistema penal en México, con la implementación de medidas que colaboran con el proceso penal para que este sea más ágil y se cumplan los objetivos del nuevo proceso penal: 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.³⁷

Ahora bien, el llamado auto de vinculación a proceso, previsto en el párrafo primero del artículo 19 constitucional, abrió el debate que permite cuestionar si se trata de la misma figura que el auto de formal prisión, pero con otra denominación, o es una etapa nueva. Sin embargo, con base en lo aquí descrito, me parece que no se trata de lo uno ni de lo otro, sino que es un descuido del legislador tras haber dejado en el texto constitucional un acto

36 El gobierno neoliberal de la seguridad frente al crimen, vuelve a poner en el centro de la cuestión ético-política de la meritividad social a la tutela de los derechos, desarrollando una función funcional de los criterios de acceso a la seguridad de los derechos operados por el estado social. Por su parte, la práctica de la nueva exclusión social impone la adopción de una cultura y de una estrategia de defensa social frente aquellos que han sido excluidos. Se descubre el derecho a la seguridad respecto del crimen como derecho de defensa de quien, no pudiendo ser incluido, será en cualquier modo advertido siempre como peligroso. Massimo Pavarini et. al., *Seguridad pública, tres puntos de vista convergentes*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.

37 Artículo 20 constitucional apartado "A", fracción I. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio del 2008.

procedimental que en realidad es poco funcional, sobre todo si atendemos a que desde la formulación de la imputación se podría tratar los mismos efectos de la vinculación, es decir, la investigación formalizada, el periodo de cierre, y las medidas cautelares.

Bajo el sistema acusatorio se procura evitar el abuso de la prisión preventiva, esto en razón de cumplir con los tratados internacionales que México ha suscrito, y con el fin de tener un proceso penal más garantista, donde se haga énfasis en que la presunción de inocencia existe, y debe ser respetada. No obstante, y a pesar de ello, la vinculación a proceso *per se* no favorece la libertad personal como erróneamente se ha creído, ya que la restricción de esta depende en todos los casos de la necesidad de las medidas cautelares empleadas, y más bien, demuestra el temor de erradicar por completo el auto de formal prisión, y dejar en su lugar una nueva formalidad. Este será el reto a superar en adelante.

BIBLIOGRAFÍA

- *Bardales Lazcano, Erika, Guía para el estudio del sistema acusatorio en México, México, Magister, 4a. ed., 2012.*
- *Benavente Chorres, Hesbert, Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y oral, México, Flores Editor, 2011.*
- *Blanco Suárez, Rafael et. al., Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.*
- *Constantino Rivera, Camilo, Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio, México, Flores Editor, 5a. ed., 2011.*
- *Díaz Aranda, Enrique, Proceso penal acusatorio y teoría del delito, México, Straf, 2008.*
- *Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et. al., 1995.*
- *García Ramírez, Sergio, La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?, México, Porrúa, 4a. ed., 2010.*
- *González Navarro, Antonio Luis, Sistema de juzgamiento penal acusatorio, Bogotá, Leyer, 2005.*
- *“La reforma constitucional en materia penal, jornadas de justicia penal” en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.) La reforma penal constitucional de 2007, México, INACIPE, 2009.*

- *Martínez Rave, Gilberto, Procedimiento penal colombiano. Sistema penal acusatorio, Bogotá, Temis, 13a. ed., 2006.*
- *Massimo Pavarini et. al., Seguridad pública, tres puntos de vista convergentes, México, Ediciones Coyoacán, 2009.*
- *Moreno, Moisés, "La transformación del sistema procesal penal en México en los últimos cuatro lustros" en González Samuel et al, El sistema de justicia penal y su reforma, México, Fontamara, 2006.*
- *Pablo Carargo, Pedro, El debido proceso, Bogotá, Leyer, 5ª. ed., 1987.*
- *Romero Tequxtle, Gregorio, et. al. en Rebolledo Herrera Oscar (coord.), Rafael Miguel González Lastra y Rebolledo Herrera Oscar, La investigación del delito bajo el nuevo esquema constitucional, México, Ed. Color México, 2010.*
- *Silva Sánchez, Jesús María, La Expansión del Derecho Penal, Argentina, B de F, 2011.*
- *SCJN, El sistema penal acusatorio en México. Estudio sobre su implementación en el poder judicial de la federación, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.*

JUSTICIA RESTAURATIVA: UNA OPCIÓN DIFERENTE DE ATENDER Y ENTENDER LOS CONFLICTOS.

NARDA BEATRIZ BERNAL SÁNCHEZ *

* Coordinadora del Centro de Justicia Alternativa Penal de la Procuraduría General de Justicia del estado de Tabasco. Maestra de Teoría General del Proceso, Criminología y Psicología Jurídica de la Universidad Autónoma de Guadalajara, campus Tabasco.





De la reunión del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada de 16 al 25 de abril de 2002,¹ se deriva el informe presentado a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en donde expertos de diversos países del mundo se reunieron para tratar el tema concerniente a la **justicia restaurativa**; dentro de los diversos fines que dieron motivo a esta reunión, se destaca principalmente la crítica a los sistemas de justicia tradicionales, pues se considera que estos no atienden las necesidades de las víctimas, ya que el proceso penal se centra primordialmente en el castigo, parafraseando a Ferrajoli, quien realiza diversas interrogantes en su libro *El Derecho Penal Mínimo*,² como: ¿Por qué castigar? ¿Por qué existe la pena? Pareciera que la historia del derecho penal es la historia del castigo, sin considerar todo aquello que pudieran necesitar los involucrados en el hecho antijurídico.

Ubicándonos en nuestro país, derivado de la reforma constitucional al sistema de justicia penal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 18 de junio de 2008, surge un nuevo paradigma, una forma diferente de procurar y administrar justicia, que involucra a diversos actores en cada una de las etapas procesales, y que conlleva además atender los diversos compromisos internacionales de los que México forma parte, como la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder,³ y la Declaración de Bangkok,⁴ por citar algunos de ellos.

En estos documentos, particularmente en el primero, se menciona que los estados miembros deberán contemplar en sus legislaciones mecanismos para la solución de controversias que sean ágiles y eficaces, como la mediación, el arbitraje, y las prácticas de justicia consuetudinarias que propicien la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.

Estos compromisos marcan la pauta para que en la reforma constitucional, citada en líneas precedentes de gran magnitud para la justicia penal, se contemplen entre otras cosas,

- 1 Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa. Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, celebrada del 16 al 25 de abril de 2002 en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/CEN/VO2/501/31/PDF>>. [Consulta: 18 de julio de 2012].
- 2 Ferrajoli Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*, en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/31/pr/pr11.pdf>>. [Consulta: 18 de julio de 2012].
- 3 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas, el 29 de noviembre de 1985 en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr30.pdf>>. [Consulta: 18 de julio de 2012].
- 4 Declaración de Bangkok Sinergias y Respuestas: alianzas estratégicas en materia de prevención del delito y justicia penal, este documento de desprende del 11º Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok del 18 al 25 de abril de 2005 en: <<http://www.ilanud.or.cr/Declaraci%C3%B3n%20Bangkok.pdf>>. [Consulta: 18 de julio de 2012].

diversas obligaciones para las entidades federativas en sus formas de tratamiento a las conductas ilícitas y en la atención a las necesidades de los involucrados en las mismas; tomando como referencia el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,⁵ que contempla el acceso a la justicia, lo que lleva al legislador federal a incluir lo siguiente:

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.

Ahora bien, a partir de esta reforma y con el surgimiento de las nuevas figuras en el sistema de justicia penal, que implican acatar el mandato constitucional, resulta necesario comentar las diferencias entre las definiciones de justicia restaurativa, justicia alternativa, y mecanismos alternativos de solución de controversias, para ello, comenzaré citando al italiano Ceretti, quien define a la justicia restaurativa como: “...*justicia que comprende la víctima, el imputado y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.*”⁶ De esta definición encontramos elementos que implican una forma diferente de tratamiento de los conflictos y de los sujetos que se encuentran involucrados en el mismo. Es una total contraposición al sistema de justicia tradicional, en donde el actor principal es el hoy denominado imputado, así como el propio Estado, por considerar al delito una ofensa contra él, dejando al margen las necesidades de las víctimas, además de restarle importancia a la intervención de la comunidad en la solución del conflicto.

Lo anterior se convierte en uno de los retos más significativos en la implementación del sistema acusatorio adversarial, no basta con adoptar el principio de justicia restaurativa en las legislaciones estatales, lo relevante es aplicarlo con el propósito primordial, el cual es antagónico a la justicia tradicional, ahora se pretende consolidar un sistema que atienda las necesidades de los afectados, a través de los siguientes principios restaurativos:⁷

5 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. en: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>>. [Consulta: 18 de julio de 2012].

6 María Raquel Barajas Monjaras, “Justicia restaurativa”, *Nexo Jurídico*, año iv, núm.11, 2010, pp. 42-45.

7 Howard Zehr, *El pequeño libro de la justicia restaurativa*, usa, Good Books, 2007. p. 25.

- a) El crimen se define como un acto dañino contra las personas y las relaciones interpersonales,
- b) Las ofensas conllevan obligaciones,
- c) La obligación principal es la de reparar el daño causado.

Por ello, se insiste en la adecuada aplicación o materialización de estos principios, teniendo en cuenta que al incluirlos en la legislación secundaria el fin no deberá ser únicamente disminuir las cargas de trabajo del órgano jurisdiccional. Debe procurarse, en su aplicación, devolver a los ciudadanos la posibilidad de resolver sus conflictos, en un ambiente que propicie una cultura de paz, lo que dará como consecuencia la restauración del tejido social, pues, como ya se ha dicho, este tipo de justicia procura prioritariamente devolver el sentido de seguridad a los involucrados, a través de un “resultado restaurativo”, el cual se define como:

El acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.⁸

Respecto a la definición de justicia alternativa, la Real Academia Española señala que la palabra “alternativa” es la *opción entre dos o más cosas*,⁹ por tanto, si hablamos de justicia alternativa, estamos considerando que el sistema de justicia penal nos ofrece dos o más formas para atender un mismo conflicto.

Para tener una definición más clara acerca del tema tomaremos como referencia las leyes de Justicia Alternativa para el estado de Durango,¹⁰ así como la de de Zacatecas,¹¹ las cuales establecen lo siguiente:

8 Informe de la reunión del Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa. Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, celebrada del 16 al 25 de abril de 2002 en: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V02/501/31/PDE>> [Consulta: 18 de julio de 2012].

9 Definición consultada en el Diccionario de la Lengua Española en: <http://lema.rae.es/drae/?val=alternativa>. [Consulta: 19 julio de 2012].

10 Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango en: http://www.tsjdg.gob.mx/Leyes/Ley_de_Justicia_Alternativa_del_Estado_de_Durango.pdf [Consulta: 19 de julio de 2012].

11 Ley de Justicia Alternativa del estado de Zacatecas en: <<http://www.congresoazac.gob.mx>>. [Consulta: 19 de julio de 2012].

Durango:

Justicia alternativa: Todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución **acordada** que ponga fin a su controversia, **por** procedimiento de técnicas específicas aplicadas por especialistas.

Zacatecas:

Justicia alternativa: todo procedimiento no jurisdiccional para solucionar un conflicto de índole civil, familiar, mercantil o penal, al cual pueden recurrir voluntariamente las partes involucradas, para buscar una solución que ponga fin a su controversia, **mediante** procedimientos de técnicas específicas aplicadas por especialistas.

Definiciones que guardan mucho en común, pues son pocas las palabras que marcan la diferencia, ahora bien, después de leerlas nos remitiremos al considerando de la Ley de Justicia Alternativa para el estado de Morelos, que dice:

..justicia alternativa, que tiene como propósito general, la aplicación de medios alternos (conciliación, mediación y negociación), para la solución de conflictos, exclusivamente en la materia penal. Su propósito es agilizar, economizar y reivindicar la credibilidad de la ciudadanía, en la impartición y administración de justicia¹²

De estas líneas pareciera interpretarse que la justicia alternativa cumple con fines o propósitos que la alejan de la justicia restaurativa, utilizando los mismos mecanismos: mediación o conciliación, entre otros, pero quedando de manifiesto que la primera guarda un propósito primordialmente procesal e institucional: agilizar la impartición de justicia y recuperar la confianza ciudadana, por el contrario, la segunda propicia de manera preferente el restablecimiento tanto del tejido social, como de la recuperación de la seguridad de las partes afectadas.

¹² Ley de Justicia Alternativa en Materia Penal de Morelos en: <<http://periodico.morelos.gob.mx/periodicos/2008/4636.pdf>>. [Consulta: 19 de julio de 2012].

Esto implica que, al implementar el principio de justicia restaurativa en las entidades federativas, es necesario que se tenga en cuenta qué se busca; si la opción es que sea parte de un sistema procesal con los consecuentes beneficios señalados: agilidad y recuperación de confianza, o que pueda lograr un restablecimiento de paz y seguridad en las personas, y consecuentemente en la sociedad, a través de una nueva forma de comprender y atender el delito.

Otra pregunta sería, ¿Qué debemos entender por mecanismos alternativos de solución de controversias? Siguiendo el análisis normativo, nos remitimos nuevamente a la Ley de Justicia Alternativa de Zacatecas, en donde se encuentra una definición de medios alternativos de la siguiente forma:

Medios alternativos: A los procedimientos de mediación y conciliación, que permitirán a los particulares prevenir controversias o en su caso, lograr soluciones a las mismas, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo para garantizar el respeto al convenio adoptado por los participantes y para el cumplimiento forzoso del mismo.¹³

En las definiciones propuestas en el anexo “principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal”, se señala que, tanto la mediación como la conciliación son formas de intervención para lograr resultados restaurativos en los procesos de esta naturaleza, en consecuencia las legislaciones han considerado que a través de procesos de mediación o conciliación se llega a la justicia alternativa.

De todo lo anterior se desprende que la justicia es uno de los más importantes derechos fundamentales de las personas, no podría considerarse democrático a un Estado que no la garantice a sus ciudadanos, por este motivo, a cuatro años de la publicación de la reforma constitucional al sistema de justicia penal, considerada como una de las de mayor importancia en nuestro país, surge la necesidad de unificar criterios en torno a las diferentes figuras del derecho adjetivo penal, las cuales hoy son aplicables en varias entidades que ya adoptaron el sistema acusatorio adversarial, una de estas figuras corresponde al tema de este artículo: **justicia restaurativa**; plasmar con claridad sus fines en la norma, permitirá preparar con gran sentido de responsabilidad a los operadores del sistema, consolidando una cultura de paz.

13 Ley de Justicia Alternativa de Zacatecas en: < <http://www.congresoazac.gob.mx>>. [Consulta: 19 de julio de 2012].

BIBLIOGRAFÍA

- *Barajas Monjaras, María Raquel, Justicia restaurativa, Nexo Jurídico, año iv, núm.11, 2010, pp. 42-45.*
- *Zerh, Howard, El pequeño libro de la justicia restaurativa, usa, Good Books, 2007.*

EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MEXICANO

CARLOS ALBERTO GUERRA HERNÁNDEZ*

* Docente certificado por evaluación por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en el Proceso de Certificación Docente 2011-2012. Maestro en juicios orales por la Universidad Autónoma de Durango, campus Zacatecas. Agente del Ministerio Público adscrito a la Dirección de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Aguascalientes.



Sumario: i. Generalidades. ii El debido proceso como limitante del poder penal estatal. iii. El debido proceso en el Sistema Penal Mexicano. iv. El principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. v Denominaciones del principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. vi Justificación del principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. vii. Efectos que produce el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. viii Teoría de los frutos del árbol envenenado. ix. La prueba ilícita en el derecho procesal penal mexicano.

I. GENERALIDADES

Uno de los temas más novedosos dentro del ámbito procesal penal que ofrece la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, mediante el cual encontramos la transición de un sistema procesal penal de corte inquisitivo mixto a uno de corte acusatorio y oral, lo constituye sin duda, el tema de la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida. Esta figura contemplada en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado, cuya ubicación sistemática la encontramos específicamente en el apartado A de dicho precepto constitucional, constituye un principio general que rige el *debido proceso legal* a favor del ciudadano.

Con motivo del decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, mediante la cual se reforman 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, se establecieron diversos mecanismos jurídicos tendientes a modernizar el sistema de procuración y administración de justicia en México, siendo uno de ellos el de fortalecer las instituciones jurídico-penales en beneficio de la sociedad, para efecto de consolidar el estado democrático de derecho. Siendo el objetivo primordial el modernizar el modelo procesal penal mexicano, sustituyendo el procedimiento penal de naturaleza inquisitivo mixto por un sistema procesal acusatorio y oral, regido no únicamente por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, sino que a fin de obtener una mejor administración de justicia penal, mediante la modernización del sistema procesal penal, se estableció un enjuiciamiento regido por una serie de principios capaz de limitar al poder penal estatal, y de reconocer dentro de un marco legal los derechos del gobernado, a este tipo de enjuiciamiento se le conoce como debido proceso.

En este sentido, dentro de un estado democrático de derecho, para que el ejercicio del poder penal que ejerce el Estado sea previsible, a fin de dar certeza y seguridad jurídica al ciudadano, tiene el imperativo de regir sus actuaciones dentro del marco de la legalidad, el cual contendrá una serie de principios que además de constituir verdaderos limitantes del propio poder penal estatal, se traducen en derechos a favor del ciudadano, los cuales podrá ejercer libremente y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables.

II. EL DEBIDO PROCESO COMO LIMITANTE DEL PODER PENAL ESTATAL

Primeramente, bajo una interpretación sistemática de los artículos 39, 40, 41, y 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo poder público se instituye en beneficio de la sociedad, de manera que todas las políticas públicas que ejerce el Estado para efecto de que encuentren legitimidad, tendrán que establecerse para beneficio del pueblo. En este sentido las políticas públicas que adopta el Estado y que se atribuyen a los diferentes poderes de la unión, son encaminadas para que los miembros de la sociedad se vean beneficiados y puedan desarrollar su vida de manera armónica.

Ahora bien, en el ámbito del derecho penal como política social utilizada por el Estado como medio de control social para proteger bienes jurídicos que resultan fundamentales para el desarrollo de las personas y su proyección social, no está exenta de que las instituciones jurídico-penales, ya que para que encuentren legitimidad constitucional, el Estado las debe de dotar de cualidades de acuerdo al modelo democrático de derecho. De esta manera el sistema penal, considerado como el “conjunto de mecanismos punitivos de que se vale el Estado para ejercitar el control social,”¹ debe de constituirse bajo los principios democráticos que respeten los derechos fundamentales del hombre.

Por ello la reforma constitucional que he venido señalando, consagra un sistema penal de corte acusatorio acorde a los principios derivados de un Estado democrático de derecho, capaz de ofrecer seguridad jurídica al ciudadano y de proteger sus derechos fundamentales, ya que al instaurar a nivel constitucional un enjuiciamiento de carácter penal en el que el ciudadano pueda tener acceso a la legalidad, hacer valer sus derechos y defender sus intereses, genera un clima de confianza en el núcleo social de que el poder

¹ Esiquio Manuel Sánchez Herrera, *Dogmática penal fundada en los principios Constitucionales con orientación a las consecuencias*, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000, pp. 31-32.

penal estatal no se ejercerá de manera irracional y arbitraria. Siendo que el debido proceso como enjuiciamiento penal es el principal elemento de acceso a la legalidad que tiene el ciudadano para hacer valer sus derechos en forma efectiva. Si bien el Estado tiene la facultad de sancionar conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos, ese derecho del que goza no es utilizado de manera discrecional, sino que mediante el *debido proceso*, en el cual imperan los principios de corte democrático de derecho, constituyen verdaderos límites del *ius puniendi* los cuales se encuentran expresamente reconocidos a nivel constitucional, permitiendo con ello que el marco de referencia de las reglas que dirigen el sistema penal se encuentre precisamente en el modelo constitucional.

En un estado democrático de derecho la potestad que tiene el Estado para imponer las penas y medidas de seguridad al autor de un comportamiento que lesiona o pone en peligro bienes jurídicos, como ya se dijo en líneas anteriores, debe estar limitada, toda vez que la naturaleza del derecho penal como medio de control social es en sí mismo considerado violento, trascendiendo en el ciudadano su aplicación al afectarse uno de sus intereses de extremo valor para la persona, por lo que el Estado tiene el deber de sujetarse a la normatividad que el mismo genera, esto con el fin de proteger al ciudadano de la facultad punitiva cuyo titular es el Estado. No es suficiente proteger al individuo mediante el derecho penal, sino también del Derecho penal mismo, señala Claus Roxin.² Si bien el ordenamiento penal ha de establecer los mecanismos necesarios para la prevención del delito, también ha de imponer limitantes a la potestad punitiva, con el objetivo de evitar que el ciudadano quede desprotegido y a merced de una intervención excesiva y arbitraria por parte del Estado.³

Bajo esta perspectiva un límite que frena el ejercicio punitivo del Estado lo constituye el debido proceso, el cual cumple con una doble función en nuestro modelo constitucional, ya que además de cumplir con el papel de limitante del *ius puniendi*, también es una garantía a favor del ciudadano, de ser juzgado dentro del marco legal, el cual se encuentra plagado de una serie de principios a favor del individuo que al hacer valer libremente permite defender sus derechos y hacer valer sus intereses. Es decir, el Estado puede ejercitar el derecho de castigar conductas delictivas siempre y cuando cumpla con los principios que componen el debido proceso. Ya lo decía Franz von Liszt (en

² Claus Roxin, *Derecho penal, parte general*, España, Cívitas, trad. de la 2a. ed. alemana, 2003, t. i., p. 137.

³ Luis Felipe Guerrero Agripino, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, Guanajuato, Librería Yussim, 1a. ed., 2004, p. 129.

1883), quien formuló su concepción del derecho penal conocida como *magna carta del delincuente*, resultando de algún modo paradójico, ya que el derecho penal no protege el orden jurídico, sino al ciudadano que se rebela contra este. Al individuo le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones que establece la ley y dentro de los límites legales.⁴

Por lo tanto, el debido proceso, al cumplir esta dualidad de funciones cualitativamente distintas pero con un valor semejante, toda vez que por un lado es límite esencial del ejercicio punitivo del Estado, mediante el cual el Estado puede castigar penalmente un comportamiento delictivo bajo la condición de la existencia de un proceso legal, pero no de cualquier tipo de enjuiciamiento, sino de un proceso en el que se respeten los principios que han sido definidos como esenciales en un entorno democrático de derecho; y por el otro lado, el debido proceso también es catalogado como un derecho en sí a favor del ciudadano mediante el cual es de gran utilidad porque a través de él permite ejercer otros derechos sustantivos que permiten controlar la arbitrariedad y el uso irracional del ejercicio del poder penal estatal. De manera que, la violación al derecho al debido proceso constituye una violación grave de corte autoritario, en virtud de que el proceso, al tener carácter instrumental, permite disfrutar de otros derechos en beneficio del ciudadano.⁵

Resulta entonces que el debido proceso, con el objetivo de garantizar al ciudadano el acceso a la legalidad en un enjuiciamiento criminal, está conformado por una serie de principios con la finalidad de cumplir la dualidad en sus objetivos, siendo esta una serie de principios que al constituir limitantes del *ius puniendi*, se traducen en el reconocimiento de los llamados derechos humanos, y en una serie de garantías individuales a favor del gobernado. Estos principios rectores del debido proceso legal, entre otros son: principio de división de funciones; principio de legalidad; principio de presunción de inocencia; principio de imparcialidad; principio de independencia y naturalidad del juez; principio de la carga de la prueba; principio contradictorio o de defensa; principio de igualdad de la ley; principio de publicidad; principio de inmediación; principio de concentración; principio de continuidad, y principio de licitud de la prueba, etcétera. Estos principios, los cuales se encuentran plasmados dentro de nuestro marco constitucional, permiten garantizar a la sociedad que al momento de la aplicación del derecho penal deberán ser observados por el Estado,

4 Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999, p. 45.

5 Julián López, "Formas alternativas de solución del conflicto en materia penal" en *Las reformas del proceso penal*, Santiago de Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2000, pp. 46-69.

para generar un entorno de absoluto respeto a los derechos humanos del ciudadano, y de confianza en el uso racional del poder penal estatal que permita dar certeza y seguridad jurídica al gobernado.

Por lo anterior, si deseamos que nuestro sistema penal sea transparente, eficaz, y legal para satisfacer los ideales políticos y filosóficos que persiguió el constituyente al reformar los preceptos constitucionales referentes al enjuiciamiento penal, el Estado debe reconocer al debido proceso como un instrumento de corte democrático que permite garantizar el pleno respeto de los derechos humanos en el drama penal, y sólo así poder consolidar el estado de derecho en el ámbito de la aplicación de la ley penal. Pues si bien en la actualidad padecemos de una forma de expresión de la delincuencia más violenta, también resulta fundamental la subsistencia del debido proceso, sin que el tema de la inseguridad pública influya en el desarrollo y consolidación del estado democrático de derecho. Si bien el Estado tiene el deber de conservar la seguridad pública y de garantizar la paz y la armonía en el núcleo social, dichas acciones deben ser acordes al marco legal, sin que ello signifique sacrificar la figura del debido proceso para dar frente con eficacia a la violencia que actualmente se expresa en mayores dimensiones en nuestra sociedad. Es inaceptable que el poder penal del Estado se ejerza sin límite alguno para alcanzar sus objetivos, *so pretexto* de mantener el orden social.⁶ La legalidad y el debido proceso son principios que salvaguardan la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que protegen la libertad individual, controlan la arbitrariedad judicial y aseguran la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por lo que el principio de debido proceso no debe ceder ante el discurso de la consolidación de la seguridad pública, pues si bien el Estado tiene la obligación de garantizar el orden social en beneficio de los gobernados, también debe proteger los derechos fundamentales de las personas al momento de la aplicación de la ley. El Estado deberá entonces buscar un equilibrio para cumplir satisfactoriamente con ambas misiones, sin que ello implique necesariamente sacrificar el pleno respeto al estado de derecho.

Bajo estas consideraciones es que el derecho del ciudadano a acceder al debido proceso al momento de la aplicación de la ley penal no debe condicionarse al tema de la seguridad pública por el aumento incontrolable de la criminalidad, y mucho menos debe abandonarse la vigencia de este derecho a favor del ciudadano para combatir las nuevas formas de

⁶ Sergio García Ramírez, "Algunas cuestiones del proceso penal" en *Criminalia*, México, Porrúa, 2004, pp. 57-60.

criminalidad, ya que de ser así el enjuiciamiento penal carecería de legitimidad constitucional al alejarse de los principios que reinan el debido proceso en un estado democrático de derecho. Los principios de la política procesal penal que adopta el Estado permiten evaluar el sistema penal, de manera que si el Estado deja de lado la aplicación de los principios del debido proceso legal, el enjuiciamiento penal sería de corte autoritario en perjuicio de la sociedad, al quedar desprotegido el gobernado y a merced del ejercicio del poder penal estatal.

III. EL DEBIDO PROCESO EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

En forma puntual el constituyente que promovió esta reforma constitucional en materia procesal penal en 2008, reconoció de manera expresa como garantía individual a favor del gobernado, que el enjuiciamiento penal tendrá como cualidades diversos principios que conforman el debido proceso y que favorecen la aplicación de la ley penal de manera racional, toda vez que el artículo 20, apartado A de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que:

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:

- 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;
- II. 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 deberá realizarse de manera libre y lógica;
- III. Para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo;

- IV. El juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente. La presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollará de manera pública, contradictoria y oral;
- 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;
- VI. Ningún juzgador podrán 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, salvo las excepciones que establece esta Constitución;
- VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición de inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;
- VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;
- IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula;
- X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.”

De la redacción del nuevo texto del artículo 20 de la Constitución, se desprende que además de que el sistema de justicia penal será acusatorio y oral, también se encuentra regido por una serie de principios que garanticen el esclarecimiento de los hechos, que protejan al

inocente, que procuren que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen. Por lo que, de acuerdo con los dictámenes de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia del proyecto de reforma constitucional, así como de la exposición de motivos de la mencionada reforma, en la modificación del artículo 20 constitucional, se incorporaron las bases del debido proceso legal, y se incluyeron como características del proceso penal la acusatoriedad, adversarialidad y oralidad, y como principios básicos del proceso la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Lo anterior, toda vez que resultaba urgente modernizar nuestro sistema de justicia penal para salvaguardar los derechos reconocidos en nuestra Constitución a las partes procesales, tales como las víctimas del delito y los acusados de estas, a través del debido proceso. Por lo que se implementó un sistema acusatorio de corte adversarial, en tanto que este impone al proceso el sentido de una contienda en la que las partes actúan sometidas a la jurisdicción en igualdad de condiciones para demostrar sus pretensiones.

IV. EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

En este sentido el sistema procesal penal de corte acusatorio y oral supone la salvaguarda del derecho que tiene el ciudadano al debido proceso legal para efecto de que pueda tener acceso a la legalidad durante el enjuiciamiento penal, garantizando la aplicación de una serie de principios que conforman el debido proceso dentro de un modelo de estado democrático de derecho, el cual es capaz de equilibrar en beneficio del gobernado, la fuerza que ejerce el Estado mediante el ejercicio de la potestad punitiva, dotándolo de una igualdad de armas para que esté en posibilidad real de refutar la acusación que ejerce el Estado a través de los órganos jurisdiccionales correspondientes. De esta manera, de entre todos los principios o condiciones básicas que componen el debido proceso que busca el esclarecimiento de los hechos, respetando los derechos del ciudadano, se encuentra el principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, el cual es catalogado como un pilar dentro del sistema acusatorio y oral que encuentra vigencia en el estado democrático de derecho, cuya función radica precisamente en una norma de mandato dirigido al órgano acusador consistente en que las pruebas tendientes a esclarecer el hecho punible serán obtenidas única y exclusivamente mediante los medios legales, excluyendo aquellas pruebas aportadas al enjuiciamiento penal cuando hayan sido obtenidas contraviniendo el marco constitucional y legal.

Este principio de la exclusión de la prueba obtenida de manera ilícita se encuentra reconocido en nuestro derecho positivo en la fracción IX del apartado A del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, se encuentra expresamente reconocido a nivel constitucional. En esta figura subyace la idea de que, si bien el procedimiento penal tiene como cardinal finalidad esclarecer los hechos que lo motivaron, los medios de prueba que son aportados para la consecución de ese fin, tienen que ser obtenidos de manera lícita para que sean valorados por el tribunal de juicio oral. Es decir, las pruebas que se incorporan al juicio para que tengan eficacia probatoria, necesariamente deberán ser obtenidas conforme a derecho. Esto quiere decir que la obtención de la prueba mediante la violación de un derecho fundamental o de una garantía constitucional es excluida de valoración.

V. Denominaciones del principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida

Ahora bien, considero oportuno señalar que este principio que compone el debido proceso dentro del sistema acusatorio y oral, tiene diversas denominaciones en el derecho comparado, ya que en el sistema penal estadounidense se le denomina como regla de exclusión (*exclusionary rule*), y esta regla tiene aplicación en los casos en que existe una violación a una garantía constitucional, es decir, en el sistema anglosajón la exclusión de la prueba ilícita se presenta cuando hay una violación a una garantía constitucional.⁷ En Alemania esta figura se conoce como prohibiciones probatorias o prohibiciones de prueba (*Beweisverbote*), y tiene aplicación cuando hay una limitación que impide la práctica de la prueba (prohibiciones de producción de la prueba), y limitaciones que impiden el aprovechamiento de sus resultados (prohibiciones de valoración de la prueba).⁸ La denominación que hace la doctrina española a esta figura se refiere a pruebas prohibidas o pruebas ilícitas.⁹ Siendo que las diferentes denominaciones que han enriquecido el tema de la obtención de la prueba ilícita se debe al momento en que se presenta la ilicitud de la misma en el procedimiento penal, ya que el concepto de prueba ilícita o prohibida se refiere a la obtención ilícita de la prueba, en cambio la prueba ilegal se refiere al medio de prueba que se realiza violentando las normas que la regulan.¹⁰ Sin embargo, existen otros criterios

7 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, México, Editorial Jurídica de las Américas, 1a. ed., 2008, t. II, p. 165.

8 *Ibid.*

9 *Ibid.*

10 *Ibid.*

que se toman en cuenta para darle denominación a este principio, ya que desde el punto de vista de la jerarquía de la norma infringida, se le da la denominación a esta figura, por lo que estamos en presencia de una prueba ilícita cuando se infringe cualquier ley, y estamos en presencia de una prueba prohibida cuando hay una violación a un derecho fundamental. Respecto a las causas de la ilicitud, se les conoce como pruebas expresamente prohibidas por ley, pruebas irregulares o defectuosas, y pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales. En el sistema penal latinoamericano la doctrina llama a esta figura prueba ilegal cuando su obtiene mediante la violación de normas legales, prueba ilegítimamente producida cuando se violenta una norma procesal y prueba ilícitamente obtenida cuando la prohibición es de naturaleza material.¹¹

En nuestro país y atendiendo al contenido del artículo 20, apartado A constitucional, a esta figura se le denomina prueba ilícita cuando se obtiene mediante la violación de derechos fundamentales. Por lo que la ilicitud en este caso sucede en el momento en que se obtiene la prueba mediante la violación de derechos fundamentales.¹² Por lo que a través de este principio se tiene la prohibición expresa de obtener pruebas mediante la violación de derechos fundamentales, ya que la consecuencia a la vulneración de este principio es la nulidad de las mismas y por consecuencia su exclusión de valor probatorio.

VI. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

Si bien el Estado, como ya se dijo anteriormente, mediante el enjuiciamiento penal tiene el deber de conocer la verdad histórica de los hechos que lo motivaron, debe desarrollarse en un marco legal y de respeto a los derechos fundamentales, sin que se justifique la vulneración de los mismos para la obtención de su fin; es decir, el Estado no puede esclarecer los hechos a cualquier precio, tendrá que obtener las pruebas dentro del marco legal, para alcanzar el fin que el constituyente le ha dado al debido proceso. Por lo que esta figura elevada a rango constitucional combate los abusos y atropellos de los órganos del Estado que ejercen la facultad punitiva, con el ánimo de averiguar la verdad sobre los hechos, sin importar si se flagela el orden constitucional y legal. Por ende, el precepto constitucional que prevé dicho principio del debido proceso es una saludable prevención

¹¹ *Ibid.*

¹² Miguel Carbonell, *Los Juicios Orales en México*, México, Porrúa, 2a. ed., 2010, p. 140.

procesal, que obliga al Estado a observar una conducta probatoria limpia y sobre todo apegada a derecho.¹³

De esta manera, se garantiza un pleno respeto a los derechos fundamentales del ciudadano, ya que el Estado no podrá asumir el riesgo de obtener una prueba de manera ilícita, lo que implicaría la nulidad de la misma. La justificación de establecer a nivel constitucional la nulidad de la prueba obtenida ilícitamente, la encontramos precisamente en el hecho de que los órganos del Estado no deben violentar los derechos fundamentales para esclarecer los hechos que motivaron el procedimiento penal, por lo que la autoridad investigadora, como el Ministerio Público, debe conducirse con lealtad procesal procurando la profesionalización de la investigación. “Lo anterior impone un límite ético a la actividad de persecución penal, que permite conceptualizar como “ilícita” la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen la afectación de garantías fundamentales”.¹⁴

Este principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida se encuentra muy ligado al principio de contradictorio, consistente en la oportunidad que tiene el acusado de refutar las pruebas ofrecidas por la parte acusadora, colocándolas en entredicho cuando, por pretexto del Estado de conservar la seguridad, se obtienen medios de prueba violentando los derechos fundamentales del ciudadano. Por lo que la aportación de las pruebas que realice la parte acusadora es objeto de examen crítico para verificar la legitimidad de su obtención.¹⁵

VII. EFECTOS QUE PRODUCE EL PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA ILÍCITAMENTE OBTENIDA

La consecuencia jurídica que acarrea la prueba obtenida violentando derechos fundamentales se considera nula, por lo que no se debe tomar en consideración al momento de pronunciar la sentencia definitiva. Sin embargo, tal y como lo señala Miguel Carbonell, también trae consigo una doble violación de derechos del ciudadano; la primera se presenta en el momento de la obtención de la prueba ilícita, y la segunda violación se presenta cuando la prueba obtenida de manera ilícita se utiliza en el enjuiciamiento penal.

13 Sergio García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ; Democracia o autoritarismo?*, México, Porrúa, 2a. ed., 2009, p. 138.

14 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 169.

15 Sergio García Ramírez, “Algunas”, op. cit., p. 71.

¹⁶ En la primera violación el efecto es sobre la responsabilidad civil, penal o administrativa del autor de la violación al derecho fundamental en perjuicio del ciudadano. En el segundo caso el efecto recae en la nulidad de la prueba que es incorporada al proceso, ya sea que la prueba resulte inadmisibile o la prohibición de su valoración, dependiendo del momento procesal en que se encuentre.

De lo anterior, de acuerdo a nuestro sistema penal mexicano con motivo de la reforma constitucional motivo de análisis del presente artículo de investigación, y cuya publicación lo fue el 18 de junio de 2008, establece que el procedimiento penal se divide en tres etapas:¹⁷

- I. La de investigación inicial que abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales competentes;
- II. La del proceso, que comprende las siguientes fases:
 - a) La de control previo, que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control, hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso;
 - b) La de investigación formalizada, que comprenderá desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación;
 - c) La intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio oral, y
 - d) La de juicio oral, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia que pone a fin al proceso, y

¹⁶ Miguel Carbonell, *Los juicios*, op. cit., p. 141.

¹⁷ De acuerdo a la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, según lo establece en su artículo 164.

III. La segunda instancia, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los medios de impugnación.

Bajo esta tesis, dentro de nuestro sistema procesal penal, si nos encontramos en la tercera fase de la segunda etapa del mismo,¹⁸ consistente en la fase intermedia o de preparación del juicio oral correspondiente a la etapa del proceso, y si el Ministerio Público formula acusación en contra del imputado, requiriendo al juez de control la apertura a juicio oral, deberá expresar los medios de prueba¹⁹ que pretenda presentar en la audiencia del juicio oral para sustentar su acusación, los cuales podrán ser excluidos para su desahogo cuando el juez de control los haya declarado como ilícitos por haber sido obtenidos por violación a los derechos fundamentales del imputado. Es decir, en esta etapa del procedimiento penal los medios de prueba que son obtenidos mediante la violación de derechos fundamentales no son admisibles para su desahogo en la audiencia de juicio oral, quedando excluidos para ser incorporados dentro del juicio oral, y su pronunciamiento sobre la inadmisión de tales medios de prueba corre a cargo del juez de control. En cambio, si nos encontramos en la última fase de la etapa del proceso penal correspondiente al desarrollo del juicio oral, y en el supuesto de que las pruebas²⁰ desahogadas ante el juez oral hayan sido obtenidas mediante la violación a lo dispuesto por la fracción IX del apartado A del artículo 20 constitucional, el juez oral se pronunciará sobre la nulidad de las mismas, y por ende no tendrán valor alguno, por haber sido obtenidas mediante la violación de los derechos fundamentales del acusado.²¹ Bajo el principio de fundamentación y motivación que deberá contener la sentencia que pone fin al proceso, el juez oral deberá valorar las pruebas desahogadas en la audiencia del juicio oral, y en el caso de que las pruebas hayan sido obtenidas sin apego al marco legal, deberá declararlas nulas, expresando las razones por las cuáles no las dota de valor probatorio.

18 Siendo nuestro marco legal de referencia la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales.

19 Art. 355 de la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales que dice: "Son medios de prueba la declaración del imputado, la testimonial, la pericial, la documental y cualquier otro medio técnico científico, siempre que sea conducente y no sea contrario a derecho".

20 Art. 365 de la iniciativa antes citada que dice: "Prueba es todo conocimiento cierto o probable sobre un hecho ingresado legalmente al proceso a través de un medio de prueba en la audiencia de juicio oral y desahogada bajo los principios de inmediación y contradicción, que sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicados."

21 Último párrafo del art. 291 de la multitudinaria iniciativa que dice: "No tendrá valor alguno la prueba obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas."

Ahora bien, en términos de lo dispuesto por el artículo 291 de la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales que a la letra dice: “Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos por medios lícitos, también deberán ser admitidos y desahogados en el proceso del modo que autoriza este Código.” Implica que, para que un medio de prueba sea considerado lícito y por ende admisible para el desahogo de la audiencia de juicio oral, además de que su obtención sea conforme a derecho, debe de incorporarse y producirse en el juicio oral mediante medios legales, siendo que *a contrario sensu*, un medio legal será ilícito no sólo cuando se haya obtenido mediante la violación de derechos fundamentales, sino que se haya producido y reproducido por medios que no sean autorizados por el Código Federal de Procedimientos Penales. De esta manera se hace presente la ilicitud del medio de prueba en los diversos momentos que conforman el tema de la prueba en materia procesal penal: en su obtención, en su ofrecimiento y en su desahogo.

Proyectándose la nulidad de la prueba ilícita en los diversos momentos que conforman la actividad probatoria: *a*) los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene el medio de prueba, siendo que este momento se presenta en el procedimiento penal precisamente en la etapa de investigación inicial, y en la de proceso en la segunda fase denominada de investigación formalizada; *b*) los actos de incorporación u ofrecimiento de los medios de prueba al juicio oral, y se presenta en la etapa de proceso en la tercera de sus fases llamada intermedia o de preparación del juicio oral, generando que el medio de prueba sea excluido para el desahogo de la misma en la audiencia de juicio oral; *c*) los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juez oral la información contenida en los medios de prueba, y este momento se presenta en la audiencia de juicio oral; y *d*) el proceso de valoración realizada por el juez oral de la información que le proporcionaron esos medios de prueba, presentándose este momento en la emisión de la sentencia, generando la nulidad de la prueba y por consecuencia su exclusión de valor probatorio.²²

VIII. TEORÍA DE LOS FRUTOS DEL ÁRBOL ENVENENADO

El principio de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida, como ya se ha dicho anteriormente, consiste en la negación de otorgarle eficacia probatoria a un medio de

²² Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit., p. 141.

prueba que se haya obtenido mediante la violación de derechos fundamentales o se haya incorporado al proceso fuera del marco legal, lo que conlleva a su nulidad. Asimismo, corren la misma suerte los medios de prueba que se derivan de una prueba obtenida ilícitamente, es decir, los medios de prueba producidos por una prueba considerada ilícita, ya sea por su obtención o por haber sido producidos de manera ilegal, también son catalogados como ilícitos, dando origen a la teoría del “fruto del árbol envenenado”. Esta consiste en dejar nulo todo aquello que se derive de una prueba que fue obtenida mediante la violación de derechos fundamentales, y que es considerada prueba ilícita. “De la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría ‘fruto del árbol envenenado’, según el cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.”²³

La regla general en este principio es considerar como nulo todo aquello que se derive de un medio de prueba obtenido de manera ilícita, ya que los medios probatorios que se obtienen también se encuentran contaminados por la prueba catalogada como ilícita, por lo que también estos deben ser excluidos de valoración. Ya que este principio que conforma el debido proceso dentro de un sistema procesal penal de corte acusatorio vigente dentro de un Estado democrático de derecho, constituye una garantía a favor del ciudadano que permite hacer valer los derechos fundamentales de la persona, para efecto de defender sus intereses en un plano de igualdad que la de otros ciudadanos. Por ello, si la prueba obtenida de manera ilícita no cuenta con valor probatorio, también los medios probatorios que derivan de la misma corren la misma suerte que la prueba que las engendró, la cual contamina todo aquello que produce. Es decir, que tanto la prueba ilícita como los medios de prueba que produce aquélla, no deben ser usados para fundar una sentencia, en virtud de que se accedieron a través de la violación de derechos fundamentales, y carecen de valor probatorio.

Debe también señalarse otra cuestión muy cercana al concepto de prueba ilícita: su extensión. En otras palabras, se trata de determinar si la prohibición o la exclusión del valor probatorio de ésta incluye sólo a la prueba obtenida directamente por medios ilícitos, o también a la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos, lo que se le conoce como la

23 *Ibid.*, p. 142.

“teoría de los frutos del árbol envenenado”, es decir, una fuente de prueba que ha sido ilícita, pero que produce pruebas que de alguna manera se pueden ajustar a la situación o al mismo sistema jurídico.²⁴

Si bien la teoría de los frutos del árbol envenenado excluye los medios de prueba derivados de una prueba ilícitamente obtenida, siendo nulas las fuentes probatorias emanadas de una prueba cuya obtención violentó derechos fundamentales, y por consecuencia son excluidas de valor probatorio, se debe precisamente a que los medios de prueba (frutos) se encuentran contaminados por el árbol envenenado que los engendró (prueba ilícitamente obtenida). Siendo que la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente produce la exclusión de todos los medios de prueba derivados de ella.

Ahora bien la regla de la teoría de los frutos del árbol envenenado consiste en que los medios de prueba que derivan de una prueba obtenida de manera ilícita son nulos, ya que el juez oral no puede formar convicción para dictar sentencia con medios de prueba que se encuentran contaminados por una prueba catalogada como ilícita. Sin embargo, dicha regla admite excepciones, toda vez que hay supuestos en que se justifica la admisión y valoración de prueba que provienen de una prueba ilícita. Es decir, no todos los medios de prueba derivados de una prueba ilícita son excluidas del proceso penal, y por ende pueden ser considerados por el juez al momento de dictar sentencia en el proceso penal. Por lo que hay casos en que no procede la nulidad y exclusión de valor probatorio de aquellos medios de prueba que son producidos por una prueba obtenida ilícitamente.

Estos supuestos en que no son considerados contaminados los medios de prueba derivados de una prueba ilícita, radica en que no existe una conexión directa lógica entre una violación de derechos y lo que de ella puede derivarse.²⁵ Según Julián López Masle la prueba considerada como ilícita provoca la exclusión de toda prueba derivada de ella, es decir, de todo el medio de prueba respecto del cual puede establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria.²⁶

24 Carlos F. Natarén Nandayapa, “Breves reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario” en *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., 2008, p. 94.

25 Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit., p. 143.

26 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 220.

El dilema sobre las excepciones de esta teoría consiste en determinar sobre la existencia o inexistencia de esa relación causal entre la prueba ilícita originaria y los medios de prueba derivados de aquella, el cual puede ser resuelto en cada caso en concreto.²⁷ Sin embargo, Masle señala que no podrán ser excluidos de valor probatorio los medios de prueba que, aunque deriven de una prueba ilícita, rompan la relación causal entre la prueba originaria y los medios producidos.²⁸ La literatura jurídica y la jurisprudencia estadounidense reconocen cuatro estándares que bajo determinadas circunstancias no tienen conexión causal entre la prueba ilícita y los otros elementos de prueba que pretendan incorporarse a audiencia de juicio oral, los cuales son: a) la teoría de la fuente independiente; b) la teoría del descubrimiento inevitable; c) el principio de conexión atenuada, y d) la convalidación mediante una consideración hipotética.²⁹

De acuerdo con la teoría de la fuente independiente, son aceptables en audiencia de juicio oral las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido contaminada por la prueba ilícita originaria.³⁰ Es decir, los medios de prueba son incorporados a juicio oral, y por consecuencia son aptos para formar convicción en el juez cuando se acepta que pueden surgir de otras pruebas que sean consideradas válidas o lícitas. Si bien los medios de prueba son obtenidos mediante la violación de derechos fundamentales, también es aceptable que pudieron haber sido obtenidos mediante una prueba legal e independiente.

La teoría del descubrimiento inevitable permite admitir en audiencia de juicio oral un medio de prueba, aunque haya derivado de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera obtenido incluso sin la existencia de la primera, de manera inevitable.³¹ Es decir, la prueba ilícita se admite a juicio, al considerar que de cualquier forma hubiera sido inevitable obtenerla de acuerdo a medios legales. El descubrimiento de la prueba ilícita resultaría inevitable obtenerla mediante otros medios legales.

La doctrina del descubrimiento inevitable surge en la jurisprudencia estadounidense como una extensión de la doctrina de la fuente independiente,

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

29 Manuel Valadéz Díaz, Carlos Enrique Guzmán González y Guillermo Díaz Hernández, *Diccionario práctico del juicio oral*, México, Editorial Ubijus, 2011, p. 302.

30 Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit., p. 143.

31 *Ibid.*, p. 144.

tendiente a abarcar aquellos casos en que, si bien la evidencia derivada se encuentra en relación causal con la información obtenida ilícitamente, el tribunal se siente capaz de predecir, con cierto grado de certeza, que dicha relación causal resulta irrelevante, porque de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso.³²

El principio de conexión atenuada o también conocido como de atenuación del vínculo,³³ consiste en que la distancia entre la prueba viciada y la prueba obtenida de esta sea muy lejana, de manera que la prueba derivada de la ilicitud no se encuentra contaminada, o bien, la mancha original es borrada.³⁴ Este principio admite la prueba derivada de actuaciones consideradas como ilícitas cuando el vínculo entre la prueba ilícita original y la prueba derivada es demasiado tenue. Se admite el medio de prueba derivada por la prueba original ilícita ya que la atenuación del vínculo provoca que pierda el efecto disuasivo de la regla de exclusión.³⁵

En este caso, se faculta al juzgador para realizar una ponderación de la prueba derivada de una ilicitud, de tal manera, que a consideración de este y dada la probable lejanía de la prueba derivada con el origen de la ilicitud, esta resulta aceptable, de ahí, que mientras más alejada se encuentre una prueba de su causa de ilicitud, esta adquirirá mayor validez.³⁶

Por lo anterior, la doctrina estadounidense ha señalado las pautas para establecer en qué casos la prueba secundaria se encuentra a una distancia muy lejana de la prueba ilícita de origen, y por consecuencia la conexión que las une puede ser tan tenue que la mancha puede ser borrada. Siendo estos casos los siguientes: *a)* el tiempo que transcurre entre la prueba original y la obtención de la prueba derivada, es decir, entre más tiempo transcurra en obtener la prueba derivada, mayor probabilidad hay de admitirla; *b)* los acontecimientos que intervienen entre la prueba original ilícita y la obtención de la prueba derivada, ya que entre mayor sea la conexión causal, resulta más probable que se admita la prueba derivada;

32 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 221.

33 Manuel Valadéz Díaz, Carlos Enrique y Guillermo Díaz Hernández, *Diccionario*, op. cit., p. 303.

34 Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit., p. 143.

35 María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 222.

36 Manuel Valadéz Díaz, Carlos Enrique Guzmán González y Guillermo Díaz Hernández, *Diccionario*, op. cit., p. 303.

c) la gravedad de la ilicitud de la prueba original, ya que si el árbol se encuentra más envenenado, es menos probable que sus frutos se encuentren sanos; y d) la naturaleza de la prueba derivada.³⁷

Sobre la teoría de la convalidación mediante una consideración hipotética la jurisprudencia internacional establece que es facultad del juzgador señalar si, hipotéticamente es aceptable la información derivada de una prueba ilícita en función del resto de los medios de prueba que obran en el proceso, mismos que permitirán al juzgador concluir bajo una probabilidad razonable, que si bien la prueba es catalogada como ilícita, esta resulta coherente con las demás pruebas existentes. De manera que su valoración no puede permitirse de manera aislada, tiene que interpretarse de manera conjunta con el resto de las pruebas que obran en el proceso para que pueda ser admitida.³⁸

Estas cuatro teorías permiten flexibilidad sobre la aplicación de la prueba obtenida de manera ilícita, ya que si bien la regla general del debido proceso consiste precisamente en excluir de valoración los medios de prueba ilícitos, partiendo de la idea de que el juzgador no puede formar su convicción para dictar una sentencia definitiva, a través de información obtenida de manera ilegal violentando los derechos fundamentales, la literatura jurídico penal establece las pautas que permitirán al juez admitir en algunos casos la información obtenida por conducto de una prueba ilícita.

IX. LA PRUEBA ILÍCITA EN EL DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO

En nuestro sistema procesal penal de corte acusatorio y oral, que tiene vigencia a partir de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008, establece una serie de principios que van a regir el procedimiento penal mexicano, entre ellos el principio de exclusión de la prueba obtenida ilícitamente cuando se vulneren derechos fundamentales. Es decir, el legislador secundario, en sus respectivas competencias, acuñará este principio en los ordenamientos penales tanto del fuero común como del fuero federal. En este sentido, y siendo nuestra principal referencia la iniciativa del ejecutivo federal con proyecto de decreto por el que se expide el Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece en su artículo 292 que:

³⁷ Miguel Carbonell, *Los Juicios*, op. cit., pp. 143-144.

³⁸ Manuel Valadéz Díaz, *Diccionario*, op. cit., p. 303.

Cualquier dato o prueba obtenidos con violación de los derechos humanos será nulo.

No se considerará violatoria de derechos humanos, aquel dato o prueba que cumpla cualquiera de los siguientes requisitos:

- I. Provenzan de una fuente independiente, es decir, cuando su naturaleza sea autónoma de la prueba considerada como ilícita y se puede llegar a ella por medios legales sin que exista conexión entre estas;
- II. Exista un vínculo atenuado; o
- III. Su descubrimiento sea inevitable, en virtud de que aún y cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen...

De lo anterior se desprende que los medios de prueba obtenidos ilícitamente serán nulos y por consecuencia serán excluidos de valor probatorio. Sin embargo, este proyecto de Decreto del Código Federal de Procedimientos Penales contempla tres hipótesis mediante las cuáles se podrá validar una prueba cuyo origen es catalogado como ilícito. Estos tres supuestos son: la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada, y la teoría del descubrimiento inevitable. Por lo que los medios de prueba ilícitamente obtenidos sí podrán tener valor probatorio, sólo cuando alguno de los tres supuestos señalados anteriormente se actualice.

El código de procedimientos penales del estado de Chihuahua, al igual que el artículo 20, apartado A, fracción IX de la Constitución considera la nulidad de la prueba cuando se obtenga mediante violación a los derechos fundamentales. Esto, sin que establezca dicho ordenamiento procesal penal algún supuesto que valide una prueba considerada originalmente como ilícita, por lo que la obtención de un medio de prueba mediante la violación de derechos fundamentales, o bien, mediante formas ilícitas, serán nulas y no podrán ser tomadas en cuenta por el tribunal de juicio oral para formar convicción y emitir

sentencia definitiva.³⁹ Por lo que la información obtenida mediante medios ilícitos será nula por encontrarse contaminada de la prueba original.

Misma posición mantiene el Código de Procedimientos Penales de Baja California, ya que al referirse a la legalidad de la prueba, establece que todos los medios de prueba carecerán de valor probatorio cuando hayan sido obtenidos ilícitamente, o sean incorporados a la audiencia de juicio oral de manera distinta a la contemplada por el mismo ordenamiento.⁴⁰

El Código Procesal Penal de Durango establece dentro de su articulado la legalidad de la prueba, señalando que no tendrán valor probatorio los medios de prueba obtenidos e incorporados al juicio oral de manera ilícita.⁴¹ Sin embargo, el legislador del estado de Durango va más allá de lo establecido por el constituyente permanente, al contemplar las cuatro hipótesis para validar una prueba catalogada como ilícita. Ya que reconoce los cuatro supuestos en los que no hay conexión causal entre la prueba ilícita, y los otros elementos de prueba que se incorporan a la audiencia de juicio oral, los cuales son: la teoría de la fuente independiente; la teoría del descubrimiento inevitable; el principio de conexión atenuada, y la convalidación mediante una consideración hipotética.⁴²

Según el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, los medios de prueba no tendrán valor probatorio cuando se hayan obtenido de forma ilícita o cuando se hayan vulnerado los derechos fundamentales de las personas.⁴³ Asimismo, el Código de procedimientos penales de Morelos contempla el tema de legalidad de la prueba, teniendo valor sólo los medios de prueba que se hayan obtenido e incorporado al juicio de manera lícita.⁴⁴

39 Art. 19.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas."

Art. 331.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito, o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este Código."

40 Art. 19.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante la violación de los derechos fundamentales de las personas."

Art. 331.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito, o si no fueron incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este código."

41 Art. 21.- Legalidad de la prueba: "Los datos y medios de prueba sólo tendrán valor si han sido descubiertos, obtenidos, trasladados y manipulados conforme a las reglas de la cadena de custodia, producidos y reproducidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante la violación de los derechos fundamentales de las personas, salvo lo dispuesto en el capítulo de nulidades de este código."

42 Art. 82.- Principio general sobre prueba ilícita: "Cualquier dato o medio de prueba obtenido con violación de los derechos fundamentales será nulo. Salvo que se pueda demostrar la existencia de una fuente independiente, el descubrimiento inevitable, la convalidación mediante una consideración hipotética o la atenuación del vínculo"

43 Art. 21.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito."

44 Art. 22.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y producidos por medios lícitos e incorporados al proceso del modo que autoriza este código. No tendrá valor la prueba obtenida mediante torturas, amenazas, o violación de los derechos fundamentales de las personas".

Art. 333.- Legalidad de la prueba: "Los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o si no fueron incorporados al proceso

El Código Procesal Penal de Zacatecas prevé que los medios de prueba sólo podrán tener valor probatorio cuando hayan sido obtenidos de manera lícita, siendo nulas aquellas pruebas que violenten los derechos fundamentales de las personas. Empero, refiere que las pruebas ilícitas sólo podrán ser validas cuando favorezcan al imputado, es decir, habrá nulidad de la prueba obtenida ilícitamente, excepto en el caso en que beneficie al acusado. De igual manera adopta la teoría del “fruto del árbol envenenado”, ya que excluye de valoración los medios de prueba que son producidos por una prueba catalogada como ilícita; contemplando además una hipótesis para validar la prueba ilícita consistente en la teoría de la fuente independiente, ya que son aceptables en juicio oral las pruebas que derivan de una fuente que no haya sido contaminada por la prueba ilícita original. Es decir, los medios de prueba serán aptos para formar convicción en el juzgador cuando se acepta que pueden surgir de otras pruebas que sean consideradas válidas o lícitas.⁴⁵

Por último, es así como en nuestro derecho positivo no todas las pruebas derivadas de una prueba obtenida ilícitamente son catalogadas como nulas, en virtud de que las legislaciones secundarias, al contemplar los diversos supuestos que validan pruebas cuyo origen se encuentran en una prueba ilícita, exceden lo establecido en el artículo 20, apartado A, fracción ix de nuestra Constitución, ya que el legislador secundario, al fijar varios supuestos que permiten validar una prueba ilícita, lo hacen con la intención de flexibilizar el enjuiciamiento penal para procurar una administración de justicia en beneficio del Estado, generando con ello una restricción de garantías en perjuicio del ciudadano, al convalidar un acto que originalmente violentó sus derechos fundamentales.

conforme a las disposiciones de este código; tampoco tendrán valor las pruebas que sean consecuencia directa de aquéllas. Lo anterior no afectará a otros medios de prueba lícita que arrojen el mismo resultado probatorio, siempre que no se deriven de los medios ilícitos”.

45 Art. 375.- “Los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos por un medio lícito e incorporados al proceso conforme a las disposiciones de este código. A menos que favorezca al imputado, no podrá utilizarse información obtenida mediante tortura, maltrato, coacción, amenaza, indebida intromisión en la intimidad del domicilio, la correspondencia, las comunicaciones, los papeles y los archivos privados, ni información obtenida por otro medio que menoscabe la voluntad o viole los derechos fundamentales de las personas. Tampoco pueden ser valoradas aquellas pruebas que sean la consecuencia directa de ellas. Lo anterior no afectará a medios de prueba lícita que arrojen el mismo resultado”.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1999.
- Carbonell, Miguel, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 2a. ed. 2010.
- García Ramírez, Sergio, "Algunas cuestiones del proceso penal" en *Criminalia*, México, Porrúa, 2004.
- _____, *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.
- Guerrero Agripino, Luis Felipe, *Fundamentos de la dogmática jurídica penal*, Guanajuato, Librería Yussim, 1a. ed., 2004.
- Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, México, Editorial Jurídica de las Américas, 1a. ed., 2008.
- López, Julián, "Formas alternativas de solución del conflicto en materia penal" en *Las reformas del proceso penal*, Santiago de Chile, Colegio de Abogados de Chile, 2000.
- Natarén Nanadayapa, Carlos F., "Breves reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario" en *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., 2008.
- Roxin, Claus, *Derecho penal, parte general*, España, Civitas, 2003, t. I (trad. de la 2a. ed. Alemana).

- *Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, Dogmática penal fundada en los principios Constitucionales con orientación a las consecuencias, Colombia, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2000.*
- *Valadéz Díaz, Manuel, Carlos Enrique Guzmán González y Guillermo Díaz Hernández, Diccionario práctico del juicio oral, México, Editorial Ubijus, 2011.*

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL CONTROL DE
CONVENCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL
CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DIFUSO EN MÉXICO*

ENRIQUE CARPIZO**

*Agradezco a la dra. Julieta Morales y a la becaria Laura Rodarte Ledezma, sus valiosos comentarios y sugerencias sobre el contenido de este trabajo. Cualquier error es exclusiva responsabilidad del autor.

**Profesor de amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios, e_carpizo@yahoo.com.mx.



Sumario: i. Introducción ii. ¿Control de convencionalidad o control constitucional difuso? iii. ¿Control difuso de convencionalidad o simple actividad protectora de los derechos humanos? iv. Control convencional ¿amplio o restringido? v. Control de convencionalidad ¿oficioso o a petición de parte? vi. ¿Hacia una supremacía convencional? vii. La supremacía constitucional y su interacción con el ámbito externo viii. Conclusiones

A Jorge Carpizo,

El hombre que nunca dijo adiós...

I. INTRODUCCIÓN

¡Se fue el campeón pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo siquiera pronunciar una mala referencia sobre su humildad, trato y educación. Se trató de un hombre flexible, que supo tener mano dura y decir la verdad, pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano, a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos, no creemos en su muerte, creemos en la viveza de sus posturas, de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchos ciudadanos, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro campeón detentó con gran talento cargos públicos importantes en la república mexicana, nadie olvida su trabajo como rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, titular de la Procuraduría General de la República, secretario de Gobernación y embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes como cuando asumió la Dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la abogacía general de la UNAM.

Más de una decena de doctorados *honoris causa*, múltiples premios y reconocimientos, así como diversos libros y centenares de artículos escritos, avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor, y hasta su muerte continuó inculcándome valores y principios: amor a la región. Una vez me dijo *nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata*; y varias veces me recordó *lo importante no es el parentesco sino la cercanía, la capacidad y la honestidad intelectual*.

A Jorge Carpizo lo vi y sentí como un padre, fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A Jorge Carpizo no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos, siempre nos protegió y orientó a toda costa, esa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.¹ Jorge Carpizo era un

¹ Jorge Carpizo escribió: "Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despidió de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y

hombre de objetividad comprobada, y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priísta y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un caballero, ejemplo de vida digna al que algunos desearon ensuciar, y que ninguno pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes, pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente, cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy, mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que soy, por eso he retomado fuerzas para pronunciar un hasta luego, he retomado fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, he retomado fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo, ¡sé que está conmigo, y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era, fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias Jorge, por permitirme estar cerca de ti, y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias tío, por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias amigo, por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás, y hace lo que está en nuestras manos. Mil gracias maestro, por darme la posibilidad de comprender lo impredecible de la naturaleza humana. Un millón de gracias colega, por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan, y en general, tus aportaciones simplemente retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y acciones a favor de la dignidad humana, el perfeccionamiento del Estado y la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino, pronuncio un *nos vemos tío*, como la última vez que charlamos, y expreso en tu memoria las siguientes reflexiones.

dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplo con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos, tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.," Periódico Milenio, México, 12 de junio de 2012.

Si reconocemos haber transitado de un control constitucional concentrado a otro de tipo difuso, entonces México llegó tarde a este, pues ahora está frente a uno de índole convencional. De ser cierta esta idea ¿cuáles serían los lineamientos de operatividad del control convencional en la nación mexicana?

Vale la pena mencionar que al lado de esa pregunta, tanto en el ámbito académico, como en el seno de instituciones judiciales, también se analiza a) cuál debe ser el nombre que debe darse al control convencional, b) si su ejercicio debe ser difuso, esto es, limitado a autoridades judiciales, y c) si dicho sistema debe proceder de oficio o a petición de parte.

No obstante, considero que existen otros temas paralelos que también deben analizarse para saber si la nación d) transita hacia un principio de supremacía convencional, e) si la Corte de Justicia puede declarar no convencional una reforma constitucional, y f) si la jurisprudencia interamericana, en general, vincula a México. Doy a conocer mi criterio.

II. ¿CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO?

Esa pregunta admite múltiples respuestas pero sólo me ocuparé de brindar la relacionada con el origen federal del control difuso. He destacado que el método británico de invalidez, sirvió de precedente al control constitucional americano y al control constitucional europeo, ambos conocidos como control difuso o concentrado. Sin embargo, aún considero vigente el debate sobre si debe adoptarse un sistema difuso o uno de tipo concentrado,² inclusive agrego otra opción: la simple actividad protectora de los derechos humanos.

He dicho que los sistemas judiciales de control concentrado o difuso preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones, a la luz de lo dispuesto en la Constitución. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas, conforme a lo dispuesto en convenios internacionales y su entendimiento, a pesar

2 Véanse Elena I. Highton, "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad" en Armin von Bogdandy, et al. (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, t. i, pp. 107-173, y Nestor Pedro Sagüés, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo" en Armin von Bogdandy et al. (coords.), *Construcción y papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011, pp. 381-417.

de lo dispuesto en el derecho interno, privilegia el *principio de observancia convencional*, pues la preeminencia de los tratados internacionales impone una obligación relativa hacia el interior del Estado, pero casi absoluta para la Comisión y la Corte Interamericanas.

Bajo ese contexto, si tiene que escogerse entre el control de constitucionalidad difuso, el control concentrado y el control convencional interno, opino que debe optarse por este último o por una simple actividad protectora de los derechos humanos. Profundizo mi postura.

III. ¿CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD O SIMPLE ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros, advierten la existencia de un control convencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interno confiado a órganos nacionales.³ En ambos casos, tanto el llamado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad y sobre todo mayor utilidad la segunda, no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar a órganos judiciales la actividad protectora de los derechos humanos.

El objetivo fundamental del control de convencionalidad consiste a) en hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado; b) en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; c) en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos, que por sí solas o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos –o viceversa– resulten aplicables en favor de la dignidad humana; y d) en reparar los ultrajes a los derechos humanos o indemnizar a la víctima o víctimas de la violación.

³ Sergio García Ramírez, "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, núm. 28, julio-diciembre, 2011, México, pp. 123-159.

¡Así es como debe entenderse y funcionar ese sistema!

Por eso hablo de una simple actividad protectora de los derechos humanos, con independencia del nombre que se le asigne o el órgano que la emplee, pues su objetivo es el mismo: tutelar la dignidad humana, procurar su pleno desarrollo o reparar o indemnizar una violación al derecho humano en juego.⁴

Considero que la técnica con que opera el control de constitucionalidad concentrado o difuso, quedó totalmente implícita en el control convencional. Pues la potestad originalmente otorgada a jueces federales o estatales es complementaria de aquella que se reconoce a cualquier autoridad del Estado, lo que a su vez fomenta una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos. El artículo 1o constitucional en México no distingue y dice...*“todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...”*⁵

De ahí que el título de este apartado remita a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio, ya que las posturas extremadamente técnicas, únicamente obstaculizan la actividad protectora de los derechos humanos y, por esa razón, propongo la adopción de una simple actividad protectora de los derechos humanos, más no un “control difuso de convencionalidad” o “control convencional difuso” limitado a juzgadores y contradictorio del citado precepto 1o. de la Constitución mexicana.⁶

La idea de un control convencional limitado a jueces es acorde al sistema vigente en los

4 Véase Jorge Carpizo, “Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, México, pp. 3-29.

5 “Art. 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Miguel Carbonell, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 164a. ed., 2011, pp. 19 y 20.

6 *Ibid.*

Estados Unidos de América, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad transnacional, ni convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a simples referentes provenientes del texto o interpretación de su norma suprema; situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México requiere, esto es, no de naturaleza abierta en materia de respeto y desarrollo de los derechos humanos. Veamos por qué.

IV. CONTROL CONVENCIONAL ¿AMPLIO O RESTRINGIDO?

en relación a si debe ser operado desde una visión amplia o limitada, considero que el reconocimiento de derechos, incluidos los implícitos y la tutela de los mismos: no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos –y su salvaguarda– únicamente compete a ciertas autoridades del Estado, dígase jueces federales o estatales,⁷ ombudsman nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etcétera.

Mi postura sobre la procedencia del control de convencionalidad, implica tener presente que la tutela de las prerrogativas humanas corresponde a toda autoridad del país. Incluso cometo el atrevimiento de afirmar que se trata de una obligación ciudadana que no admite la posibilidad de un monopolio a favor de una o varias autoridades, o de crear un ámbito de impunidad conforme a los criterios judiciales que impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que violen prerrogativas humanas, sin soslayar la jurisprudencia que exenta al juez de distrito de violar derechos humanos.⁸

A nuestro juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado, incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos. Así lo impone una sana interpretación del artículo 1o. de la Constitución, el cual es jurídico y no político.⁹

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es

7 Germán López Daza, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio, 2011, México, pp. 169-193.

8 "Sentencia de amparo. No puede ser violatoria de garantías," *Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, julio-diciembre, 1989, t. IV, tesis: II. 3o. 1/4, México, p. 663.

9 Sobre ese tema Héctor Fix-Zamudio, "Protección jurídica constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica" en Javier Pérez Royo, et al., *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, t. I, pp. 1727 y ss.

que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, reitero, no puede quedar limitada a órganos especializados del Estado.

Algunas universidades en el mundo han reconocido a nivel institucional que sus integrantes, profesores y personal burocrático, deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen a través de su normativa interna y de las recomendaciones que emite el respectivo Ombudsman universitario.¹⁰

Debemos estar conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique que sea definitiva.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución; ahora la idea es ejercer, tomando como punto de partida no sólo a la ley o a la norma suprema, sino también a la dignidad humana contemplada en todo el orden jurídico interno o externo vinculante, sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna, o desprecie la integración de soluciones conforme a leyes nacionales.

Con base en esa idea, queda superada la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y su jurisprudencia, o un simple ciudadano con sentido común, puede ejercer un análisis de convencionalidad y resolver a favor de su especie y su medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.¹¹ Si bien propongo una idea acorde a esa tendencia, mi pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo enunciativo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, oficialmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las

10 Entre las diversas universidades que prevén la existencia de un ombudsman universitario, destaco las siguientes: Defensoría de los Derechos Universitarios de UNAM; y la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.

11 Sobre esta teoría se recomienda véase José Juan Anzures Gurriá, "La eficacia horizontal de los Derechos Fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio, 2010, México, pp. 3-51; Javier Mijangos y González, "La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos" en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea et al. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV, México, pp. 547-577.

federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta, conviene advertir que no sólo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de empresas que a su vez violan derechos humanos, sino de comprender que a ellos también les corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y, por qué no, de reconocer y desarrollar derechos.

Ahora, la interrogante expuesta en el título de este apartado podría responderse en sentido restringido, por temor a una desestructuración legal o constitucional que monopoliza la tutela de los derechos humanos, o la desaplicación de normas o actos positivos u omisos que los violen. Duda que no sólo significa aceptar la apertura protectora como sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad o no convencionalidad, sino también miedo a la pérdida del poder.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez, que en general se pronuncian en contra de sus actos o abstenciones, pero difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir la tutela de los derechos o prerrogativas humanas y tampoco considero que ello únicamente corresponda a ciertas autoridades del Estado a través de instrumentos de defensa constitucional, entre otros.¹² Mi postura es más amplia y vincula a toda persona, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no, esto es, distingo entre la existencia de un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de nuestro entorno social, político, económico y ambiental.¹³

12 Sobre instrumentos de defensa constitucional en México véase Héctor Fix-Zamudio, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2a. ed., 2011.

13 Es aquí en donde tienen un papel principal los derechos humanos de segunda y tercera generación.

Desde esa premisa, me inclino a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio no está limitado a lo previsto en la Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, sus convenciones y protocolos vinculantes y referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, contrario a lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente varios 912/2010,¹⁴ sí vincula en todos los casos a México. Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o y 133 constitucionales;¹⁵ cualquier justificación en jurisprudencia nacional para hacer caso omiso a los precedentes emanados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos pone en aptitud de recibir otra condena por violación a los artículos 1o y 2o de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 27 de la Convención de Viena.¹⁶

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos, no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la Ley. El miedo de invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso, se desvanece cuando el motivo toral del acto u omisión es la protección a la vida, su integridad, la privacidad y el honor.

Una autoridad interna o externa, jamás podrá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas. Una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema, y algo distinto es declarar inconstitucional una norma. Para este último fin sí podrían requerirse facultades expresas, pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD ¿OFICIOSO O A PETICIÓN DE PARTE?

considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia de quien imparte justicia. Mi

14 Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la segunda sala de la corte al pleno de ese alto tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México en relación al caso Rosendo Radilla Pacheco. Consúltense Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011, pp. 247-253.

15 La Corte de Justicia adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana sólo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al País. Sergio García Ramírez y Julieta Morales Sánchez, *Reforma*, op. cit., p. 245.

16 Miguel Carbonell et al., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2a. ed., 2003, t. II, pp. 251-303 y 1311-1345.

tesis es contraria a la idea del estricto derecho, principio que no permite suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.¹⁷

El principio *jura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos y al juez, reconocer, proteger y aplicar el derecho.¹⁸ En México, las violaciones a ese postulado son abundantes, y parte de ello se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no haber planteado sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.¹⁹

El motivo principal de declarar “inoperantes”, “ineficaces”, “inatendibles” o “insuficientes” los argumentos de impugnación, consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que de 100% de los amparos que se promueven ante el poder judicial federal, 47.44% de los presentados ante tribunales colegiados, se niega; 31.12% de los presentados ante tribunales unitarios, también se niega; y 12.51% de los que se interponen ante jueces de distrito, para no perder costumbre, de igual forma se niega.²⁰

Ahora, esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos “inoperantes”, esto es, casos en que los promoventes no se expresan en la forma que los tribunales de la federación requieren para poder atender un reclamo,²¹ sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es

17 “Suplencia de la queja deficiente. No opera en los casos en que es improcedente un recurso de revisión en amparo directo, aun tratándose de menores de edad”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, enero, 2007, t. xxv, tesis: 1a. XVII/2007, p. 486.

18 Santiago Sentís M., *El juez y el derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

19 “Conceptos de violación inoperantes”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42, y “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

20 **TRIBUNALES COLEGIADOS:** Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41 346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165 895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46 272, al egresar 161 268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20 273 en materia penal (12.22%), 37 215 en administrativa (22.43%), 46 474 en civil (28.01%), y 61 933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los Tribunales Colegiados fueron 54 326 ampara (33.68%), 76 521 no ampara (47.44%), 8 755 sobrese (5.42%), 7 695 desechados o no interpuestos (4.77%), y 13 971 incompetencias e impedimentos (8.66%). **TRIBUNALES UNITARIOS:** Amparo indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4 142, de los cuales se resolvieron 4 090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Tribunales Unitarios se distribuyó en 3 407 en materia penal (82.25%), 36 en materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Tribunales Unitarios fueron 1 357 ampara (33.17%), 1 273 no ampara (31.12%), 864 sobrese (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). **JUZGADO DE DISTRITO:** Amparo Indirecto. Al inicio del año había 62 218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401 436, de los cuales se resolvieron 407 719 quedando 55 048 amparos indirectos al final del año estadístico 2010. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los juzgados de Distrito se distribuyen en 144 718 en materia penal (36.05%), 115 783 en materia administrativa (28.84%), 72 084 en materia civil (17.95%), y 68 851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los juzgados de Distrito fueron 89 529 ampara (21.95%), 51 012 no ampara (12.51%), 171 100 sobrese (41.96%), 42 804 desechados (10.49%), 25 806 no interpuestos (6.32%), 17 810 incompetencias (4.36%) y 9,658 otro sentido (2.36%). “Informe anual de labores 2010”, anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

21 “Conceptos de violación inoperantes”, op. cit.

comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional sólo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables, por ejemplo, materia agraria, familiar, laboral, a favor del trabajador o penal en beneficio del reo o la víctima.²²

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos, muestra de ello son las distinciones entre “corregir” y “suplir lo deficiente de la queja”. La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado, es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional; y por “suplir lo deficiente de la queja”, la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos esgrimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.²³

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se adolece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente nacional o internacional vinculantes o referenciales, por ello, urge superar la postura del estricto derecho dado que es contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de los mismos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan, la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos se reconocen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces mexicanos a) aligeran su carga laboral, b) traicionan su encomienda principal de impartir justicia, y c) dan la espalda al control de convencionalidad interno en detrimento del principio de acceso a una justicia eficaz.

22 "Suplencia de la queja deficiente en materia penal. Permite salvaguardar los derechos del inculpaado cuya defensa se haya realizado en forma deficiente o nula", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, noviembre de 2009, t. xxx, tesis: 1a. CXCIX/2009, p. 415; "Agrario. Suplencia de la queja en materia agraria", *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, Amparo directo 5725/86, p. 48; "Suplencia de la queja deficiente en materia de trabajo. Opera a favor del trabajador cuando el acto reclamado afecte algún interés fundamental tutelado por el artículo 123 de la Constitución federal", *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, octubre, 2008, t. xxviii, tesis: P./J. 105/2008, p. 63; y tesis: "Suplencia de la queja. Procede en cuestiones de derecho familiar", *Semanario Judicial de la Federación*, SCJN, amparo en revisión 2959/87, México, p. 322.

23 Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011, pp. 117-120.

Será un trabajo complejo cambiar la visión limitada en materia de impartición de justicia. Se trata de romper o superar paradigmas demasiado arraigados en México, y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia del control de convencionalidad a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana que establece la oficiosidad de dicho control,²⁴ pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno debe ser claro y excelso el reclamo.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que pueda ameritar un control de convencionalidad sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite.

En la actualidad, como dije, es difícil pensar que una autoridad avale o permita la existencia de un acto, norma u omisión contrario a la dignidad humana. La realidad, en algunos asuntos, deja ver un ánimo que revierte ese tipo de atentados. Tal es el caso de los jueces de Chihuahua y un magistrado de Monterrey, entre otros, que se van sumando a ese movimiento protector y han desaplicado ataques legislativos a la presunción de inocencia y el debido proceso.²⁵

No obstante, a los jueces federales les está costando un poco más de tiempo y trabajo, pues, por una parte, complican la admisión de asuntos trascendentales en el plano de la protección judicial de los derechos humanos y, por otra, aún aplican las jurisprudencias que postulan la inoperancia de los conceptos de violación.²⁶

VI. ¿HACIA UNA SUPREMACÍA CONVENCIONAL?

pasar de una supremacía constitucional a otra de naturaleza convencional, no es del todo plausible. La idea de apelar al principio de jerarquía cuando se trata de instrumentos que reconocen y salvaguardan derechos, significa olvidar el avance interpretativo generado en sedes académicas o instancias nacionales e internacionales de justicia.

24 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154. Véase sergio García Ramírez, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, 2008, México, pp. 619-655.

25 Todo ello en forma previa a la aceptación oficial del control difuso y del control de convencionalidad en México.

26 "Conceptos de violación inoperantes"... *op. cit.*

De qué serviría ponderar o armonizar si el diálogo inteligible se opaca a partir de una sola pregunta ¿qué documento tiene superioridad en el caso? Cuya respuesta plantea una solución de corte legalista que, trasladada al ámbito protector de los derechos humanos, priva de escuchar las razones o debates que pudieran suscitarse ante un aparente conflicto entre el ejercicio de derechos o su contemplación en abstracto.

No creo en la transición de supremacía constitucional a convencional, sino en la interpretación integradora o armónica del contenido de la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, es decir, que el contenido de esos convenios se considere como una extensión al catálogo de derechos expresos o implícitos en la norma suprema y, por tanto, la interpretación deba ser en conjunto y en beneficio de sus destinatarios: el ser humano y su entorno social, político, económico y ambiental.²⁷

Es verdad que la relativización del concepto de soberanía y su clasificación en interna y externa, indudablemente provocó la flexibilización del principio de supremacía constitucional, lo cual no es sinónimo de inexistencia o inutilización de ese lineamiento, sino de entender que la carta magna debe ser interpretada en forma compatible al ámbito internacional, sin soslayar la esencia del Estado y sus principios rectores, los cuales no pueden ser reformados a partir de leyes o resoluciones que le sean inferiores, salvo que privilegien el ejercicio razonable del Estado y los derechos humanos.

La propia Corte Interamericana, en el caso *Castañeda Gutman*, reconoce que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior, es competencia exclusiva del país, siempre y cuando mantenga los mínimos de protección que hasta ahora México contempla en materia de derechos políticos y civiles.²⁸

Considero que en vez de intentar adoptar una supremacía convencional, debemos postular el principio de coordinación entre los sistemas nacionales e internacionales y viceversa, en aras de privilegiar la dignidad humana de acuerdo con las particularidades de cada región, de cada Estado, de cada sector, de cada caso y de cada persona, recordemos ¡nadie sobra!

²⁷ Enrique Carpio, *La defensa*, op. cit., pp. 3-16.

²⁸ Caso *Castañeda Gutman vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia 6 de agosto de 2008. Serie C, núm. 184. Jorge Ulises Carmona Tinoco, "El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IV, 2009, México, pp. 775-790.

Además, la procedencia del principio *pro persona*, en su variante de preferencia normativa, permite superar el criterio de interpretación jerárquico y atender a la norma que mayor beneficio otorgue a la persona.²⁹ De ahí que el principio de supremacía convencional sea también relativo y tampoco obligue en forma tajante a las instancias internacionales, quienes en todo momento deberán atender a los cambios sociales que experimenta la región y, en todo caso, aplicar la norma que más ventajas ofrezca o reconozca al ser humano, con independencia de que sea nacional o internacional o provenga de una interpretación interna o externa.

Como vemos, sólo podría hablarse de una supremacía convencional en el caso de que la región americana tuviera el interés mayoritario de constituir un estado transnacional de derecho. Actualmente, si bien existen países que han establecido una comunidad europea, lo cierto es que dicha tendencia aún no se debate en el ámbito jurídico y político de nuestra región, por lo cual, la intención de sustentar un principio de supremacía absoluta de los tratados internacionales, ostenta los mismos vicios de la preeminencia constitucional de mediados del siglo pasado. No descarto posibles ventajas en la creación de una comunidad americana, pues existen algunos matices que nos orientan a pensar de esa forma, sin embargo, debemos transitar hacia ello de manera consciente, y mientras eso no suceda, el Estado debe actuar de manera acorde a la dignidad humana, sin imponer interpretaciones que a nada práctico conduzcan.³⁰

VII. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU INTERACCIÓN CON EL

ÁMBITO EXTERNO

El origen moderno del principio de supremacía constitucional se debe al federalismo norteamericano y, como dijimos anteriormente, México, en esencia, lo contempla desde la Constitución de 1824 y literalmente en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, pasando de allí al contenido del artículo 133 de la Norma Suprema de 1917.³¹

29 Enrique Carpizo, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional, la corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011, pp. 96 y 97, y Karlos Castilla, "El principio *pro persona* en la administración de justicia", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio, 2009, México, pp. 65-83.

30 Sobre estas ideas se recomienda consultar los apuntes del II Seminario sobre Derecho Constitucional Transnacional, de Marcelo Figueiredo, publicados por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Facultad de Derecho, 2012.

31 "Art. 126.- Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.;" "Art. 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso

Dicho postulado configura una de las principales características del Estado contemporáneo, ¿cuál? Aquella consistente en reconocer la existencia de un documento supremo denominado Constitución. En ese entonces se hablaba de una soberanía absoluta, no obstante, la transición de estado de derecho a estado constitucional de derecho, entre otras cosas, permitió que la norma suprema recuperara su naturaleza jurídica y que, posterior a la segunda guerra mundial del siglo pasado, el tema de la soberanía se relativizara a favor de un sistema internacional de relaciones amistosas y de protección a los derechos humanos, situación que a su vez motivó distinguir entre soberanía interna y soberanía externa, siendo esa última el plano susceptible de comprometerse con otras naciones en el mundo.³²

Así, el principio de supremacía constitucional, como dije, se flexibiliza en aquellos países que se han sumado al esfuerzo internacional de reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos, mas no en territorios que no forman parte de él, o que no tienen la obligación jurídica de reconocer y tutelar derechos conforme a convenios internacionales; un ejemplo lo encontramos en Estados Unidos de América, país que, principalmente, obedece lo que su Constitución prevé o su interpretación judicial dispone.

Ahora, México se sumó al sistema internacional de protección a los derechos humanos. México firmó y ratificó diversos tratados y convenios internacionales en la materia. México aceptó la competencia de órganos administrativos y judiciales transnacionales y, en consecuencia, México adoptó la distinción entre soberanía interna y soberanía externa, sobre todo porque celebró el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.³³

Tales acontecimientos implicaron el sustento de una supremacía constitucional no absoluta. Por una parte, el orden jurídico nacional en materia de derechos humanos, desde 1980, no está únicamente compuesto por normas nacionales, sino también por cláusulas internacionales previstas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como “Pacto de San José” y, por otra, desde 1998 México aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entonces, el tema de la impartición

de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”. Felipe Tena Ramírez, Leyes fundamentales de México 1808-2005, México, Porrúa, 24a. ed., 2005, p. 627; también puede consultarse Gustavo Zagrebelsky, El derecho dúctil, España, Trotta, trad. Marina Gascón, 7a. ed., 2007, pp. 21-45.

32 Carpio, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 152 y 153.

33 Ese tratado fue celebrado el 21 de marzo de 1986 y entro en vigor el 11 de enero de 1988, véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia mexicana, <<http://www2.scjn.gob.mx/red/tratadosinternacionales/>>.

de justicia ya no incumbe solamente a los jueces nacionales, sino también a instancias transnacionales.

VIII. CONCLUSIONES

Considero que México cuenta con presupuestos básicos para actuar de manera congruente al sistema internacional de protección a derechos humanos, pues se comprende *a)* la transición de estado legal a estado constitucional de derecho y de este a otro donde su actuación no solamente se basa en la Constitución que le da origen, sino también en lo dispuesto en tratados internacionales vigentes y su interpretación; *b)* que la Constitución es una norma jurídica vinculante para todos los seres humanos, sean o no autoridades; *c)* que entre derechos fundamentales y humanos no existe mayor diferencia que la simple denominación; *d)* que impartir justicia con la mentalidad de un estado legalista produce incalculables consecuencias negativas a nivel social; *e)* que los métodos de interpretación creados hace más de dos siglos, con el fin de entender al derecho privado, actualmente devienen insuficientes para la adecuada aplicación del derecho público; *f)* que la actividad inteligible de las autoridades del Estado tiene límites racionales; *g)* que las realidades no jurídicas y la costumbre constitucional e internacional, son elementos indispensables para la solución, siquiera plausible, de un conflicto constitucional o entre el ejercicio de los derechos; *h)* que los compromisos internacionales en materia de derechos humanos deben ser apreciados y aplicados con la misma jerarquía y rigor que los derechos previstos en la Constitución; *i)* que toda violación a un derecho humano no sólo implica su restitución material sino también la posibilidad de indemnizar al afectado; y *j)* que el reconocimiento y protección de los derechos humanos no es monopolio del Estado o campo vedado a la sociedad y sus integrantes.

En resumen, ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer, el control convencional interno o la simple actividad protectora de los derechos humanos... El método de control difuso no debe considerarse un límite para la defensa de los derechos humanos, cuya exclusividad, insisto, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado porque la actividad protectora de los derechos humanos es una facultad genérica del gobierno y obligación de los ciudadanos.

Por ello, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia de control de convencionalidad

o implementar una simple actividad protectora de los derechos humanos: no limitada a jueces o autoridades del Estado sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa idea se logra comprender que la tendencia tutelar actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado, y por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere de preparación constante en materia de derechos humanos y de jurisprudencia internacional, pero también reconozco nuestro deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana, propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema reitero el principio de evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.³⁴

³⁴ Sobre los límites al intérprete de los derechos humanos véase Enrique Carpiño, *Derechos*, op. cit., pp. 83-94.

BIBLIOGRAFÍA

- Anzures Gurría, José Juan, "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio, 2010, México.
- Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa, 164a. ed., 2011.
- _____, et al., *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2a. ed., 2003, t. II.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. IX, 2009, México.
- Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales, interpretación constitucional, la corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011.
- _____, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011.
- Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- _____, "Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, julio-diciembre, 2011, México.

- Castilla, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2009, México.
- García Ramírez, Sergio, "El control judicial interno de convencionalidad", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año v, núm. 28, julio-diciembre, 2011.
- _____, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. iv, 2008, México.
- García Ramírez, Sergio y Julieta Sánchez, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- Héctor Fix-Zamudio, "Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica" en Javier Pérez Royo, et al., *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, t. i.
- _____, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2a. ed., 2011.
- Highton, Elena I., "Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad" en Armin von Bogdandy et al., (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- López Daza, Germán, "El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿Un gobierno de los jueces?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio, 2011, México.

- Mijangos y González, Javier, "La doctrina de la Drittwirkung der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos" en Arturo Zaldívar Lelo de Larrea et al. (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV.
- Sagüés, Nestor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo" en Armin von Bogdandy et al., (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.
- Sentís M., Santiago, *El Juez y el Derecho*, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- _____, *Informe Anual de Labores 2010. Anexo documental*, México, 2011.
- Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, México, Porrúa, 24a. ed., 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, España, Trotta, trad. Marina Gascón, 7a. ed., 2007.

EL ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DESDE
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

MTRO. CÉSAR AUGUSTO MENDOZA SALAZAR



Sumario: Introducción. Disertación sobre la justicia constitucional en el marco del Estado mexicano. 1. Estado constitucional de derecho. 2. Justicia constitucional. 3. Defensa judicial de la Constitución. a) Acción de inconstitucionalidad. b) Controversia constitucional. c) Juicio de amparo. Estudio de la falta de acceso a la justicia constitucional con un significado procesal constitucional. .1. Denegación de justicia sistémica. a). Suspensión. b) Improcedencia y definitividad. c) Sobreseimiento. 4. Control de convencionalidad.

INTRODUCCIÓN

la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en México el 10 de junio de 2011, puso al país en consonancia con el mundo, a raíz de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Rosendo Radilla Pacheco (desaparición forzada) contra México el 23 de noviembre de 2009.

En esa sentencia la CIDH (parágrafo 339) determinó que los juzgadores en México, se encuentran obligados a aplicar *ex officio* el control de convencionalidad en los procesos bajo su dirección.

Empero, a partir de la reforma en estudio, en México, el control de convencionalidad ha rebasado el fuero común (estatal), y la función jurisdiccional propiamente dicha del poder judicial de la federación, pues dicho control ha entrado en los procesos de control de constitucionalidad (función que también se encuentra encomendada a los tribunales federales). Así, entre otras cosas, la reforma constitucional referida eleva a rango constitucional a los tratados de derechos humanos, por lo cual, dentro de figuras procesales sumamente técnicas y de procedencia tasada (cerrada) como el juicio de amparo, por el cual se ventila la constitucionalidad de los actos autoritarios, es decir, el ajuste de esos actos a los derechos fundamentales previstos en el texto constitucional, se ha visto a los jueces encargados de ventilar la constitucionalidad, aplicando las normas previstas en el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros instrumentos internacionales, y a su vez no aplicando la legislación nacional vigente cuando han considerado que esta es contraria a dichos instrumentos, signados o ratificados por México.

Aunado a lo anterior, y ante los ejemplos de esa aplicación en diversos estados de la república mexicana, consideramos indispensable el inicio de estudios dirigidos a comprender el alcance del nuevo régimen de los derechos humanos en México, y sentar las bases que generen la doctrina, para su estudio en las aulas, y su correcta determinación en los tribunales.

En esta breve disertación se aborda el análisis del derecho de acceso a la justicia, en su vertiente constitucional, en cuanto a la participación de los tribunales federales mediante el control de convencionalidad, con una especial mención a la institución insigne del derecho mexicano.

DISERTACIÓN SOBRE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN EL MARCO DEL ESTADO MEXICANO

I. Estado Constitucional de Derecho

El estado constitucional de derecho implica la necesidad de que los principios y derechos establecidos en la ley fundamental sean respetados a cabalidad, de tal manera que cuando se trastoque el mandato primigenio pueda procederse a su reparación, en virtud del principio de supremacía de la Constitución, plasmado en el numeral 133 del máximo ordenamiento legal.

De poco serviría contar con una Constitución escrita y rígida si sus postulados no fueran respetados, en principio, de manera voluntaria, como una obligación de los funcionarios públicos adquirida al momento de protestar la sujeción de su conducta al mandato constitucional; por otra parte, cuando el orden constitucional haya sido alterado, el propio código político debe prever los instrumentos idóneos para su restauración.

La defensa de la constitución puede asentarse en dos sistemas, a saber: por órgano político, y por órgano jurisdiccional; en el primer caso, la custodia constitucional corresponde a un órgano ya existente dentro de los poderes constituidos, o bien, puede ser creado *ex profeso*; por el contrario, el control será judicial cuando sea un órgano de esa índole el que se encargue de la aludida defensa.¹

El control de la constitucionalidad por órgano judicial, a su vez, admite otra clasificación: por vía de acción, y por vía de excepción. En el primer supuesto, el afectado, por el actuar autoritario estimado inconstitucional, debe acudir a solicitar la declaración de inconstitucionalidad ante un órgano jurisdiccional competente, distinto (tratándose de actos jurisdiccionales) de aquel al que se atribuye el acto inconstitucional; en el segundo, se invoca por una de las partes dentro de un proceso la aplicación de una ley inconstitucional, a fin de que el propio juzgador realice una revisión y decida si la ley se ajusta o no al texto constitucional.

¹ Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 34a. ed., 2001, pp. 491 a 494.

En el caso mexicano opera la defensa de la constitución por órgano judicial y en vía de acción, destacando por definición, en sentido estricto, el juicio de amparo.²

Se ha suscitado un debate consistente en determinar si conforme a la parte final del artículo 133 de la Constitución, en México es posible el control difuso de la constitucionalidad, es decir, que los juzgadores locales (estatales) realicen el análisis de las leyes (locales) que les corresponda aplicar, y en caso de que consideren que no se ajustan a los dispositivos de la ley cimera, eviten su aplicación.

En efecto, no obstante la autorización precitada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que compete exclusivamente al poder judicial de la federación, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los actos autoritarios, de donde se concluye que en nuestro país no existe el control difuso de la constitucionalidad.

Conforme a lo anterior, hay una serie de medios de control constitucional en que no intervienen órganos formalmente jurisdiccionales, los cuales se han instituido con la finalidad de que el propio órgano del Estado al que se atribuye la violación constitucional, la repare voluntariamente, o bien, se imponga a su titular una sanción para evitar que continúe transgrediendo el orden impuesto por la ley fundamental. De dichos medios haremos breve mención enseguida.

2. Justicia Constitucional

La justicia constitucional es el cobijo que la Constitución, por medio de sus instituciones, proporciona a los ciudadanos en contra de actos autoritarios que lesionan los derechos por ella tutelados.

Sólo con el fin de ilustrar brevemente al lector, diremos que:

² Ignacio Burgoa, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 34a. ed., 1998, pp. 141 a 159.

La Constitución es concebida como un orden jurídico que constituye el Estado, determinando su estructura política, así como sus funciones, características, los poderes encargados de cumplirlas, los derechos y las obligaciones de los ciudadanos, y el sistema de garantías necesarias para el mantenimiento de la legalidad.³

Consideremos que la Constitución es la manifestación expresa del derecho positivo, y es considerada como la carta magna o carta fundamental del Estado.

En esta tesitura, podemos concluir que la Constitución es la ley fundamental de un Estado, la que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos, y los poderes e instituciones de la organización política.

Dentro de las expectativas de evolución del amparo en México, resalta la parte que corresponde al ámbito penal, en virtud de las necesidades reales de regulación y reforma en la materia, como por el punto sensible que se refiere a la procuración e impartición de justicia.

Dada la extendida y variada nomenclatura de esos conceptos en el ámbito legal y doctrinario se ha confundido el parámetro en que cada uno tiene presencia y aplicación.

Así, el título primero, capítulo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, históricamente denominado “De las garantías individuales”, obedeció a una nomenclatura del siglo, concretamente de 1917, cuando se promulgó la Constitución Federal vigente, por lo cual, incluso antes de la reforma constitucional de 2011, había cambiado la manera de entender los derechos y las garantías, en el plano filosófico y doctrinario, aun cuando en el derecho positivo hubieren continuado siendo nombradas de la misma manera, en parte quizá por el arraigo de la idea de “garantías” aun entre quienes no son estudiosos del derecho.

La razón de ser de la existencia del Estado se centra en la protección de los individuos que se encuentran subordinados a su poder, por ello, este debe actuar estrictamente dentro del marco descrito por la ley suprema, y las demás leyes que de ella emanen, pues para

³ Rafael de Pina et al., *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 34a. ed., 2003, p. 184.

los individuos subordinados al poder del Estado, es indispensable contar con mecanismos idóneos que regulen aquellas situaciones donde los órganos de poder no respeten las normas jurídicas.

El valor histórico y axiológico de las, hasta hace poco, garantías individuales, les colocaba como los requisitos mínimos que debía cumplir una autoridad para incidir válidamente en la esfera jurídica del gobernado, es decir, el cúmulo de reglas por las cuales se debía filtrar el acto autoritario, para no trastocar los derechos primordiales de los sujetos que se encontraban bajo el imperio del Estado.

En la actualidad, es clara la diferencia que existe entre derechos y garantías, los primeros, concebidos como facultades o potestades de acción o de omisión, cuya titularidad corresponde a determinadas personas, y las segundas, entendidas como los instrumentos procesales creados para la protección de esos derechos.

Es claro que la existencia de un derecho a favor de una persona, sin importar la norma que lo reconozca, no asegura el respeto de ese derecho, por parte de quien tiene la obligación de hacerlo, dado lo cual es necesario un medio reparador de la transgresión del referido derecho, a efecto de que su titular lo siga disfrutando.

Lo anterior es así porque la relación de supra a subordinación que existe en el ámbito del derecho constitucional entre el gobernado y el Estado, supone la existencia de un imperio a favor de este para hacer cumplir sus determinaciones, actos unilaterales cuyo cumplimiento es obligatorio, por lo cual los derechos previstos en el título primero, capítulo I, antes referidos, operan entre el Estado y el gobernado; constituyen potestades a favor del gobernado y al mismo tiempo obligaciones a cargo del Estado.

En el plano constitucional, existen derechos constitucionales y también garantías constitucionales. Los derechos de libertad, de igualdad, de seguridad jurídica y de propiedad, son potestades cuya titularidad corresponde al particular, y cuyo cumplimiento irrestricto está a cargo del Estado, se hallan previstos no sólo en la parte dogmática de la Constitución, sino en toda la extensión de la ley suprema y aún en otras normas de carácter general; por otra parte las garantías constitucionales son aquellos instrumentos procesales

de tutela constitucional, es decir, medios procesales de control de la constitucionalidad, los cuales pueden tener naturaleza preventiva, reparadora y sancionadora.

Sin perjuicio de lo anterior, y toda vez que el texto constitucional reformado aún no ha sido suficientemente estudiado, debemos acudir a sus diversos preceptos, y a realizar una interpretación constitucional acorde con los tratados internacionales a fin de desentrañar el significado de “los derechos humanos y sus garantías” a que alude el numeral 1 de la Constitución federal vigente.

Ante ese reto, de la mano del numeral 29 de la propia Constitución, así como el texto de la Convención Americana de Derechos Humanos, podemos inferir, que los derechos humanos son las potestades relacionadas con la dignidad de las personas, y que encierran una prerrogativa en su favor, tendiente a la conservación de esa dignidad.

Por otra parte, las garantías de esos derechos son los medios facilitadores del cumplimiento y observancia de esas prerrogativas, o lo que la referida Convención Americana determina como “garantías judiciales”; las cuales, por supuesto, son distintas de las garantías constitucionales arriba mencionadas, y que de acuerdo con el orden jurídico mexicano son las siguientes:

- a) Juicio de amparo.
- b) Acción de inconstitucionalidad.
- c) Controversia constitucional.
- d) Juicio para la protección de los derechos político electorales.
- e) Juicio de revisión constitucional electoral.
- f) Juicio político.
- g) Organismos autónomos protectores de los derechos humanos.

Entre las garantías constitucionales, el juicio de amparo es el único medio de control de naturaleza reparadora al alcance de los particulares. La cuestión se centra en determinar si dicho proceso o recurso (según se trate en la vía directa o indirecta), sigue obedeciendo a los altos fines para los que fue concebido, o si, por el contrario, se ha tornado inalcanzable para la mayoría de los gobernados, ya que el acceso a la justicia constitucional no llega a los administrados por razones de distancia, centralismo, situación económica, entre otras, aunado a la falta de idoneidad de los medios de defensa, y a la excesiva casuística e improcedencia del juicio de amparo, así como la inusual improcedencia de la suspensión del acto reclamado, lo cual combinado con la falta de acceso a la justicia ordinaria civil, penal, laboral y administrativa, deja al gobernado en una franca situación de denegación de justicia.

3. Defensa Judicial de la Constitución

Las garantías constitucionales,⁴ es decir, los instrumentos procesales más importantes dentro del sistema de defensa judicial de la Constitución, en México, son la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo.⁵

Las tres instituciones jurídicas revisten naturaleza diversa entre sí, derivada de la distinta connotación filosófica y teórica que las caracteriza. Al existir necesidades muy distintas de tutela constitucional se requieren medios de defensa variados (preventivos, represivos y reparadores), que aseguren el imperio de la Constitución contra los actos –leyes, sentencias y actos administrativos– que pretendan vulnerar sus principios.⁶

A) Acción de Inconstitucionalidad

La base teórica para instaurar el medio de defensa en estudio, es la llamada *jurisdicción constitucional orgánica*, la cual se dirige hacia la protección directa de los principios constitucionales, que consagran las atribuciones de los órganos del Estado, en específico, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, también llamado control abstracto de las disposiciones legislativas.⁷

4 Dentro de ella se ubican también: el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político electorales, previstos en el artículo 99, fracciones iv y v, respectivamente, de la Constitución General de la República. Empero, dada la especificidad de la presente disertación, las aludidas garantías no serán abordadas, para profundizar sobre el tema se sugiere consultar la obra del dr. Héctor Fix Zamudio, *Introducción al derecho procesal constitucional*, FUNDAP, México, 2002 (Colección Derecho, Administración y Política).

5 Rolando Tamayo y Salmorán, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontarama, 2a. reimp., 2006, pp. 240 a 242.

6 Héctor Fix Zamudio, *Introducción*, op. cit., pp. 72 a 78.

7 *Ibid.*, pp. 113 a 121.

En cuya virtud, un sector minoritario de los legisladores, y algunos otros sujetos de derecho público, pueden impugnar una norma general publicada, por considerar que su texto no es conforme a la Constitución.

El artículo 105, fracción II de la carta magna, en virtud de la reforma constitucional del 31 de diciembre de 1994, dispone que el equivalente al 33% de los integrantes de diversos órganos legislativos, el titular de la Procuraduría General de la República; y, gracias a la reforma constitucional de agosto de 1996, también las dirigencias de los partidos políticos afectados (tratándose de leyes electorales), pueden interponer ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, una acción de inconstitucionalidad en contra de normas de carácter general, cuyo texto se estime contrario a la Constitución. El proceso respectivo se detalla en la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

b) Controversia Constitucional

La controversia constitucional como medio de control de la constitucionalidad, tiene su origen en la *jurisdicción constitucional orgánica*, pero a diferencia de la acción abstracta de inconstitucionalidad, el fin que persigue es la resolución de los conflictos entre los diversos órganos del poder, en lo referente a sus facultades y competencias.

En los estados federales como el nuestro, surgieron debido a la necesidad de resolver las controversias suscitadas entre los poderes locales y federales, acerca de las competencias establecidas en las constituciones federales, así como para resolver los denominados *conflictos de atribución*, es decir, los que surgen entre los órganos constitucionales, y que deben solucionarse en acatamiento al principio de división de poderes.

De acuerdo con el artículo 105, fracción I de Constitución, la Suprema Corte de Justicia conocerá y resolverá, de conformidad con lo preceptuado por la aludida ley reglamentaria, las controversias constitucionales que, con motivo de las facultades conferidas por la Constitución, surjan entre la federación, el Distrito Federal, estados y municipios, así como entre poderes en los distintos niveles.⁸

⁸ Héctor Fix Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, Porrúa, 3a. ed., 2003, pp. 206 a 210.

c) Juicio de Amparo

Se han escrito tratados completos acerca del juicio constitucional, motivo por el cual no pretendemos en unas líneas definir jurídicamente dicho proceso, mucho menos agotarlo, sólo diremos que constituye el medio de control de la constitucionalidad, por órgano jurisdiccional y en vía de acción, con que cuentan los gobernados para combatir los actos de autoridad lesivos de los derechos humanos y sus garantías, sea que se encuentren consagrados en la Constitución Federal o en los tratados internacionales, a cuya sustanciación concurren una serie de características que lo distinguen profundamente de otros medios de control.

Es un instrumento procesal constitucional caracterizado por su función reparadora de las violaciones a los derechos de los ciudadanos. Se sitúa dentro de lo que la doctrina ha denominado *jurisdicción constitucional de la libertad*, sistema al que pertenecen otras figuras pertenecientes al derecho comparado como el *habeas corpus* o la *judicial review*.

Con independencia de su formulación previa a las reformas constitucionales contenidas en los decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* los días 6 y 10 de junio de 2011, consideramos oportuno verter los conceptos de amparo transcritos a continuación:

El amparo es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa un agravio en su esfera jurídica, y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia, por su inconstitucionalidad o ilegalidad en el caso concreto que lo origina.⁹

Por su parte, Juventino V. Castro considera para fines de comprensión completa y objetiva, la siguiente definición de amparo:

El amparo es un proceso concentrado de anulación –de naturaleza constitucional– promovido por vía de acción, reclamándose actos de autoridad, y que tiene como finalidad el proteger exclusivamente a los quejosos contra la expedición o aplicación de

⁹ Ignacio Burgoa, *El juicio*, op. cit., p. 173.

leyes violatorias de las garantías expresamente reconocidas en la Constitución; contra los actos conculcatorios de dichas garantías; contra la inexacta y definitiva atribución de la ley al caso concreto; o contra las invasiones recíprocas de las soberanías, ya federal, ya estatales, que agraven directamente a los quejos, (sic) produciendo la sentencia que conceda la protección el efecto de restituir las cosas al estado que tenían antes de efectuarse la violación reclamada –si el acto es de carácter positivo–, o el de obligar a la autoridad a que respete la garantía violada, cumpliendo con lo que ella exige, si es de carácter negativo.¹⁰

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 103 constitucional, existen dos tipos de amparo: por violación de derechos humanos y sus garantías;¹¹ y por invasión de esferas competenciales, según se advierte de las tres fracciones que lo componen:

Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
- II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y
- III. Por normas generales o actos de las autoridades de los estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

Debe precisarse que en ambos casos el agravio recae sobre el particular, es decir, tanto en el amparo por violación de derechos y garantías, como en el amparo por invasión de competencias, es el gobernado quien resiente el menoscabo generado por el actuar autoritario inconstitucional. Asimismo, independientemente de que conforme al texto constitucional la protección del amparo podría considerarse restringida al título primero, capítulo primero del código político, con base en lo estipulado por los numerales 1º y 16

¹⁰ Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, México, Porrúa, 12a. ed., 2002, p. 355.

¹¹ Aun cuando la noción actual de garantía individual ya no corresponde a la concebida en la época de redacción del precepto en cita, respetamos el texto constitucional, por ser derecho vigente, con la aclaración de que la verdadera garantía es el propio juicio constitucional. Juventino V. Castro, *Garantías*, op. cit., p. 26.

del ordenamiento en cita, la protección del amparo se extiende a la totalidad del texto primigenio, así como a los derechos previstos en ordenamientos legales secundarios y en tratados internacionales.

ESTUDIO DE LA FALTA DE ACCESO A LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL CON UN SIGNIFICADO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1. Denegación de Justicia Sistémica

Enumeramos algunas situaciones que a nuestra consideración han obstaculizado la impartición de justicia en México, entendiéndose el juicio de amparo directo, como la última oportunidad de acceder a la justicia en controversia jurisdiccional,¹² y el indirecto como uno de los medios más eficaces para combatir los actos de autoridad con la mayor celeridad, ventilándose en ellos la constitucionalidad de los mencionados actos.

a) Suspensión

Una de las figuras trascendentales en materia de justicia constitucional, es la suspensión del acto reclamado (en amparo), dicha institución tiene como objetivo mantener las cosas en el estado en que se encuentran, una vez interpuesto el medio de defensa, hasta en tanto se dicte la resolución correspondiente, protegiendo al interesado de una posible ejecución irreparable con la que el fondo del proceso quedaría sin materia.

Esta medida precautoria reviste algunos inconvenientes, esto es así porque cuando la autoridad administrativa actúa en ejercicio de sus facultades, no puede ser sustituida en ellas sino a través de una sentencia que resuelva el fondo del negocio, motivo por el cual es común que, una vez negada la suspensión, la autoridad emisora del acto enjuiciado proceda con la ejecución del mismo, dejando sin materia el juicio respectivo, en franco perjuicio para el demandante, toda vez que al ejecutarse un acto de un modo irreparable, se actualiza una causa de improcedencia que derivará en el sobreseimiento del juicio.

¹² No debemos olvidar que en materia fiscal existe la revisión contenciosa administrativa, equivalente al juicio de amparo directo y cuya interposición compete a las autoridades fiscales, en defensa de los intereses de la hacienda pública.

b) Improcedencia y Definitividad

Las causas de improcedencia son aquellos supuestos jurídicos que determinan el desechamiento de la demanda por parte del tribunal sin que se entre al estudio del asunto, y por ser disposiciones de orden público, son de estudio preferente, lo aleguen o no las partes.

Hemos relacionado en este mismo punto el principio de definitividad en virtud de que la jurisdicción de amparo exige que el acto sometido a su consideración no admita recurso alguno, por el cual pueda ser revocado o modificado, razón por la cual, para el caso de que el particular no observe el mencionado principio su demanda será desechada por improcedente.

Consideramos que esta es una de las causas del rezago en la justicia constitucional; con base en lo señalado, nos atrevemos a decir que en México, muy pocos pueden acceder a una verdadera justicia constitucional, primero, porque la materia procesal constitucional desde las aulas no es considerada por la mayoría de los programas de estudio; y segundo, porque la práctica legal de esa rama del derecho exige la especialización del abogado, por lo que no es un área donde abunden los especialistas.

Así, los postulantes que han desarrollado la especialización que les permite defender los derechos fundamentales y el orden constitucional con éxito, cobran altos honorarios por su trabajo, los cuales se encuentran, por mucho, lejos del alcance de las mayorías. La complicación expuesta ha tratado de resolverse por medio de los defensores públicos adscritos al Poder Judicial de la Federación, así como a distintos tribunales locales, empero, por su número, tales defensores han sido insuficientes para desarrollar la tarea encomendada, de donde consideramos que el conflicto subsiste.

c) Sobreseimiento

Para Ignacio Burgoa el sobreseimiento es un acto procesal proveniente de la potestad jurisdiccional, que concluye una instancia judicial, sin resolver el negocio en cuanto al fondo, sustantivamente, sino atendiendo a circunstancias o hechos ajenos, o al menos diversos, de lo sustancial de la controversia subyacente o fundamental.¹³

¹³ Ignacio Burgoa, *El juicio*, op. cit., p. 413.

Con toda la intención de evidenciar la insuficiencia de recursos –humanos y materiales– que aqueja al poder judicial de la federación, en nuestra opinión, algunos de los acuerdos dictados al interior de los órganos jurisdiccionales, en buena medida, pretenden dejar de resolver las controversias en cuanto al fondo y sólo las resuelven sobreseyendo, es decir, sin entrar al estudio de la controversia misma, por lo que colocan a los ciudadanos en un nivel de indefensión.

Baste decir que el poder judicial de la federación ha emitido criterios que dejan de lado la protección del quejoso en un momento jurídico dado, sobreseyéndole en el juicio de amparo, fundando dicha decisión en lo que se ha dado en llamar actos futuros no inminentes, para después de ejecutado el acto, nuevamente hacer nugatoria la justicia de la unión, cuando esa ejecución sea de naturaleza irreparable.

En ese tenor, en la impugnación de leyes en amparo indirecto, se evidencia que la concepción de autoaplicatividad y heteroaplicatividad, se presta para decretar muchos sobreseimientos, en contravención con los principios que norman el juicio de amparo, bajo una noción poco acertada de interés jurídico, y de la existencia de un agravio personal y directo.

Otra de las razones para sobreseer en el juicio de amparo, es la aplicación del principio de estricto derecho, en virtud del cual el acto autoritario será apreciado exclusivamente a la luz de los conceptos de violación expresados por el quejoso, sin que se pueda realizar la suplencia de la queja deficiente, salvo en determinados casos previstos en el numeral 76 bis de la Ley de Amparo, el cual, en su fracción II, ordena su aplicación sólo en favor del inculpado, no de la víctima.

Tales son las razones que nos llevan a concluir que algunas instituciones jurídicas trascendentales como la que se discute, no deben quedar al arbitrio de los juzgadores, máxime si pensamos que después del juicio constitucional el quejoso no cuenta con ninguna otra instancia para defender su derecho, –excepción hecha del recurso de revisión, que dicho sea de paso es aún más estricto que la primera instancia– en tal virtud deberá controlarse el acceso a la justicia, así como su impartición bajo los principios protectores que animan el mencionado medio de defensa, so pena de devaluar como en ocasiones sucede, uno de los más nobles sistemas para la protección de los particulares frente a los actos autoritarios ilegales.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Si bien desde hace algún tiempo los estudiosos del derecho internacional de los derechos humanos han sostenido que la jurisdicción internacional ha sido obligatoria para México, aun en oposición al derecho interno, con independencia de que el texto constitucional no lo estableciera expresamente, esa aseveración no había permeado en la generalidad de los juzgadores nacionales, los cuales seguían privilegiando la aplicación de la legislación nacional.

Han dado cuenta de ello las diversas sentencias de la CIDH, la cual, por cierto, ha corroborado la opinión de los juristas referidos, entre la que podemos destacar, por su trascendencia en el orden jurídico mexicano, la sentencia del 23 de noviembre de 2009, relativa al caso Rosendo Radilla Pacheco (desaparición forzada) en donde, entre otras cosas, la CIDH se pronuncia a favor de la obligación de los jueces nacionales de aplicar las disposiciones del pacto de San José de Costa Rica, aún de oficio y en contra de la legislación nacional.

El hecho de no haber encontrado resolución favorable en los tribunales mexicanos, compelió a los interesados a buscar la justicia internacional, lo cual trascendió incluso al texto constitucional actual.

El numeral 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala a la letra:

Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Por su parte, el párrafo 339 de la sentencia citada establece:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un

tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El régimen actual de los derechos humanos en nuestro país, y la obligación de promover, respetar, proteger y garantizarlos, se señala en el numeral 1 que señala que la aplicación de las normas deberá realizarse de acuerdo con la interpretación que más beneficie al titular del derecho. Para el caso de que una norma admita varias interpretaciones deberá prevalecer la que vaya de acuerdo con la norma constitucional o con el tratado internacional.

La obligación en estudio fue reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al señalar que la totalidad de los jueces en México (sin importar el fuero) deberían aplicar el control difuso de convencionalidad.

Posterior a la reforma de 2011, hemos notado un cambio en el rostro de la justicia federal mexicana, por cuanto a la tutela de los derechos se refiere en los procesos de control de constitucionalidad (concretamente en el juicio de amparo), pues es ahí donde la aplicación estricta del derecho interno, más de una vez dejó sin defensa a quienes acudían a solicitar la protección de un derecho. Ha operado una apertura tutelar, con base en el ejercicio del control de convencionalidad, aún de oficio dentro de los referidos procesos.

Citamos algunos ejemplos de control de convencionalidad dentro de los juicios de amparo.

- A. Amparo indirecto 908/2011-V del índice del juzgado tercero de distrito en el estado de San Luis Potosí.

En este asunto, en donde el acto reclamado fue una orden de arraigo, el juez del conocimiento, previo control de convencionalidad oficioso, estimó que el numeral 168 del Código de Procedimientos Penales de esa entidad federativa es jurídicamente incompatible con los diversos numerales 7.5, 8.2 y 22.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, motivo por el cual decidió otorgar el amparo solicitado por el quejoso.

Como comentario al margen, creemos pertinente precisar que la razón principal por la cual se llegó a una sentencia en este proceso de amparo, fue que la orden de arraigo no había sido ejecutada, por lo cual su trámite no se encontraba supeditado a la posibilidad de un cambio de situación jurídica que diera lugar al sobreseimiento.¹⁴

- B. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2a. CXXXVII/2002 Y 1a./J. 26/2003).

De conformidad con los artículos 1o. y 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el primero en su texto vigente a partir del 11 de junio de 2011), los jueces nacionales deben respetar inicialmente los derechos humanos establecidos en la Constitución federal, y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Asimismo, deben acudir tanto a los criterios emitidos por el poder judicial de la federación, como a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos para evaluar si existe algún derecho que resulte más favorable, y procure una protección más amplia del que se pretende proteger. En este sentido, en ejercicio del control de convencionalidad, lo dispuesto en el artículo 76 Bis, fracción II, de la Ley de Amparo, y en las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003, de rubros: "OFENDIDO

¹⁴ César Augusto Mendoza Salazar, "Reflexiones sobre la eliminación del arraigo", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 19, enero-febrero, 2011, Cuarta Época, México, pp. 98-100.

EN MATERIA PENAL. NO SE ACTUALIZA EN SU FAVOR LA SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE.” Y “OFENDIDO EN MATERIA PENAL. NO PROCEDE LA SUPLENCIA DE LA QUEJA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO A FAVOR DE AQUÉL CUANDO COMPAREZCA COMO QUEJOSO EN EL JUICIO DE GARANTÍAS.”, publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. xvi, noviembre, 2002, p. 449 y su *Gaceta*, t. xviii, agosto, 2003, p. 175, relativo a que la suplencia de la queja deficiente en materia penal sólo opera tratándose del reo, no son acordes con los instrumentos internacionales, como son: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 7 y 8); el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículo 17); la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto San José Costa Rica” (artículo 25) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II), de cuyos preceptos se advierte que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de esta. Por tanto, ante la obligación que tienen los órganos judiciales de cualquier nivel, de analizar si determinada norma jurídica es acorde con los tratados en materia de derechos humanos, es conveniente que en los conceptos de violación o agravios de la víctima u ofendido deje de aplicarse el citado artículo 76 bis, fracción II, de la Ley de Amparo, que señala que en materia penal, la suplencia opera aún ante la ausencia de conceptos de violación o de agravios del reo, así como las tesis 2a. CXXXVII/2002 y 1a./J. 26/2003 en cita; ello en razón de que, al tener los derechos de la víctima y del ofendido la misma categoría e importancia que los que se otorgan al inculpado, deben tener, sin distinción, igual protección, además de que al tener una protección a nivel constitucional, no puede obligárseles al cumplimiento de formulismo alguno al momento de elaborarlos, que de no cumplirlos se les limite la protección de sus derechos; suplencia con la que se da preferencia a lo previsto en los instrumentos internacionales aludidos, que disponen que todas las personas son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, el mismo derecho a su protección cumpliendo así con el mandato previsto en el artículo 1o. constitucional.

[J]; 10a. época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; libro v, febrero de 2012, t. 3; pág. 2218. Noveno Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

En este criterio de jurisprudencia por reiteración, el tribunal federal no aplica el contenido del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, pues lo estima contraventor de diversas disposiciones internacionales relativas a la igualdad en el derecho a la protección de la ley.

- C. Amparo Indirecto 1471/2011 del índice del juzgado cuarto de distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, resuelto por el Juzgado Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Segunda Región.

En este juicio de amparo, el juzgador analiza la constitucionalidad de una resolución judicial que niega el trámite a la promoción de una de las partes en el juicio natural, debido a que no se hallaba autorizada por la firma de su abogado patrono, tal como lo exige el código procesal local, el juez decidió otorgar el amparo, ya que a su consideración, el juez del conocimiento se encontraba obligado a realizar un control de convencionalidad, y dejar de aplicar la norma adjetiva dada su contradicción con el numeral 17 de la Constitución Federal, así como los diversos numerales 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Vemos con beneplácito que las reformas constitucionales en materia de amparo, y preponderantemente la de derechos humanos, han cambiado el rostro del poder judicial de la federación en cuanto a la impartición de justicia constitucional. Como puede observarse, el ejercicio de la facultad de controlar la convencionalidad ha permitido a los juzgadores de amparo reducir algunas de las causas que obstaculizan el acceso a la justicia constitucional de los particulares.

En otros términos, la existencia de un sistema de protección para los derechos, que permita evidenciar la inconsistencia, incluso de normas de la Ley Suprema, con los instrumentos internacionales de derechos humanos, ponen a México en el sitio adecuado para replantear y discutir temas como los límites a la reforma de la Constitución, así como la rendición de

cuentas en el ejercicio de la facultad de su poder revisor, circunstancias que hasta hace poco parecían impensables.

Hacemos votos para que en esta nueva época del poder judicial de la federación, el control de convencionalidad sea la primera luz para el cabal cumplimiento del mandato previsto en el numeral 17 de la Constitución federal, en el ámbito de la justicia constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

- *Burgoa, Ignacio, El juicio de amparo, México, Porrúa, 34a. ed., 1998, pp. 141 a 159.*
- *Castro, Juventino V., Garantías y amparo, México, Porrúa, 12a. ed., 2002, p. 355.*
- *De Pina, Rafael et al., Diccionario de derecho, México, Porrúa, 34a. ed., 2003, p. 184.*
- *Fix Zamudio, Héctor, Introducción al derecho procesal constitucional, FUNDAP, México, 2002 [Colección Derecho, Administración y Política].*
- _____, *Ensayos sobre el derecho de amparo, México, Porrúa, 3a. ed., 2003, pp. 206-210.*
- *Mendoza Salazar, César Augusto, "Reflexiones sobre la eliminación del arraigo", Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 19, enero-febrero, 2011, Cuarta Época, México, pp. 98-100.*
- *Tamayo y Salmorán, Rolando, Introducción al estudio de la Constitución, México, Fontarama, 2a. reimp., 2006, pp. 240 a 242.*
- *Tena Ramírez, Felipe, Derecho Constitucional Mexicano, México, Porrúa, 34a. ed., 2001, pp. 491 a 494.*

**ANÁLISIS DE PROBLEMAS PRÁCTICOS A PARTIR DE LA
IMPLEMENTACIÓN DEL SISTEMA DE REINSERCIÓN SOCIAL.
LA COEXISTENCIA DE DOS SISTEMAS.**

ELSA CORDERO MARTÍNEZ¹

¹ Titular de la ponencia 1 de la sala penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tlaxcala. Integrante de la CORESEIUTLAX; enlace del poder judicial ante la Comisión Estatal para la Implementación del Sistema de Reinserción Social en el Estado de Tlaxcala e integrante del Sistema Penitenciario y de Reinserción Social del Estado de Tlaxcala. Docente Certificada por SETEC.



Sumario: Introducción. 1. Reforma constitucional de junio de 2008 2. Plazos constitucionales que han fenecido 3. Principios de ejecución de sanciones penales 4. Operación de una nueva ley, Implementación del sistema de reinserción social. 4.1 Comisión interinstitucional 4.2 Juez de ejecución 4.2.1. Inicio de funciones. 4.3 Contraste entre dos sistemas 4.3.1. Audiencia oral ante juez de ejecución. 4.3.2 Sistema mixto. Segunda instancia 4.3.2.1 Tramitación del recurso 4.3.2.2 Valoración de pruebas 4.3.2.3 Ley aplicable 4.3.2.4 Suplencia de deficiencia de agravios 4.4. Existencia de un nuevo código de procedimientos penales 5. Y mientras tanto.

INTRODUCCIÓN

Con el ánimo de reflexionar sobre un problema práctico que se nos presenta a los juzgadores locales de aquellos estados en los que ya tiene vida jurídica el sistema de reinserción social y la judicialización de la ejecución de sanciones, se analiza desde una perspectiva de segunda instancia, la coexistencia entre dos sistemas que resultan ser contrastantes, y la estricta legalidad de la que deben derivarse los actos de los tribunales de alzada. El ensayo se construye desde el nivel normativo, y en él deben expresarse dos advertencias. La primera se considera un universo relativamente pequeño de casos, pues se trata de los primeros tocas de ejecución que han dado origen al planteamiento, y en la segunda, el análisis se plantea sin emitir opiniones particulares o adelantar decisiones, porque, tratándose de la actividad jurisdiccional, los magistrados tenemos que limitarnos de anunciar posturas o enfoques, lo contrario representaría una falta al deber que nos ocupa.

Sin embargo y pese a lo anterior, la participación parece significativa, pues se parte de las normas que dieron vida a la actuación del juez de ejecución, y se presenta lo que aconteció a partir de la reforma constitucional, las decisiones que se tomaron en mi entidad federativa, pudiendo ser incluso superadas por aquellas entidades que transitan en la responsabilidad de generar el sistema de reinserción, y de ser un apoyo o referencia para que, desde el diseño legislativo, puedan prevenirse problemáticas procesales futuras, por lo que la contribución a través de estas líneas, sería pertinente.

REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2008

como respuesta a una profunda crisis en el sistema penal mexicano, a una exigencia ciudadana e internacional,² en junio de 2008 se publica el decreto por el que se reforman diversos ordenamientos constitucionales, dando vida al sistema penal acusatorio mexicano.

Parece que, mediáticamente, el tema se ha centrado en la importancia y relevancia para los juicios orales, tal vez porque en la mente del ciudadano la comparación automática entre un sistema meramente documental se contrasta con las elegantes salas de audiencia en las

² En su obra *Los Juicios Orales en México*, Miguel Carbonell cita: " Aunque se ha debatido con intensidad acerca de su contenido y sobre las ventajas y riesgos que ofrece, lo cierto es que casi todos los que la han comentado, reconocen que se trata de una reforma que no solamente era necesaria sino urgente... el procedimiento penal mexicano está en completa bancarrota: es muy caro y no satisface ni garantiza los derechos de las víctimas, de los procesados y de los agentes de la autoridad que intervienen en su desarrollo. Lo cierto es que en el caso de la reforma, el impulso inicial provino de la sociedad civil."

que los jueces dirigen un debate ante las partes, que están en igualdad de armas, lo que se identifica con un sistema que prevalece en nuestro vecino país del norte.

Pero no hay nada más alejado de la realidad que dotar de importancia a la gran transformación que lleva consigo el texto constitucional, que ubicarse en ese único tema, y tampoco hay nada más incorrecto que creer que los juicios orales mexicanos serán una copia del sistema estadounidense.

Expresemos el por qué de dichas afirmaciones. La reforma constitucional de 2008 integra en sí seis importantes ejes:

- a. Sistema penal acusatorio. La nueva forma del procesamiento penal;
- b. Delincuencia organizada y su régimen;
- c. Competencia para narcomenudeo;
- d. Sistema de seguridad pública;
- e. Justicia restaurativa, y
- f. Sistema de reinserción y judicialización de la ejecución de penas.

Explicar cada uno de ellos, bien equivaldría a dedicar un artículo por tema, en este artículo nos centraremos en último de ellos, haciendo énfasis en los principios que sustentan el primero.

Uno de los aspectos sustanciales de la reforma, consistió en dejar atrás el sistema de readaptación, para dar paso al sistema de reinserción, cuya base ya no es sólo el trabajo, la capacitación y la educación para el imputado, sino también la salud y el deporte. La prisión preventiva como excepción, obviamente traerá aparejada, a mediano y largo plazo, una disminución en el número de imputados que están detenidos, mientras se

determina su culpabilidad o no, sustituyendo este número por un aumento de aquellos que, en estas mismas circunstancias, gozan de otro tipo de medidas cautelares.

Otra innovación consistió en la judicialización de la ejecución de penas³ pues ahora su imposición, modificación y duración son propias y exclusivas de un funcionario judicial denominado juez de ejecución, dejando el trabajo de administración de los centros penitenciarios al poder ejecutivo, pero la decisión sobre los cambios en las penas al poder judicial.

Al respecto la constitución mandata:

Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad, habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. La federación, los estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

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. VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. B. De los derechos de toda persona imputada: IX. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por

3 En la recopilación de penencias realizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y SETEC sobre el nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional, se expone en la conferencia Reinserción Social y Función de la Pena por Jorge Ojeda lo siguiente: "Que la ejecución de las penas deba ser sometida al control jurisdiccional, es una idea relativamente nueva. En efecto, en el desenvolvimiento teórico de la ciencia penitenciaria hemos pasado por las etapas históricas en que a los detenidos-procesados o condenados no les venía reconocido ningún derecho, excepto el de defensa y generalmente eran sometidos al arbitrio que a menudo se traducían en abusos y despotismos por parte de los funcionarios de la administración penitenciaria. Hoy en día y por supuesto estamos hablando de experiencias modernas extranjeras, nada de esto es posible, ya que el derecho de ejecución de penas es considerado en algunos países europeos como una prosecución del Código de Procedimientos Penales y esto ha reafirmado la idea de que la ejecución de penas es en realidad una relación jurídica, toda vez que el detenido no pierde, por el solo hecho de estar privado de su libertad la calidad de sujeto jurídico... En todos los ordenamientos jurídicos, por lo general, los derechos subjetivos reconocidos al individuo se asocian a la idea de la protección jurídica de dichos derechos, que vienen siempre garantizados por el poder judicial, toda vez que la autoridad administrativa no juzga jamás los derechos subjetivos, sino que comúnmente, juzga los intereses legítimos en armonía con los intereses sociales; en cambio, la característica de la jurisdicción es precisamente aquella de tutelar los derechos subjetivos que pertenecen al individuo. Vale la pena recordar que el principio de intervención del juez en la ejecución penal fue propugnada por la Escuela Positiva, que partiendo del supuesto de que la relación de la ejecución penal representa la prosecución de la relación jurídica entre el Estado y el autor del delito, se hizo propagadora de la intervención del juez en la ejecución penal, con las tareas principales de interpretar la sentencia, decidiendo los contrastes que eventualmente surgen entre el Estado que procede a la ejecución y el condenado que la sufre, y además vigilar la ejecución misma de las penas", pp. 347-348.

cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo. 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. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. c. De los derechos de la víctima o del ofendido: iv. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si se ha emitido una sentencia condenatoria.

Artículo 21. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

PLAZOS CONSTITUCIONALES QUE HAN FENECIDO

Estas transformaciones, como todas las que lleva aparejada la reforma constitucional, representan grandes retos para la federación, las entidades federativas y el Distrito Federal. Y como resulta obvio, la norma constitucional también determinó los plazos para esta implementación, ocurriendo que para el tema que se aborda consideró que el nuevo sistema de reinserción, el régimen de modificación y duración de penas, entraría en vigor cuando lo estableciera la legislación secundaria correspondiente, pero teniendo como plazo máximo tres años contados a partir de la publicación del decreto, es decir, el 18 de junio de 2011.⁴

La *vacatio legis*, que parecía corresponder a un plazo justo para insertar los cambios requeridos, ya en la práctica, resultó ser apenas el mínimo indispensable. En el cumplimiento de la norma, 25 entidades cumplieron en tiempo las disposiciones transitorias, lo que representa 78% del total de entidades obligadas.⁵

4 Art. quinto transitorio.

5 A junio de 2012, todavía se encuentran siete iniciativas de ley en proceso de discusión en los congresos locales.

PRINCIPIOS DE EJECUCION DE SANCIONES PENALES

Los principios mínimos sobre los que deben descansar las leyes que se ocupan de la ejecución de las sanciones penales son:

Debido proceso. Como todos los procesos en el país, el de ejecución debe estar ajustado a la Constitución como base primordial, y a todas las leyes de la materia, la ejecución debe darse sobre la determinación de la sentencia que dicta la autoridad judicial.

Dignidad. El respeto a la dignidad humana debe ser considerado como la base para la ejecución, no se pueden afectar los derechos de los sentenciados no limitados, o suspendidos por la propia sentencia.

Igualdad. Entre los sentenciados no debe haber trato desigual por razón de origen étnico, raza, idioma, género, edad, discapacidad, condición social o económica, religión, ideologías partidistas, preferencias, estado civil.

Trato humano. La integridad física, psíquica, moral y la dignidad de las personas sometidas a sanciones penales, no debe ser limitada o violentada mediante tratos crueles o inhumanos.

Ejercicio de derechos. Se refiere a la posibilidad de ejercer todos aquellos derechos civiles, sociales, económicos y culturales que los sentenciados tienen como personas, exceptuándose aquellos que son incompatibles con el sentido de su sentencia, o que fueren restringidos por la norma constitucional. Los sentenciados podrán ejercer durante la ejecución de la pena, los derechos que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos les otorgan.

Jurisdiccionalidad. Es el juez de ejecución el encargado de garantizar que la ejecución de las penas y las medidas de seguridad se ejecuten en los términos de las sentencias, debiendo resolver la procedencia de las mismas sobre lo que determina la ley.

Celeridad. Los actos procesales deben desarrollarse con la premura y prontitud que el mismo estado de la ejecución de la pena exija.

Inmediación. Es la observancia directa del juez de ejecución, con la participación de las partes, sobre la que deben llevarse a cabo todas las audiencias y actos procesales que sean necesarios en el procedimiento de la ejecución de las penas. Esta facultad no puede delegarse por el juez en otras personas o funcionarios.

Confidencialidad. Sólo las autoridades competentes, y las partes directamente interesadas, podrán enterarse del contenido de los expedientes de las personas sujetas a ejecución de penas, su manejo y custodia deben realizarse con el cuidado correspondiente.

Resocialización. El objetivo del sistema de ejecución de penas debe ser que el sujeto a la pena, respete la ley procurando en todo momento su reinserción a la sociedad.

Gobernabilidad institucional. Deben existir las medidas de protección necesarias para que exista seguridad en los centros penitenciarios, considerando a los internos, al personal, a los visitantes, y a las personas que viven cerca de las penitenciarías.

Defensa. Durante el tiempo que dure la pena, el sentenciado tiene derecho a una defensa técnica, que además podrá proporcionarle asesoría jurídica en relación con los trámites, incidentes del régimen penitenciario. Los sentenciados podrán plantear ante la autoridad que corresponda las observaciones que, con fundamento en las reglas, estimen convenientes.

Ley benigna. En caso de que entre en vigencia una ley más benigna sobre la pena impuesta o las condiciones de su cumplimiento, el juez de ejecución debe advertirlo y pronunciarse al respecto.

Cómputo preciso. Siempre, al hacer el cómputo de la pena, debe descontarse el tiempo durante el cual el sentenciado estuvo en prisión preventiva o en arresto domiciliario, en caso de error en la cuenta, siempre podrá modificarse para no actuar en perjuicio.

En la ejecución de las penas, deben coexistir todos los principios, pues no pueden ni priorizarse ni extinguirse unos a favor de otros.⁶

⁶ Para algunos autores los principios son los mismos que aquellos que sustentan el sistema penal acusatorio, para otros se da la ampliación en estos para la condición de ejecución de penas, para un tercer grupo existen principios específicos que deben privilegiarse en la ejecución de sanciones, permitiéndonos,

El sistema federal permite que entre las entidades federativas haya distinciones en la normatividad de la materia, sin embargo, las determinaciones de la norma constitucional no pueden variar, por ello el sistema penitenciario debe organizarse sobre la base del trabajo y su capacitación, la educación, la salud y el deporte, teniendo como fin la reinserción del sentenciado, para que no vuelva a delinquir.

OPERACIÓN DE UNA NUEVA LEY, IMPLEMENTACION DEL SISTEMA DE REINSESION SOCIAL

En el estado de Tlaxcala, el 2 de junio de 2011, se publicó en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado* el decreto 24 que contiene la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del estado de Tlaxcala, misma que se integra de siete títulos y 158 artículos.

Cabe señalar que la necesidad de la creación de la ley, fue motivo de análisis en el seno de la CORESEJUTLAX,⁷ donde los integrantes de la misma, al analizar los plazos constitucionales por cumplirse, coincidieron en la importancia de que el estado cumpliera con dicha orden, dentro del tiempo otorgado para ello, ocurriendo que afortunadamente el poder legislativo local aprobó la misma.

La norma local entró en vigor el 18 de junio de 2011, teniendo que con su vigencia:

- a. Se abrogó la Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad.⁸
- b. Se determinó que los procedimientos iniciados con fecha anterior a la entrada en vigor de la nueva ley, continuarían con su trámite y serían resueltos de conformidad con las disposiciones entonces vigentes, salvo que este nuevo ordenamiento otorgara mayores beneficios al sentenciado.

independientemente de la clasificación a la que se haga referencia, mencionar todos aquellos que deben dar sustento a la ejecución de sanciones

7 Comisión Estatal para la Implementación de las Reformas en Materia de Sistema de Seguridad y Justicia del Estado de Tlaxcala, cuya integración se da por representantes de los Poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

8 Decreto núm. 99 publicado en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tlaxcala*, el 15 de diciembre de 1982.

- c. Precisó que los sentenciados que se encontraran disfrutando de alguno de los beneficios de libertad anticipada, de conformidad con la ley anterior, y sujetos a seguimiento por el órgano administrativo antes competente, serían puestos a disposición del juez de ejecución correspondiente, a fin de continuar con el cumplimiento de su sentencia.
- d. Se tenía que integrar una Comisión Interinstitucional por los funcionarios que al efecto designaran el poder ejecutivo y el poder judicial, a fin de formular la reglamentación, planeación, programación, proyección, evaluación y seguimiento de las acciones necesarias para la correcta observancia del decreto.
- e. Determinó que el poder judicial del estado, designaría a los jueces de ejecución de sentencias.
- f. Derogó todas aquellas disposiciones que contravinieran al contenido de la nueva ley.

1. Comisión interinstitucional.

Como se percibe, la nueva Ley de Ejecución de Sanciones Penales trajo consigo numerosos quehaceres públicos, entre ellos, la orden para conformar una Comisión Interinstitucional, por lo que el poder judicial, de forma inmediata a la orden, dio cumplimiento a través de la determinación del pleno del Tribunal Superior de Justicia,⁹ designando a tres funcionarios judiciales, un magistrado de la sala penal, un consejero de la judicatura y un juez penal, ocurriendo que el siete de diciembre de 2011 se instaló formalmente la Comisión Interinstitucional, viniendo a ella además los titulares de la Secretaría de Gobierno, de la Secretaría de Seguridad Pública y el director de los Centros de Reinserción Social, todos del poder ejecutivo local, trabajando actualmente en la elaboración de la programación correspondiente, y analizando las experiencias de otros estados y la operación del propio sistema local para alcanzar los objetivos para los que fue creada.

⁹ Sesión de 22 de junio de 2011

2. Juez de ejecución

El juez de ejecución es el encargado de vigilar y controlar el cumplimiento de las penas, de proteger los derechos de los internos, y de propiciar que no se den abusos en las prisiones.

La determinación constitucional propicia el fortalecimiento de la figura del juzgador en la parte última del proceso, la cual se convierte en el inicio de un nuevo sistema de reinserción social.

La actuación del juez de ejecución deberá distinguirse por ser estrictamente ajustada a los principios de la ejecución de sanciones, su capacidad y vocación deberá ser probada, así como los conocimientos que en diversas materias tenga para poder acceder y cumplir con las obligaciones que las leyes le otorgan.

Vigilar que el sistema penitenciario se organice sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad, y procurar que no vuelva a delinquir y que se observe los beneficios que tiene la ley para él, es la primera de las responsabilidades de los jueces de ejecución.

Según la propuesta normativa que hace la Secretaría Técnica del Consejo Coordinador para la Implementación del Sistema de Justicia Penal,¹⁰ las atribuciones mínimas que deben tener este tipo de jueces son: determinar la duración de las penas o medidas de seguridad; resolver sobre modificaciones, suspensión o sustitución de penas o medidas de seguridad; ordenar el cumplimiento de sanciones distintas a la privativa de la libertad, o aquellas que por sentencia judicial sustituyan a la pena de prisión o la multa o cuando concedan la condena condicional; ordenar el cumplimiento de las medidas de seguridad impuestas a inimputables; atender lo relativo a las medidas de seguridad necesarias por razones de enfermedad, que requieran tratamiento aislado; sustanciar el procedimiento para la reparación del daño; asegurar a los sentenciados su defensa en el procedimiento de ejecución; revocar los beneficios en los casos que la ley lo disponga; ordenar la detención del sentenciado cuando proceda; asegurar que se aplique la ley más favorable al sentenciado; conocer y resolver sobre solicitudes respecto de los beneficios de preliberaciones; resolver

¹⁰ Rodrigo Ozuna, conferencia magistral Lineamientos para la Construcción de la Ley de Ejecución de Sanciones SETEC, memoria del Sexto Foro de Capacitación: La Ejecución de las Sanciones Penales en el Sistema Acusatorio: Jurisdicción Penitenciaria y Reinserción Social, México, mayo de 2011, p. 11-13.

las peticiones de traslado; conocer y sustanciar los incidentes, medios de impugnación y quejas que se expongan con motivo de la ejecución; declarar la extinción de sanciones; e imponer las medidas de apremio para hacer cumplir sus determinaciones.

Afortunadamente en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Medidas Restrictivas de la Libertad del estado de Tlaxcala, las atribuciones señaladas están debidamente integradas, permitiendo así que las funciones del nuevo juez se ajusten a la responsabilidad constitucional designada.

Es evidente que la responsabilidad en la ejecución de sanciones penales que tenía el poder ejecutivo cambia, pero esta no es menor, pues la administración de los centros penitenciarios sigue perteneciéndole. Por ello los poderes públicos ejecutivo y judicial no pueden dejar de trabajar conjuntamente.

Por cuanto hace al nombramiento del nuevo funcionario judicial que estipula la ley, es también la propia Ley Orgánica del poder judicial local la que da la pauta para dicha determinación, debiendo surgir del procedimiento público y transparente que reclama la norma, y sobre todo debiendo beneficiar al mejor prospecto, pues el nuevo sistema de reinserción reclama a un funcionario con conocimiento y capacidad.

Sin embargo, y debido a una problemática estrictamente presupuestal, y ante la operatividad del nuevo sistema de reinserción, el poder judicial local tuvo que dotar de facultades al juez de ejecución en materia de adolescentes¹¹ para que se hiciera cargo de dichas obligaciones, pues no se contó con los recursos económicos suficientes para nombrar a un nuevo funcionario mediante el procedimiento público y transparente que determina la ley, pero haciendo frente a la obligación constitucional. Todavía está pendiente el nombramiento definitivo y exclusivo.

a) Inicio de funciones.

Un día después de la aprobación del acuerdo del órgano administrativo del poder judicial local, el funcionario judicial inició actividades; durante el primer mes de funciones sólo

¹¹ Acuerdo del 12 de diciembre de 2011, aprobado en sesión ordinaria del Consejo de la Judicatura del Estado de Tlaxcala.

atendió 12 causas. No fue necesario invertir en recursos humanos, materiales y financieros ya que fueron utilizados los mismos que eran destinados al juez de ejecución en materia de adolescentes.¹²

Las solicitudes que directamente habían realizado los particulares al pleno del Tribunal Superior de Justicia, y las que habían sido canalizadas por el director del Centro de Reinserción Social por considerar que resultaba ya incompetente para pronunciarse respecto de algunas peticiones para otorgar beneficios de preliberación, concretamente en las solicitadas después del 18 de junio de 2012, fueron inmediatamente turnadas a ese juzgado.

3. Contraste entre dos sistemas

Conforme lo permitía la norma, el juez de ejecución empezó a conocer de aquellos asuntos que resultaban ser de su competencia. Ubicándonos en el tema que nos interesa, resultó que, previos los trámites de ley, se inició con el desarrollo de audiencias orales, en las que se escuchó a las partes, respetando los principios de inmediatez, continuidad, contradicción, entre otros. En estas audiencias las partes proponen sus alegatos, presentan y desahogan pruebas, concluyen sus argumentos y reciben la determinación del juez, quien resuelve sobre su petición; todo esto queda debidamente grabado en un cd, que se acompaña al expediente de ejecución que se radica con la causa, quedando la audiencia y la resolución también documentadas.

Con la posibilidad que da la ley, la parte que considera afectada su representación o sus derechos, puede acudir a la segunda instancia para impugnar el acto que reclame, esto por las disposiciones normativas que se integran en el Código Adjetivo Penal Vigente en el estado de Tlaxcala¹³ y la propia ley en la materia.¹⁴

Como una novedad, en el estado se erradicaron por primera vez los “Tocas de Ejecución”, en su recepción se verificaron los requisitos de ley, el reto apenas iniciaba.

12 Durante el año 2012 se invertirán 1 113 768.48 pesos para el equipamiento de salas de juicios de ejecución de sentencias, que corresponden a financiamiento 2012, aprobado por el Comité de Subsidios de SETEC.

13 Art. 267. Son apelables, salvo disposición legal. En contrario viii.- Las demás resoluciones que señale la ley.

14 Art. 110.- Contra las resoluciones emitidas por los jueces de ejecución procederá el recurso de apelación que se tramitará, en los términos que para tal efecto dispone el Código de Procedimientos Penales.

Al conocer los actos impugnados por el promovente y la naturaleza del acto impugnado, destacó la problemática sobre la coexistencia de dos sistemas; y las limitaciones de uno de ellos para revisar actos que provienen del otro.¹⁵

a) Audiencia oral ante juez de ejecución

En términos de la nueva ley en la que se respetan los principios de ejecución de sanciones comentados en líneas anteriores, el juez de ejecución participa en audiencias orales, teniendo los siguientes lineamientos:

Artículo 106. Los jueces de ejecución deberán resolver en audiencia oral todas aquellas peticiones o planteamientos de los intervinientes que, por su naturaleza o importancia, requieran debate o producción de prueba.

Artículo 107. Para celebrar la audiencia a que se refiere el artículo anterior, el Juez de Ejecución se sujetará a las siguientes reglas: Lo notificará a los intervinientes cuando menos con diez días de anticipación a su verificación. La comparecencia del agente del Ministerio Público y del sentenciado y su defensor es indispensable; la de la víctima o el ofendido no lo es, pero debe quedar constancia de ello. Si se requiere producción de prueba, el oferente deberá anunciarla con cinco días de anticipación, para conocimiento y oportunidad del contrario de aportar prueba de su parte. El desahogo de los medios de prueba se llevará a cabo durante la audiencia oral. El juez de ejecución tendrá las facultades de dirección del debate y de disciplina en la audiencia. Al término de la audiencia, el juez de ejecución comunicará verbalmente a los intervinientes su resolución; pero en caso de extrema complejidad, el juez podrá suspender la audiencia para emitir su determinación en un plazo que no podrá exceder de veinticuatro horas. En el término de cinco días, se dará lectura íntegra a la resolución que haya recaído, misma que, por escrito, se agregará al expediente respectivo. Las pruebas serán valoradas según la sana crítica, observando las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y la máxima de la experiencia. Para la celebración de la audiencia oral, constituido el juez de ejecución el día y hora fijados en la Sala de Audiencias, individualizará a los intervinientes, verificará las condiciones para que, en su caso, se rinda la prueba ofrecida, y declarará abierta la audiencia; explicará brevemente el objeto de esta; y, acto seguido, dará la palabra

¹⁵ Las diferencias entre los sistemas se pueden señalar incluso a partir de la descripción de su funcionamiento, pues los sistemas acusatorios son orales, públicos, contradictorios y transparentes, mientras que los inquisitivos son escritos, cerrados y primordialmente documentales.

a los intervinientes: primero, al peticionario y, enseguida, si se trata del defensor, la concederá el sentenciado; luego, al agente del Ministerio Público, si está presente, a la víctima u ofendido, el juez podrá interrogar a los peticionarios sobre cuestiones planteadas en su solicitud. A continuación se declarará cerrado el debate.

Artículo 108. Serán intervinientes en el procedimiento y en las audiencias a cargo del juez de ejecución, el defensor, el agente del Ministerio Público, un representante de la Dirección y, en su caso, la víctima u ofendido

Es decir, la actuación del nuevo funcionario judicial deviene a todas luces de un nuevo sistema, en el que quien dirige el debate entre las partes, resuelve sobre ejecución o modificación, y presencia todas las actuaciones, es de manera directa el juez de ejecución, la valoración que otorgue a las pruebas deriva de lo que él mismo percibe en la audiencia oral, decidiendo en los términos y formas que establece la norma garantista.

En el sistema oral y acusatorio se transforma el método de trabajo de los jueces (tramitación de un expediente), por un sistema que genere un entorno de condiciones que permita que la naturaleza del juez (juzgar se cumpla)...El método del sistema oral y acusatorio es "la audiencia" que es el momento en que convergen todos los principios informadores del proceso, así como también se garantizan los derechos regulados tanto para la víctima como para el inculcado. Los métodos son dividir las funciones básicas, de modo que sea el Ministerio Público el encargado de investigar, al juez le queda así reservada la tarea de autorizar o de tomar decisiones. El proceso en el sistema oral y acusatorio se substancia a través de audiencias las cuales deberán realizarse con las siguientes características: 1. Presencia ininterrumpida del Juez... 2. Presencia de las partes atendiendo el principio de contradicción. 3. Desahogo del medio de prueba en caso de que esta deba producirse. 4. Publicidad... 5. Continuidad. 6. Resolución y valoración de la prueba en audiencia.¹⁶

B) Sistema mixto. Segunda instancia

Sin embargo, una lamentable decisión, resulta ser el hecho de ubicar a la impugnación contra las decisiones del juez de ejecución en un sistema mixto, el cual casi en su totalidad

¹⁶ Erika Bardales Lazzano, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, México, Magister, 2a. ed., 2009, p. 28-29.

resulta ser documental, y en el que, entre otras cosas, la valoración de la prueba es tasada, y no se da la suplencia de los agravios cuando estos provienen del Ministerio Público, pero sí se da tratándose del inculpaado.

c) Tramitación del recurso

En el recurso de apelación se radica la causa, se llama a las partes, se reciben y desahogan sus pruebas, se verifica una audiencia de vista con citación previa a estas, y a partir de esta fecha el magistrado ponente debe presentar al órgano colegiado el proyecto de resolución, el cual puede ser aprobado por unanimidad o por mayoría; la resolución puede confirmar, modificar, revocar o declarar la reposición del procedimiento.

La audiencia de vista a la que deben acudir las partes, dista mucho de lo que se conoce en el sistema acusatorio de una audiencia oral, pues en esta no se presenta la permanencia de los principios de inmediación, continuidad, publicidad, contradicción y concentración.

d) Valoración de pruebas

La valoración de la prueba, que no se produce en la segunda instancia, sino que regularmente proviene de la primera, salvo casos excepcionales, debe ser ceñida a las disposiciones normativas expuestas en la ley adjetiva penal, con lo cual el juzgador de alzada debe coincidir.

e) Ley aplicable

otra problemática resulta el decidir qué ley resulta aplicable al caso originado ante el juez de ejecución, pues los procedimientos iniciados antes del 18 de junio de 2011 deben continuar con su trámite, y ser resueltos de conformidad con las disposiciones entonces vigentes, salvo que la nueva ley otorgue mayores beneficios al sentenciado.

Y si bien, desde un enfoque mucho más garantista podría advertirse que es la nueva ley, creada como respuesta al nacimiento del sistema de reinserción, la que parecería aplicable

casi sistemáticamente, lo cierto es que ante la excepción de beneficios¹⁷ para quienes son sentenciados, provenientes de la comisión de delitos graves como homicidio doloso, robo de vehículos, secuestro, violación, trata de personas y delincuencia organizada, es la ley anterior la que debe aplicarse.

Sin embargo, independientemente de la ley aplicable al caso concreto, la actuación del juez de ejecución debe derivarse de la norma que le da vida, y que proviene del nuevo sistema. Es decir, siempre las decisiones de este funcionario provienen ya de audiencias orales y de una valoración libre de pruebas.

f) Suplencia de deficiencia de agravios

En el trámite de apelación la sala penal, dentro del sistema mixto, tiene la obligación de suplir la deficiencia de agravios sí y sólo sí proviene la impugnación del inculpado y está limitada al análisis técnico de los agravios que provienen del Ministerio Público, es decir, es una segunda revisión del acto del que se queja el promovente, tiene que hacer una revisión minuciosa a favor de aquel contra quien se sigue el proceso penal, y en este caso la ejecución. En los “Tocas de Ejecución” esto no es la excepción. Pero reflexionemos sobre el particular.

Las audiencias orales que dirige el juez de ejecución, como decíamos, ya se desarrollan bajo la influencia de un sistema distinto al mixto, que todavía tiene esa segunda instancia, es decir, en ellas las partes participan en igualdad. Aquí se nota esta disparidad entre sistemas. Por ejemplo, el Ministerio Público sólo puede apelar por escrito, no así el imputado.

Parece injustificado el hecho de que, por un error procesal, pudieran otorgarse beneficios de preliberación a quien no los merece, o derivado de una deficiencia de agravios por parte del representante legal se limite el análisis de argumentos que comprueben la procedencia de alguna petición, o que se ha dejado de cumplir con las obligaciones que se tienen con la víctima, como es el caso de la reparación de daño, etcétera.

¹⁷ Beneficios relativos a conmutar la sanción o medida privativa de libertad, por custodia familiar, trabajo en favor de la comunidad o internamiento domiciliario, libertad preparatoria y preliberación.

4. Existencia de un nuevo código de procedimientos penales

El 15 de mayo de 2012 la legislatura local aprobó un nuevo Código de Procedimientos Penales para el estado de Tlaxcala, es este cuerpo normativo el que da vida a la nueva forma de administrar justicia penal, y el cual contiene los principios del sistema penal acusatorio en todas sus etapas. En esta legislación que entrará en vigor al año siguiente del día de su publicación en el *Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Tlaxcala*,¹⁸ se prevé ya el desarrollo de audiencias orales ante la segunda instancia y la libertad en la valoración de pruebas por el juzgador. En este las partes tienen igualdad de armas, de ahí que ya no tenga que suplirse la deficiencia de agravios a favor de nadie. Las partes participan en contradicción en audiencias públicas y atrás quedan los enormes documentos que dan origen a las decisiones judiciales para dar paso a la prueba anunciada y desahogada directamente ante el juzgador que decidirá. Parece que con esta regulación, la enorme distancia que había tomado la “primera instancia de ejecución” de la segunda, se reduce, y se antoja señalar como congruente e idónea la prosecución de etapas, así como la armonización de decisiones que derivarán de una misma forma de ser y de valorar.

Y MIENTRAS TANTO

Como podemos observar el problema se genera por la distinta precisión de los tiempos del inicio de vigencia del sistema de reinserción y del propio sistema penal acusatorio, y cuya solución se vislumbra desde la misma creación de las leyes secundarias, dando a la segunda instancia, para aquellos actos que provienen del juzgado de ejecución, la posibilidad de desarrollar el proceso también desde el mismo sistema, y ante la oportunidad de audiencias orales y valoración libre ya no tasada.

El paso a la oralidad y el cambio de paradigma para un sistema que es ante todo documental, parece estar cada día más cerca. Y si bien, como una medida intermedia, ante la distinción de sistemas, podría presentarse la inducción de la oralidad en la audiencia de vista, lo cierto es que la limitante la da la propia norma vigente, es decir, que aunque las salas colegiadas pudieran desahogar audiencias orales sin contrariar ningún dispositivo normativo, finalmente la valoración de la prueba y la decisión en la resolución de segunda instancia, no puede ser de otra “forma jurídica” que de aquella que ordena el código vigente.

¹⁸ Publicado el 30 de mayo de 2012.

Si bien la Constitución federal previó plazos razonables para la operación de todos los cambios que la reforma penal trae aparejada, y determinó la disposición de recursos financieros para ello, lo cierto es que, ya en la operación, las entidades percibimos grandes limitantes para disponer de recursos financieros, humanos y materiales que se requieren para la implementación del sistema de reinserción y judicialización de la ejecución de las penas, de ahí que resulta indispensable que desde la creación de la norma, se prevean disposiciones que trasladen a la norma financiera que corresponda, para hacer posible el cambio y no solo improvisar de forma urgente, pues un tema trascendental como resulta ser la libertad de las personas; los derechos de los sentenciados y de las víctimas, no puede tomarse a la ligera, o pretender justificar que no se atiende por razones estrictamente económicas.

Posiblemente de esta lectura habrá quien concluya que el tema era fácilmente predecible con un buen diseño legislativo, y tendrá razón en una respuesta superficial e inmediata, sin embargo, la implementación de un sistema penal y de una nueva forma de ser en la ejecución de sanciones, no es tarea sencilla, mucho menos cuando el cambio es integral y de la magnitud del que acontece en nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

- Bardales Lazcano, Erika, *Guía para el estudio de la reforma penal en México*, México, Magister, 2a. ed., 2009.
- Carbonell, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, México, Porrúa, 3a. ed., 2011.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, Decreto 101, POE, 30 de mayo de 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.
- Ley de Ejecución de Sanciones Privativas y Medidas Restrictivas de Libertad del Estado de Tlaxcala.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fundamento del sistema acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia latinoamericana*, México, SCJN, 2010 (Serie de Estudios Jurisprudenciales).
- SCJN-SETEC, *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio, desde la perspectiva constitucional*, México, 2011.
- SETEC, Memoria del Sexto Foro de Capacitación, "La ejecución de las sanciones penales en el sistema acusatorio: jurisdicción penitenciaria y reinserción social", México, 2011.

LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA QUE EXIGE EL NUEVO SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO

UN ENFOQUE DESDE LA PREVENCIÓN DEL DELITO
ALBERTO SEVERINO JAÉN OLIVAS





I. PLANTEAMIENTO

“Ningún sistema de justicia es totalmente puro, pues debe ser acorde con las exigencias de las sociedades de cada país”, consideraron los diputados federales cuando discutieron, en el 2007, la reforma a nuestra carta magna en materia de justicia penal y seguridad pública.¹

En el caso de la propuesta que se plantea, se pretende implantar un sistema acusatorio respetando sus principios fundamentales y características, adaptándolo al mismo tiempo a las necesidades inminentes de nuestro país, de combatir eficientemente los altos índices de delincuencia que aquejan a la ciudadanía y a la naturaleza de nuestras instituciones, permitiendo con ello su consolidación de manera gradual a la cultura y tradición jurídica mexicana.

Hay coincidencia en que los procedimientos son muy largos y con excesivos formalismos, el Ministerio Público tiene un gran protagonismo, y en la etapa de averiguación previa se lleva a cabo una especie de ‘mini juicio’ (sic), pues adquiere gran peso dentro del proceso.

Esto ha propiciado que en juicio se suelen reproducir, casi de manera íntegra, los elementos probatorios, restando con ello importancia al juicio y a la valoración objetiva que se hace de los argumentos de las partes que intervienen, generando invariablemente que el Ministerio Público sea poco competitivo, debilitando su efectivo desempeño.

Por cuanto hace a las medidas cautelares, la más drástica, es decir, la prisión preventiva, suele ser empleada como regla, el mismo muestreo arroja una cifra alarmante, ya que 82% de los procesados lo está por delitos patrimoniales y por montos menores a 5 000 pesos.

Ello, además de la evidente afectación que genera al imputado, también se traduce en la afectación de su entorno social más cercano y la inevitable vulneración de otras importantes garantías.

En nuestro actual sistema no se impulsa la aplicación de la justicia alternativa, y existen diversos problemas procesales que dificultan hacer efectiva la reparación del daño.

¹ Cámara de Diputados, *Dictamen de las Comisiones Unidas*, 2007 en: <<http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html>>.

Cuando los diputados federales dijeron que el sistema actual es preponderantemente inquisitivo, aclararon que se referían a que el indiciado es culpable hasta que se demuestre lo contrario, y se le ve como un objeto de investigación, más que como sujeto de derechos.

En el juicio sólo un juzgador sustancia el proceso, lo que dificulta su actuación, además de que no debe perderse de vista que la ejecución de penas es de carácter administrativo, los beneficios de preliberación y el cumplimiento de las penas se encuentran a cargo de órganos ajenos a la judicatura, lo que ha generado que la readaptación sea poco eficaz, pues el sentenciado difícilmente se reinserta a la sociedad.

Lo anterior, llevó a concluir que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos.

En tal virtud, se propuso un sistema garantista, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, partiendo de la presunción de inocencia para este último.

Tal sistema se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con las características de acusatoriedad y oralidad. La primera, para asegurar una trilogía procesal en la que el Ministerio Público sea la parte acusadora, que el inculpado esté en posibilidades de defenderse y que al final, sea un juez quien determine lo conducente. La segunda, deberá fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos.²

Se previó la inclusión de un juez de control que resuelva, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que así lo requieran, cuidando que se respeten las garantías de las partes, y que la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho.

² Según los documentos parlamentarios que sustentan la reforma, la *publicidad* consiste en que todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público. La *contradicción* consiste en que las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio. La *concentración* consiste en que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución, deben ocurrir en un mismo acto procesal. La *continuidad* consiste en que la presentación, recepción y desahogo de las 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. La *inmediación* consiste en 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.

En cuanto a la prisión preventiva, se pretende que sólo pueda aplicarse 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, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

También se estimó necesario la prevención de mecanismos alternativos de solución de controversias que, por mandato constitucional expreso, procuren asegurar la reparación del daño, sujetas a supervisión judicial, en los términos que la legislación secundaria lo juzgue conveniente.

Respecto a la defensa del imputado, se propuso eliminar la 'persona de confianza' y garantizar el derecho a una defensa adecuada por abogado.

En cuanto a delincuencia organizada, dada la complejidad que requiere dicho tema por el daño que causa a la sociedad, se propuso un régimen especial desde su legislación, haciendo tal tarea facultad exclusiva del congreso de la unión y definiéndola a nivel constitucional.

Para estos efectos, se propuso la figura del arraigo a una persona por parte del juez de control y a solicitud del Ministerio Público, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, siempre y cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

Posteriormente los senadores, coincidiendo con su colegisladora, expresaron que: ...para hacer prevalecer el Estado democrático de derecho³ en nuestro país, deben por un lado

³ El estado democrático de derecho se construye sobre dos pilares básicos: la profundización en la vigencia real de los derechos humanos y el respeto al pluralismo político. El estado democrático de derecho se caracteriza porque rige con gran fuerza el principio de sometimiento de todos al imperio de la Ley. Es estado de derecho porque nadie, ni siquiera el poder público o el jefe de Estado, puede actuar fuera de los límites que marcan las propias normas jurídicas, dotando así de vigencia a la seguridad jurídica y vedando el arbitrio en la actuación de los individuos y de la propia administración. Y es estado democrático porque el poder legislativo se encuentra en situación preeminente frente a los poderes ejecutivo y judicial. Una vez más, la concepción del Estado está relacionada con una concreta visión político-criminal. El estado democrático debe guardar un cuidadoso equilibrio entre protección de las libertades fundamentales del ciudadano y, por supuesto, también a través de la legislación penal, y la propia limitación de su poder punitivo, hasta el límite de lo estrictamente necesario para preservar la pacífica convivencia. El estado democrático de derecho profundiza en el asentamiento de los principios político-criminales que se instauraron con el pensamiento ilustrado y liberal. El principio de legalidad exige que la descripción de la figura delictiva y la definición de la correspondiente sanción, se determinen previamente por una ley anterior a su comisión. El componente garantístico del derecho penal democrático, se concreta también en el principio de intervención mínima, según el cual sólo se recurrirá a la vía penal cuando el conflicto no pueda ser resuelto con eficacia por el resto del ordenamiento jurídico. Inherente al principio de intervención mínima, es el principio de proporcionalidad, que garantiza una reacción estatal al delito perpetrado de una entidad similar al nivel de gravedad del hecho y a la culpabilidad del sujeto, evitando así un sacrificio arbitrario e innecesario de los bienes y derechos del condenado. Véase E. Lozano Tovar, *Manual de política criminal y criminológica*, México, Porrúa, 2010, pp. 42-43.

adecuarse las estructuras constitucionales y legales existentes, a fin de dar respuesta con mayor efectividad al grave fenómeno delictivo que nuestro país padece, sin conculcar los derechos fundamentales de las personas tutelados en nuestra Carta Magna y en los instrumentos internacionales suscrito por el Estado mexicano.⁴

El actual sistema de justicia fue concebido en una época distinta a la que vivimos hoy. La globalización y las nuevas tecnologías han modificado no sólo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus actividades y valores, así como los medios e instrumentos a través de los cuales los miembros de la sociedad interactúan y se comunican.

Lo local y lo global⁵ se determinan recíprocamente, unas veces de modo congruente y consecuente; otras de modo desigual y desencontrado. Se mezclan y tensionan singularidades, particularidades y universalidades [...] Este es un proceso dialéctico porque tales acontecimientos locales pueden desplazarse en dirección inversa a las relaciones muy distanciadas que los modelan. La transformación local es tanto una parte de la globalización como la extensión lateral de las conexiones sociales por medio del tiempo y el espacio. Así, quien quiera que estudie las ciudades hoy en día, en cualquier parte del mundo, está consciente de que lo que ocurre en una vecindad local tiende a ser influido por factores que operan en una distancia indefinida de la vecindad en cuestión [...] En este contexto, todas las ciencias sociales se enfrentan al nuevo desafío epistemológico. Muchos de sus conceptos, categorías e interpretaciones se ponen en tela de juicio. Algunos se vuelven obsoletos, otros pierden parte de su vigencia y los hay que son recreados. Pero se plantea el desafío de crear otros nuevos. En la medida en que la realidad social pasa por una verdadera revolución, cuando el objeto de las ciencias sociales se transfigura, en ese contexto se revelan otros horizontes para el pensamiento.⁶

Es por ello, que se requiere una revisión profunda a nuestras instituciones y a nuestra legislación a fin de hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado.

4 Cámara de Senadores, *Dictamen de las Comisiones Unidas*, 2008, disponible en: <<http://www.senado.gob.mx./gace.php?sesión=2007/12/13/1&documento=74>>.

5 Lo local y lo global no se excluyen mutuamente. Al contrario, lo local debe entenderse como un aspecto de lo global. La globalización significa también acercamiento y mutuo encuentro de las culturas locales. Algunos proponen sustituir el concepto base de la globalización cultural por el de *glocalización*, neologismo formado con las palabras globalización y localización. La cultura global no puede entenderse estáticamente, sino sólo como un proceso contingente y dialéctico según el modelo de la *glocalización*, en cuya misma unidad se aprecian y descifran elementos contradictorios. U. Beck, *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 105-106.

6 O. Ianni, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI Editores, 2006, p. 163.

La iniciativa turnada por los diputados, propuso elevar la capacidad de investigación de los policías, así como fortalecer sus tareas en materia de prevención del delito, a través del establecimiento de un sistema nacional de seguridad pública.

La propuesta de reforma constitucional, tiene como principal objetivo establecer el marco constitucional y legal que genere las condiciones para reestructurar el sistema de impartición de justicia en materia penal, y para poner en marcha una política efectiva de combate a la delincuencia organizada, con el fin de que ello se traduzca en mayor tranquilidad y seguridad jurídica para los mexicanos.

Del análisis desarrollado en el Senado de la República, se identificaron los problemas centrales⁷ que motivaron la necesidad de la reforma constitucional. El consenso sobre la existencia de los problemas, permitió definir con claridad los objetivos⁸ de la reforma y, a partir de ellos, se construyeron los ejes⁹ que articulan la reforma de referencia.

Finalmente, el Senado de la República aprobó el proyecto de reforma constitucional que fue turnado a las legislaturas de las entidades federativas para continuar con el proceso correspondiente, haciéndose hincapié en lo siguiente:

La materia de la minuta es regular el sistema procesal penal acusatorio en nuestro derecho mexicano, así como aplicar diversas modificaciones al sistema penitenciario y de seguridad pública, con el fin de dotar al Estado de elementos suficientes que permitan combatir la criminalidad, la impunidad, así como procurar e impartir justicia en forma pronta, clara y expedita, garantizándose de esta forma la seguridad y sistemas de impartición de justicia a la población en general.¹⁰

7 Los grandes problemas detectados fueron: a) que el sistema de procuración e impartición de justicia penal tiene serios problemas operativos y de diseño, y no cumple con sus funciones; b) que existe una crisis en la seguridad pública que amenaza al Estado mexicano en su conjunto, en particular aquella generada por la delincuencia organizada y c) que **se carece de una indispensable coordinación** entre los poderes y los órdenes de gobierno –federal, estatal y municipal– para enfrentar el problema de la seguridad pública y para mejorar el funcionamiento de la justicia penal.

8 Los objetivos definidos fueron: 1. una reforma que permita un tránsito ordenado, gradual y viable al sistema acusatorio; 2. un **sistema eficaz para combatir la delincuencia**, en especial aquélla que tiene el carácter de organizada, y 3. un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de las víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad.

9 Los ejes que se construyeron son: a) el establecimiento de un sistema penal acusatorio que asegure un equilibrio entre las partes; b) la construcción de un andamiaje constitucional que otorgue al Estado mexicano las herramientas que requiere para combatir eficazmente a la delincuencia en general, y en especial a la delincuencia organizada, y c) **dar mayor claridad a la política criminal del Estado mexicano** y a asegurar el debido proceso.

10 Cámara de Senadores, 2008, "documento en línea citado".

A manera de síntesis, se explicó a los congresos de los estados de la federación, que las disposiciones aprobadas por ambas cámaras proponían entre otras cosas:

1. Establecer un estándar de pruebas para librar una orden de aprehensión.
2. Establecer un concepto constitucional de flagrancia.
3. Reducir los requisitos para decretar el arraigo.
4. Señalar un concepto constitucional de delincuencia organizada¹¹ y las excepciones en su tratamiento procesal.
5. Precisar los requisitos y alcances de las órdenes de cateo.
6. Establecer los requisitos para grabar comunicaciones entre particulares.
7. Crear la figura de los jueces de control y establecer sus facultades.
8. Señalar mecanismos alternativos de solución de controversias.
9. Dar las bases para crear una defensoría pública más eficaz y eficiente.
10. Cambiar la denominación de la pena corporal por pena privativa de libertad, de reo por sentenciado, de readaptación por reinserción, de auto de formal prisión y de auto de sujeción a proceso por auto de vinculación a proceso.
11. Precisar los requisitos para el auto de vinculación a proceso.
12. Establecer las bases jurídicas para el sistema procesal acusatorio, fortaleciendo los principios de presunción de inocencia, derechos de la víctima, cargas procesales y acción privada.
13. Fijar un régimen transitorio.

¹¹ 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. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 16, párrafo noveno.

II. REFORMA EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y SEGURIDAD PÚBLICA

El 18 de junio de 2008, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El entendimiento de la reforma como mecanismo de adecuación entre realidad jurídico-normativa y realidad político-social, plantea en primera instancia, la cuestión de cuándo se hace necesaria la transformación de la Constitución. La respuesta a esta interrogante es, según nuestro modesto parecer, fácil de encontrar. Cuando las previsiones constitucionales dejan de ser aptas para encauzar de una manera satisfactoria la vida de la comunidad, es cuando aparecerá en toda su entidad, magnitud y sentido la necesidad de permitir la transformación formal (reforma) o no formal (mutación) del Texto Constitucional.¹²

En este sentido, son tres las causas por las que puede producirse la anterior circunstancia, y en las que parece oportuno detenerse.

Primero, puede suceder que una norma constitucional, formal y sustancialmente perfecta, en el momento de su promulgación, sufra un desfase en relación al ámbito sociopolítico en el que ha de operar.

El segundo motivo por el que puede verificarse un claro y patente desajuste entre la realidad normativo-constitucional y la realidad político-social, es que puede ocurrir que una o varias normas del texto constitucional hayan satisfecho ya su finalidad.

El desfase entre la Constitución y la realidad social subyacente puede deberse, por último, a la existencia de lo que algunos denominan lagunas u omisiones 'inadvertidas'.

Es, de cualquier forma, necesario advertir que el ponderado y cabal tratamiento de la reforma como mecanismo de adecuación entre la Constitución, como realidad normativa

12 J. Ruipérez, "De la reforma constitucional, consideraciones sobre su concepto y funciones" en Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (coords.), *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México. Porrúa, 2010, p. 111.

estática, y la realidad político-social como vida histórica y necesariamente dinámica, ha de plantearse de manera tan necesaria como inevitable, en el marco de una problemática más amplia.

Y este no es otro que el de la relación dialéctica entre 'rigidez' y 'movilidad'; 'permanencia' y 'variabilidad' o 'estática' y 'dinámica' del ordenamiento fundamental y supremo.

De lo que se trata, en definitiva, es de conjugar adecuadamente el carácter de orden duradero inherente a toda Constitución, con el hecho de que todo orden político está sujeto a cambio y que este acaba imponiéndose.

De esta manera, el tema de la reforma constitucional parece aclararse. La Constitución es modificable por la voluntad democrática, pero racionalizada por los valores del constitucionalismo, de modo que no cabe a la jurisdicción constitucional olvidar sus funciones de guardián de la Constitución.¹³

Dentro de las funciones del estado constitucional, está la constituyente que, siendo institucional, está limitada por el fin que persigue, lo que en este caso sería la integración de los principios democrático, liberal y de supremacía constitucional.¹⁴

La reforma constitucional tiene como límites estos principios esenciales del estado constitucional. En tal sentido, algunos textos constitucionales en el mundo les colocan cláusulas de intangibilidad (caso alemán) para limitar materialmente la institución de la reforma constitucional. No obstante, si la Constitución no contempla estas cláusulas (casos español y mexicano) las mismas se han de tener como tácitas.

"Hay reformas que son el producto de la evolución natural de las relaciones y las instituciones; reformas a las que he llamado fisiológicas."¹⁵

13 R. Estrada Michel y M. Núñez Torres, "La reforma constitucional en México. ¿De qué constitución estamos hablando?" en P. R. Torres Estrada y M. Núñez Torres (coords.) *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2010, p.389.

14 En el caso del neoconstitucionalismo, existen tres principios del estado constitucional que forman parte de la 'dogmática constitucional': a) el *democrático*, esto es, la adopción de las decisiones y la conformación institucional se hayan legitimadas en razón de una Constitución decidida por el pueblo para que el mismo tome sus posteriores decisiones a través de las instituciones; b) el *liberal*, es decir, el reconocimiento y la garantía de los derechos fundamentales y de la división de poderes como elementos que concretan la racionalización en el funcionamiento de las instituciones que se encuentran en la Constitución, y c) el de la *supremacía constitucional* o sujeción de todos los actos del poder a la constitución, entendida esta como norma suprema que impregna a todo el ordenamiento, de modo que se debe entender como una Constitución rígida.

15 S. García Ramírez, *La reforma penal constitucional (2007-2008)*, México, Porrúa, 2008, p. 3.

Existen las hay que sobreviven para enfrentar y resolver la crisis del orden jurídico en su conjunto, o de algunas instituciones que han llegado al término de su existencia útil.

Otras reformas sólo se proponen ajustar los textos vigentes a ciertas exigencias técnicas, tan comprensibles como irrelevantes, que pueden impulsar sin embargo, la aparición de nuevos problemas, sin resolver los anteriores, y gestar contrarreformas indispensables.

También hay reformas que se proponen navegar al impulso de los vientos que corren, recoger modas a la mano. Estas, hechizas, suelen ir en compañía de pretensiones advenedizas: dejar la constancia de un tiempo, un grupo, unos autores.

Ha sido frecuente que se proponga la reforma como exorcismo, a la vista de cuestiones mayores que no ha sido posible prever ni resolver con oportunidad y suficiencia.

El primer objetivo de una buena reforma penal tiene que ver con la protección del titular de todos los derechos fundamentales: la persona, considerada como un ser único e irrepetible, portador de una dignidad que no puede ser sometida o puesta en riesgo por ningún objetivo social, por más imperioso que sea. El usuario del sistema debe estar en el centro de cualquier empeño de reforma en materia penal.¹⁶

Si nos damos cuenta de la magnitud de la tarea reformadora, lo más probable es que podamos asumir razonablemente que no se pueden atacar todos sus flancos a la vez. Es decir, la reforma del sistema penal debe darse por etapas.

De la misma forma, teniendo presente la multidimensionalidad del asunto, debemos estar ciertos de que de ninguna fórmula hará las veces de remedio universal. Su éxito requiere liderazgo político, visión de Estado, inversiones económicas considerables, tiempo de verificación y compromisos claros de la sociedad y el Estado para apoyar el diseño de una ruta que por décadas ha permanecido en el más completo olvido.

16 Miguel Carbonell y E. Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales?*, México, Porrúa, 2008, p. xxvii.

El artículo 20 constitucional reformado, dispone que el proceso penal será acusatorio¹⁷ y oral,¹⁸ y que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.¹⁹

Por sistema procesal entendemos al conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los actores, al objeto u objetos de debate en sede justicia penal, así como al esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía.²⁰

El mismo precepto constitucional, establece que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos, la protección del inocente, procurar que el culpable no quede impune, y que los daños causados por el delito se reparen.

La actuación legitimada del Estado frente al delito, debe convivir con la idea de que la relación de conflicto que el delito generó existe, por un lado, entre el imputado y la víctima y, por otro, entre el imputado y la sociedad.

Ello encuentra fundamento en el fin y sentido del juicio, que no está al mero servicio de la aplicación del derecho sustantivo, sino que es uno de los métodos civilizados y pacíficos de dirimir conflictos, más allá de las normas que capten estos conflictos.

El sistema acusatorio resulta compatible con los regímenes democráticos, en los que el Estado tiene la carga de la prueba y se finca en la oralidad del procedimiento,

17 Según los documentos parlamentarios que sustentan la reforma, el sistema acusatorio devela un esquema procesal en el que se respetan los derechos tanto de la víctima, ofendido e imputado, que asegure un equilibrio procesal entre las partes, estableciendo de manera explícita el principio de presunción de inocencia.

18 La comprensión de la oralidad como ausencia total de escritura en un proceso jurídico se va a dar, pero sólo de forma excepcional. Lo normal va a ser la combinación de las dos especies de comunicación racional. Por lo tanto, en nuestro tiempo la oralidad no puede ser entendida ni promovida como ausencia total de escritura en el proceso jurídico, sino como presencia parcial, aunque imprescindible. ¿Y en qué fase procesal se considera que no debe faltar la oralidad, aunque todas las demás se desenvuelvan mediante escritos? En la fase probatoria, o sea, en la presentación y valoración de las pruebas concernientes a los hechos que se imputan a las personas que se juzgan. Así pues, lo que hoy día resulta decisivo para atribuir oralidad a un procedimiento es que este incluya la oralidad en la fase probatoria de forma tal que el juez tenga que basar su sentencia en el material probatorio introducido por las partes verbalmente y bajo su inmediación. Considerada de este modo, la oralidad es propiamente un principio jurídico que contiene un mandato preciso. Su fórmula puede ser la siguiente: *Las pruebas y las valoraciones de los hechos que se juzgan han de ser expuestas y discutidas verbalmente en presencia del juez, y este ha de argumentar necesariamente su sentencia en el material probatorio introducido y valorado por las partes verbalmente, y bajo su inmediación.*

19 Según los documentos parlamentarios que sustentan la reforma, la *publicidad* consiste en que todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público. La *contradicción* significa que las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio. La *concentración* consiste en que el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal. La *continuidad* significa que la presentación, recepción y desahogo de las 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. La *inmediación* cuida que los jueces tomen conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escuchen directamente los argumentos de las partes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella.

20 J. D. Pastrana Berdejo y H. Benavente Chorrer, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Flores Editor, 2008, p. 1.

la igualdad de las partes y la publicidad del proceso. Por un lado, protege a la sociedad y al propio tiempo, defiende al procesado frente a los excesos de las autoridades que lo incriminan.²¹

El modelo acusatorio implica la supremacía de los principios penales reconocidos internacionalmente, como la relevancia de la acusación, la imparcialidad del juez, la presunción de inocencia y el esclarecimiento judicial de los hechos.

El proceso penal acusatorio permite sancionar los delitos en una forma práctica y equilibrada, de cara a la sociedad, ya que la publicidad de las audiencias da lugar a que las decisiones de los jueces sean transparentes.

...me parece que la dicotomía 'acusatorio/inquisitivo' es útil para designar una doble alternativa: ante todo la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, por consecuencia, entre dos figuras de *juez*; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio. Precisamente se puede llamar *acusatorio* a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. A la inversa, llamaré *inquisitivo* a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos, o en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos de la defensa. Es claro que a los dos modelos se pueden asociar sistemas diversos de garantías, tanto orgánicas como procesales: si el sistema acusatorio favorece modelos de juez popular y procedimientos que valorizan el juicio contradictorio como método de investigación de la verdad, el sistema inquisitivo tiende a privilegiar estructuras judiciales burocratizadas y procedimientos fundados en poderes de instrucción del juez, acaso compensados por vínculos de pruebas legales y por pluralidad de grados en el enjuiciamiento".²²

21. A. Velázquez Estrada, *Nuevo sistema de justicia penal para México*, México, Senado de la República/Universidad Autónoma del Estado de México/Poder Judicial del Estado de México/Porrúa, 2009, p.65.

22. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, p. 564.

La tendencia actual, por tener raíces en el modelo acusatorio antiguo, ha dado en llamarse modelo acusatorio garantista o liberal; se considera que su irrupción se debe a la necesidad de velar, en los tiempos actuales, por el respeto de los derechos humanos del imputado, al considerarlo como sujeto pasivo de la relación procesal frente al Estado.²³

El sistema acusatorio garantista nace en el seno de los países de Europa continental, en mérito a la ideología de protección e internalización de los derechos humanos, a consecuencia de las dos guerras mundiales vividas, en las cuales el proceso penal fue utilizado como herramienta de terror y marco para la sanción de toda aquella persona contraria al régimen dictatorial.

El sistema acusatorio adversarial²⁴ encuentra su génesis en el sistema jurídico anglosajón, desarrollado ampliamente en la doctrina norteamericana, mediante prácticas y técnicas procesales aplicables en el juicio oral.

En este modelo de justicia penal, el combate a la delincuencia se logra respetando los principios democráticos, y muy especialmente la integridad y la dignidad del hombre, plasmados en las garantías constitucionales, también denominado programa constitucional del derecho penal.

Partiendo de ello, no se pretende afirmar que en el sistema acusatorio adversarial no hay cabida para el respeto de los derechos humanos, establecido como fuerza ideológica del sistema acusatorio garantista moderno. Por el contrario, el movimiento de los derechos humanos también ha influido, en una medida u otra, en los países del entorno anglosajón.

El fundamento del sistema adversarial radica en considerar a los sujetos que intervienen como actores de una relación conflictual a ser resuelta en el proceso penal, en función al dinamismo que impregna a sus actividades.

23 A raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se adicionó un tercer párrafo al artículo 1º que establece: *Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

24 Entre sus principales rasgos tenemos: 1. postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde la actividad procesal depende de la intervención de las partes. 2. postula una igualdad funcional entre las partes tanto acusadora como acusada. 3. postula el rol de un juez con funciones de garantía y fallo. 4. postula la presencia de mecanismos de solución al conflicto jurídico-penal.

Sobre el sistema procesal acusatorio, se puede afirmar que una de las esencias del estado democrático de derecho, es contar con un derecho penal de intervención mínima; pero por otra parte, se plantea la alarma y conmoción social que provoca la delincuencia organizada, la delincuencia política y la delincuencia profesional.

Estos fenómenos han hecho reflexionar a filósofos y juristas, quienes plantean como solución la aplicación de un derecho penal máximo o derecho penal del enemigo.

Por lo que respecta al tema que nos ocupa como objeto central de investigación, el artículo 21 constitucional ahora contiene lo que se denominan bases mínimas del Sistema Nacional de Seguridad Pública.²⁵

El constituyente se ha internado en definiciones de la seguridad pública, que no son sencillas y sobre las que no existe opinión unánime.

El párrafo noveno del artículo 21 señala el ámbito que 'comprende' la seguridad pública, y en este trabajo acota: "la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas", en los consabidos términos legales y conforme a las competencias constitucionales.

La reforma constitucional indica, tras referirse a la seguridad pública y posteriormente a la prevención de los delitos, que aquélla comprende la investigación y persecución para hacerla efectiva. ¿Para hacer efectiva qué? ¿La seguridad o la prevención? aparentemente, se trata de la prevención. Ahora bien, como es obvio, la investigación y persecución no es el único instrumento conducente a hacer efectiva la prevención de los delitos y tampoco es el medio exclusivo para lograr la seguridad pública en su conjunto.²⁶

25 En la parte conducente se establece que el Ministerio Público y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno deberán coordinarse entre sí para cumplir los objetivos de la seguridad pública y conformarán el Sistema Nacional de Seguridad Pública, que estará sujeto a las siguientes bases mínimas: a) La regulación de la selección, ingreso, formación, permanencia, evaluación, reconocimiento y certificación de los integrantes de las instituciones de seguridad pública. La operación y desarrollo de estas acciones será competencia de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios en el ámbito de sus respectivas atribuciones. b) El establecimiento de las bases de datos criminalísticos y de personal para las instituciones de seguridad pública. Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificado y registrado en el sistema. c) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos. d) Se determinará la participación de la comunidad que coadyuvará, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública. e) Los fondos de ayuda federal para la seguridad pública a nivel nacional, serán aportados a las entidades federativas y municipios para ser destinados exclusivamente a estos fines.

26 S. García Ramírez, *La reforma*, op. cit., p.204.

Obsérvese que el constituyente permanente se ha comprometido con una versión penal, policial y judicial de la seguridad pública, que actualmente se halla francamente desacreditada.

En algo alivia este compromiso la referencia a la “prevención de los delitos” y no sólo a la investigación, persecución y sanción de las conductas ilícitas. La prevención de los delitos franquea el acceso a medidas de orden diverso, no apenas punitivas, pero no dice todo lo que hay que decir a propósito de la seguridad.

Si la reforma constitucional se embarcó en arriesgados conceptos acerca de la seguridad pública, también se colocó en la necesidad de ir más lejos. Debió, por supuesto, adoptar otra noción de seguridad, arraigada en la moderna concepción de la seguridad humana.²⁷

Esto sugiere una constelación de factores que confieren calidad a la existencia y contribuyen a generar orden y paz con justicia. Quizá era demasiado para el marco de la reforma constitucional.

Las bases mínimas del Sistema Nacional de Seguridad Pública que conciernen directa y específicamente a la prevención del delito son dos:

- a) La formulación de políticas públicas tendientes a prevenir la comisión de delitos.
- b) La determinación de la participación de la comunidad para coadyuvar, entre otros, en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de seguridad pública.

²⁷ Una consideración del concepto básico de seguridad humana debe centrarse en cuatro de sus características esenciales: a) la seguridad humana es una preocupación *universal*. Es pertinente a la gente de todo el mundo, tanto en países ricos, como en países pobres. Hay muchas amenazas que son comunes a toda la gente, como el desempleo, los estupefacientes, el delito, la contaminación y las violaciones de derechos humanos; b) los componentes de la seguridad humana son *interdependientes*. Cuando la seguridad de la población está amenazada en cualquier parte del mundo, es probable que todos los países se vean afectados; c) es más fácil *velar por la seguridad humana mediante la prevención temprana* que con la intervención posterior. Es menos costoso hacer frente a esas amenazas aguas arriba que aguas abajo; d) la seguridad humana está *centrada en el ser humano*. Se preocupa por la forma que la gente vive y respira en una sociedad, la libertad con que puede ejercer diversas opciones, el grado de acceso al mercado y a las oportunidades sociales, y la vida en conflicto o en paz.

El 2 de enero de 2009, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública,²⁸ reglamentaria del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicho ordenamiento concibe a la *seguridad pública* como una función a cargo de la federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, que tiene como fines salvaguardar la integridad y los derechos de las personas, así como preservar las libertades, el orden y la paz públicos.

Comprende la prevención especial y general de los delitos; la investigación para hacerla efectiva; la sanción de las infracciones administrativas; la investigación y la persecución de los delitos, y la reinserción social del individuo.

Abunda en que el Estado desarrollará políticas en materia de prevención social del delito con carácter integral, sobre las causas que generan la comisión de delitos y conductas antisociales, así como programas y acciones para fomentar en la sociedad valores culturales y cívicos, que induzcan el respeto a la legalidad y a la protección de las víctimas.

De acuerdo a la organización del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el Consejo Nacional de Seguridad Pública (CNSP)²⁹ es la instancia superior de coordinación y definición de políticas públicas.

Además del CNSP, forman parte del Sistema Nacional de Seguridad Pública algunas conferencias nacionales,³⁰ consejos locales y un secretariado ejecutivo.

Las conferencias nacionales establecen los mecanismos de coordinación que permiten la formulación y ejecución de políticas, programas y acciones necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

28 Su objeto es regular la integración, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Seguridad Pública, así como establecer la distribución de competencias y las bases de coordinación entre la federación, los estados, el Distrito Federal y los municipios, en materia de seguridad pública.

29 Encabeza al Consejo Nacional de Seguridad Pública el presidente de la república y lo integran los secretarios de Gobernación, Defensa Nacional, Marina, Seguridad Pública, el titular de la Procuraduría General de la República, los gobernadores de los estados, el jefe de Gobierno del Distrito Federal y el secretario Ejecutivo del sistema.

30 Acompañan al Consejo Nacional la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, la Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública, la Conferencia Nacional del Sistema Penitenciario y la Conferencia Nacional de Seguridad Pública Municipal.

Entre las principales funciones del CNSP, en materia relacionada con la prevención del delito, se encuentran:

- a) Formular propuestas para los programas nacionales de seguridad pública, de procuración de justicia y de prevención del delito, en términos de la ley de la materia.
- b) Establecer mecanismos eficaces para que la sociedad participe en los procesos de evaluación de las políticas de prevención del delito, así como de las instituciones de Seguridad Pública.

Se prevé de igual forma la existencia, entre otras, de la Comisión Permanente de Prevención del delito y Participación Ciudadana, que deberá coordinarse con el secretariado ejecutivo para dar seguimiento al cumplimiento de las disposiciones aplicables por parte de los Centros Nacionales que integran el Secretariado Ejecutivo.³¹

En esta Comisión podrán participar expertos de instituciones académicas, de investigación y agrupaciones del sector social y privado relacionados con su objeto.

El Centro Nacional de Prevención del Delito y Participación Ciudadana forma parte integrante, entre otros, del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.³²

Con la creación de este Centro se plantea un nuevo paradigma. De la seguridad pública (represión y contención) se transita hacia la seguridad ciudadana (prevención con participación ciudadana). De la coerción se transita a la cohesión. De la prevención del delito se transita hacia la prevención de la violencia.

31. En junio de 2011, esta Comisión informó en el seno de la xxx Sesión del Consejo Nacional de Seguridad Pública que ese año constituía un momento estratégico para la promoción y puesta en marcha, por primera ocasión en la historia reciente del país, de proyectos y acciones de prevención social de la violencia y la delincuencia con participación ciudadana. Se informó que la política de prevención que impulsa el Estado mexicano debe cimentarse en cuatro pilares fundamentales: 1) la transversalidad de las políticas públicas; 2) la participación ciudadana; 3) el enfoque de género, y 4) los derechos humanos. Se informó que el tema de prevención social de la violencia y la delincuencia debe ser comprendido y operado por servidores públicos capaces y comprometidos con la estrategia, y con ciudadanos que participen y promuevan acciones colectivas, lo cual obliga a generar esas capacidades por medio de capacitación a los servidores públicos de las áreas de prevención y participación ciudadana.

32. Entre las principales funciones de este Centro destacan: a) proponer al CNSP, lineamientos de prevención social del delito, a través del diseño transversal de políticas de prevención, cuyas acciones tendrán el carácter de permanentes y estratégicas; b) realizar estudios sobre las causas estructurales del delito, su distribución geodictiva, estadísticas de conductas ilícitas no denunciadas, tendencias históricas y patrones de comportamiento que permitan actualizar y perfeccionar la política criminal y de seguridad pública nacional; c) promover la cultura de la paz, la legalidad, el respeto de los derechos humanos, la participación ciudadana y una vida libre de violencia.

Con los alcances de esta nueva visión se fortalece la cohesión social y se construye comunidad. Se promueve la corresponsabilidad entre autoridades y ciudadanos (coproducción de seguridad), y se reducen los impactos negativos y los riesgos.

El Programa Nacional de Seguridad Pública³³ ha sido diseñado en congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo, la Visión México 2030, el Programa Sectorial de Seguridad Pública, el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad, así como la Estrategia Nacional de Prevención del Delito y Combate a la Delincuencia.

Ante la inseguridad del entorno, la población ha optado por hábitos de autoprotección y prevención, tanto para sus personas, como para sus bienes. Este Programa Nacional privilegia, entre otros aspectos, la participación de la sociedad en la prevención del delito, la evaluación de las acciones implementadas y la comunicación con las instancias encargadas de la seguridad pública.

Asimismo, se orienta a la modernización de los recursos tecnológicos para la prevención del delito y el combate frontal a la delincuencia.

Cada uno de los objetivos del Programa Nacional de Seguridad Pública tiene establecidas las estrategias, líneas de acción, indicadores y metas. Para efecto del objeto central de esta investigación, se abordará únicamente el rubro estrictamente de prevención del delito:

Prevenir conductas delictivas con mecanismos que garanticen la convivencia social y familiar segura en lugares públicos y en el entorno escolar; fortalecer la cultura de la legalidad y la atención a víctimas del delito, así como el respeto y protección de los derechos humanos de la población, por parte de los encargados de la seguridad pública en los tres órdenes de gobierno.

³³ Este documento establece las estrategias, objetivos, mecanismos de coordinación, líneas de acción e indicadores de medición que sirven como guía en la alineación de las capacidades y recursos del Estado mexicano para hacer más eficaz y optimizar el combate a la delincuencia.

III. LA POLÍTICA CRIMINOLÓGICA QUE EXIGE EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN MÉXICO.

UN ENFOQUE DESDE LA PREVENCIÓN DEL DELITO

La eficacia de un sistema de prevención del delito que sirva como plataforma de la política criminológica nacional, debe ser interinstitucional; multidisciplinaria y transversal; permanente; obligatoria, sin exigir altos estándares de burocracia ni financiamiento, con estrategias científicas y rigor metodológico en sus líneas de acción; garantista; incluyente, que responda a las directrices internacionales. Se necesita erradicar la percepción de un sistema de prevención del delito con características penales exclusivas, criminológicas o policiales.

Tener una visión que vaya más allá de los resultados de corto plazo es intentar reducir la primacía del discurso político en cuanto al diseño de políticas y programas simplistas para, por el contrario, embarcarse en la preparación concienzuda de una estrategia de prevención que incluya sectores y actores clave y que promueva la participación de la ciudadanía.

Se requiere para ello un fuerte compromiso, liderazgo, y un apoyo gubernamental sostenido, de forma que las políticas de seguridad pública se transformen en políticas de Estado. Se debe enfatizar que es preciso construir consensos con los gobiernos acerca de la necesidad de financiar estas iniciativas, desarrollando elementos de evaluación, estructuras públicas en las que se apoyen y mecanismos de coordinación interinstitucional.³⁴

Con base en la intervención democrática en materia de seguridad urbana, la lucha contra la criminalidad y sus causas, se basa en tres principios: la aplicación de la ley para todos, la solidaridad y la prevención.

La prevención consiste en evitar la criminalidad luchando no sólo contra las manifestaciones de esta, sino sobre todo focalizando sus causas. La mejor manera de hacer respetar normas o reglas, es crear las condiciones que permiten eliminar las

³⁴ OEA, *La seguridad pública en las Américas, retos y oportunidades*, Washington, D. C., OEA, 2a. ed., 2008, p. 61.

faltas, sea erradicando las causas de estas, sea creando un control social eficaz, sea educando o reeducando.³⁵

De conformidad con el Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (2003), el concepto de desempeño en el ámbito gubernamental, por ejemplo, normalmente comprende tanto la eficiencia como la eficacia de una actividad de carácter recurrente o de un proyecto específico. En este contexto la eficiencia se refiere a la habilidad para desarrollar una actividad al mínimo costo posible, en tanto que la eficacia mide si los objetivos predefinidos para la actividad se están cumpliendo.

Crear condiciones de verdadera seguridad dependerá de nuestra capacidad de construir coaliciones y de formar colaboraciones productivas que permitan configurar una red de seguridad que involucre la participación informada de la comunidad en su conjunto.

Para determinar que una experiencia es exitosa, deben tomarse en cuenta los aspectos de monitoreo y evaluación, ya que juegan un rol fundamental en las iniciativas locales de prevención de la delincuencia. Son herramientas claves. Permiten detectar qué funciona, con quién y por qué. Sin monitoreo, las acciones y actividades pueden alejarse de lo diseñado en la estrategia. Sin evaluación, el impacto del proyecto no puede ser medido.

México requiere una política criminológica efectiva, que sea capaz de prever y no sólo de reaccionar ante la violencia y la criminalidad. Debe basarse en el registro y análisis constante de la experiencia colectiva, con un análisis riguroso del contexto social en el que se desarrolla el crimen y con una evaluación constante de los resultados de la misma.

Toda medida previa que reduce los riesgos de un evento que contraviene los fines de la seguridad y la justicia es más útil, eficaz y eficiente que aquella que busca controlar los daños consumados. Debe priorizarse el desarrollo de estrategias modernas de prevención que promuevan conductas tendientes a la reducción de riesgos. A su vez, la mejor prevención es la que fortalece la cohesión social y, en esa medida, revierte la exclusión.³⁶

35 ONU-HABITAT, *Un enfoque democrático en materia de seguridad urbana, documento conceptual del Programa Ciudades Seguras*, ONU-HABITAT, 2005.

36 UNAM-IDC, *Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia*, México, 2011.

Es necesario implementar un sistema eficaz de prevención del delito, que responda a las características y exigencias de la seguridad ciudadana en el México actual, ya que durante decenios se ha privilegiado a las agencias de la procuración de justicia, de la impartición de justicia y de la ejecución penal, con descuido evidente de lo que debe constituir la plataforma de la política criminológica nacional: la profilaxis criminal.

La prevención es una respuesta complementaria y necesaria al sistema de justicia penal. La evidencia empírica ha demostrado la falta de efectividad y los costos que generan intervenciones aisladas y con enfoques sesgados, lo cual ha llevado al 'cambio de paradigma'. Las nuevas intervenciones para atender la inseguridad ciudadana, paulatinamente han pasado de acciones basadas en el uso de la fuerza policial para recuperar el orden público a un modelo de intervención integral que abarca un conjunto de acciones adoptadas por el Estado y que buscan sincronizar esfuerzos para garantizar simultáneamente los derechos y las libertades fundamentales de la población, a la vez de garantizar el orden y la justicia.³⁷

El pensamiento sistémico es un método de identificación de algunas reglas, algunas series de patrones y sucesos para prepararnos de cara al futuro e influir sobre él en alguna medida. Nos aporta cierto control.

Una de sus ventajas consiste en que nos proporciona métodos más eficaces para afrontar los problemas, mejores estrategias de pensamiento. No sirve sólo para resolver problemas, también para modificar el pensamiento que los origina.

Ni las personas, ni los acontecimientos se rigen por las reglas de la lógica, no son tan fáciles de predecir o resolver como las ecuaciones matemáticas. Se escapan a las soluciones rápidas, lógicas, ordenadas. La razón por la que el pensamiento habitual resulta insuficiente para manejar sistemas es que tiende a ver secuencias simples de causa y efecto, limitadas en espacio y tiempo, en lugar de una combinación de factores que se influyen mutuamente.³⁸

37 Bio, *Crimen e inseguridad, indicadores para las Américas*, Chile, Flacso, 2009, p. 6.

38 J. O'Connor e I. McDermott, *Introducción al pensamiento sistémico, recursos esenciales para la creatividad y la resolución de problemas*, Barcelona, Urano, 1998, p. 20.

Todas las partes de un sistema son dependientes entres sí, todas mantienen una interacción recíproca. El modo en que se relacionan unas con otras les da capacidad para influir en todo el sistema. De aquí puede inferirse una regla interesante para influir en los sistemas, en especial en los grupos: cuantas más conexiones tengamos, mayor será nuestra influencia potencial.

Concebir una política criminal como sistema implica, sobre todo, excluir, simultáneamente, todo dogmatismo y todo escepticismo. Es decir, no considerar ninguna razón como absolutamente aceptable, pero tampoco como absolutamente desechable.

Una concepción amplia de la política criminal debe, efectivamente, buscar la seguridad pública, pero por medio de la seguridad jurídica, a partir de la seguridad social. Son estos tres tipos de seguridad los que deben estructurar una política criminal, en sentido amplio: *la seguridad pública como meta, la seguridad jurídica como medio y la seguridad social como punto de partida*. El predominio de la seguridad pública, lleva a modelos represivos de política criminal, como el de *cero tolerancia*; el predominio de la seguridad jurídica, lleva a modelos liberales de política criminal, como el *modelo garantista* y el predominio de la seguridad social, lleva a modelos de control informal, como el de la *nueva prevención*.³⁹

La acción del Estado requiere la convergencia de todos los actores de la red penal en estrategias de *política criminal*, consensuadamente compartidas, y democráticamente definidas y fiscalizadas.

Es necesario implementar un sistema eficaz de prevención del delito, que responda a las características y exigencias de la seguridad ciudadana en el México actual, ya que durante decenios se ha privilegiado a las agencias de la procuración de justicia, de la impartición de justicia y de la ejecución penal, con descuido evidente de lo que debe constituir la plataforma de la política criminológica nacional: la profilaxis criminal.

Si el derecho penal es considerado, hasta hoy, como la *ultima ratio* por tratarse de un argumento al que hay que recurrir en última instancia cuando no es posible resolver

³⁹ A. Sánchez Sandoval (coord.), *Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo*, México, Porrúa, 2010, pp. 56-57.

la problemática social por otras vías menos violentas, y si cuando se accede a él ese instrumento interviene tarde y actúa mal, conviene recurrir a la prevención del delito como una especie de *prima ratio* a la que hay que acceder en primera instancia como la vía idónea para evitar la aparición de la problemática social por lo que a las conductas antisociales se refiere, la que se traduce en una intervención temprana, con benéficos resultados y sin acceder a la violencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo, *Crimen e inseguridad, indicadores para las Américas*. Chile, FLACSO, 2009.
- Beck, U., *¿Qué es la globalización?*, Barcelona, Paidós, 2008.
- Cámara de Diputados, *XXVIII Conferencia Internacional para el Control de las Drogas*, Cancún, 2011.
- Cámara de Senadores, *Dictamen de las comisiones Unidas*, disponible en: <<http://www.senado.gob.mx./gace.php?sesión=2008/02/08/1&documento=37>>.
- -----, *Gaceta*, núm. 224, año II, segundo periodo ordinario, legislatura LXI.
- Carbonell, Miguel y E. Ochoa Reza, *¿Qué son y para qué sirven los juicios orales? México*, Porrúa, 2008.
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Texto reformado según Diario Oficial de la Federación de fechas 18 de junio de 2008, 1 de junio de 2009 y 4 de mayo de 2009*.
- Estrada Michel, R. y M. Núñez Torres, *La reforma constitucional en México, ¿De qué constitución estamos hablando?* en P. R. Torres Estrada y M. Núñez Torres (coords.) *La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2008.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

- *García Ramírez, S., La reforma penal constitucional (2007-2008), México, Porrúa, 2008.*
- *Ianni, O., Teorías de la globalización, México, Siglo XXI Editores, 2006.*
- *Instituto Latinoamericano y de Caribe de planificación económica y social, Boletín, núm. 13, ILPES, Santiago, 2003.*
- *Jaén Olivas, A. S., ABC de la Reforma Constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública, manual de capacitación, México, Poder Judicial del estado de Hidalgo, 2009.*
- *Ley de Prevención del Delito para el estado de Hidalgo, Decreto núm. 219, publicado en el Periódico Oficial, 7 de diciembre, 2009.*
- *Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, Diario Oficial de la Federación, 2 de enero, 2009.*
- *Ley General para la Prevención Social de la Violencia y la Delincuencia, Diario Oficial de la Federación, 24 de enero, 2012.*
- *Lozano Tovar, E. Manual de política criminal y criminológica, México, Porrúa, 2010.*
- *Organización de las Naciones Unidas, Un enfoque democrático en materia de seguridad urbana, documento conceptual del Programa Ciudades Seguras, ONU-HABITAT, 2005.*
- *O'Connor, J. e I. McDermott, Introducción al pensamiento sistémico, recursos esenciales para la creatividad y la resolución de problemas, Barcelona, Urano, 1998.*

- *Organización de los Estados Americanos, La seguridad pública en las Américas. Retos y oportunidades, Washington D.C., OEA, 2a. ed., 2008.*
- *Pastrana Berdejo, J. D. y H. Benavente Chorres, Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica, México, Flores Editor, 2009.*
- *Ruipérez, J., De la reforma constitucional, consideraciones sobre su concepto y funciones en Pedro Rubén Torres Estrada y Michael Núñez Torres (coords.), La reforma constitucional, sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado, México, Porrúa, 2010.*
- *Sánchez Sandoval, A. (coord.), Seguridad pública y la teoría de los sistemas en la sociedad del riesgo, México, Editorial Porrúa, 2007.*
- *Secretaría de Seguridad Pública, Estrategia integral de prevención del delito y combate a la delincuencia, México, SSP, 2008.*
- -----, *Programa Nacional de Seguridad Pública (2008-2012), México, SSP, 2008.*
- *Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto Iberoamericano de derecho constitucional, Elementos para la construcción de una política de Estado para la seguridad y la justicia en democracia, México, UNAM/IIDC, 2011.*
- *Velázquez Estrada, A., Nuevo sistema de justicia penal para México, México, Senado de la República/UAEM/Poder Judicial del Estado de México/Porrúa, 2009.*

**MÉXICO FRENTE AL SISTEMA INTERAMERICANO
DE DERECHOS HUMANOS**

NURI CORTINA FLORES





El 8 de marzo de 2011, después de ocho años de que la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas en México, emitiera su recomendación para reformar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, finalmente se aprobó una modificación en materia de derechos humanos. Así, nuestro país eleva a rango constitucional los compromisos asumidos en tratados internacionales, garantizando el principio *pro persona*,¹ además de obligarse a adoptar todas las medidas conducentes a la prevención, investigación, sanción y reparación, por las violaciones a derechos humanos cometidas por agentes estatales. Otro avance importante se tradujo en la reforma a los artículos 94, 100, 103, 107, y 112 constitucionales, que contienen las disposiciones relativas al juicio de amparo, y por los cuales los ciudadanos pueden acudir a esta vía cuando se les hayan violentado sus derechos, consagrados en las leyes locales pero también en los tratados internacionales de los que México es parte.

La Constitución marca una necesidad de atender y reformar también las legislaciones secundarias en materia de justicia militar y de amparo, para ajustarse a los estándares internacionales en derechos humanos.

Sobre lo anterior, es pertinente tomar en cuenta que los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano, pueden ser considerados como simples convenios, con el fin de establecer derechos y obligaciones entre Estados parte u organismos internacionales, o integrarlos al derecho positivo nacional por medio de un proceso de firma del presidente de la república y ratificación del Senado. En este último caso, los tratados se convierten en normas generales y obligatorias para todas las autoridades mexicanas. Sin embargo, existen dos situaciones en las que es necesario expedir normas implementadoras de un tratado internacional, para que pueda convertirse en parte del orden jurídico local. Primera, en el caso de que dicho tratado no se adecúe a la Constitución, tendría que ser modificado, pues de lo contrario se violaría el principio de supremacía constitucional; y segunda, cuando exista la necesidad de expedir leyes que instrumenten al tratado si este así lo exige. Tal es el caso de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, de las que México es parte, que exigen a los Estados miembros, incorporar en sus legislaciones penales locales la tipificación de los delitos de tortura y desaparición forzada.

1 Profesora investigadora del Departamento de Derecho y Relaciones Internacionales Tecnológico de Monterrey, campus Estado de México.
Art. 1º, segundo párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado el 09 de febrero de 2012, dof.

En el mismo sentido, existen diferencias muy notorias entre un tratado internacional y otro en materia de derechos humanos. Cuando un Estado suscribe un tratado que tiende a la protección de los derechos humanos, se busca proteger la dignidad de todas las personas que se ubican dentro de su jurisdicción, sin obtener un beneficio directo como lo tendría si suscribiera cualquier tratado en materia comercial, por ejemplo.

No debemos olvidar que en el derecho internacional los tratados no son su única fuente, ya que el Estado está obligado a respetar los derechos humanos, con o sin ellos. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, dispone que las fuentes del derecho internacional son: las convenciones internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina. Pero además, en materia de derechos humanos se deben contemplar la obligatoriedad universal y regional de la norma que obliga a los Estados a respetarlos y garantizarlos de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas, por su carácter de *jus cogens*, principio definido también en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Dentro de los tratados universales se encuentran aquellos elaborados por las Naciones Unidas, y que engloban derechos plasmados en grandes convenciones. Ejemplo de lo anterior es la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero también existen a nivel regional convenciones que tienden a proteger derechos que son característicos de una región en particular. Así entonces, la Convención Americana de Derechos Humanos es un tratado regional que cuenta con protocolos adicionales como el Protocolo de San Salvador. Aunado a lo anterior también se reconocen instrumentos dedicados a proteger derechos específicos como los derechos del niño o de las mujeres.

Los principios generales del derecho son sumamente importantes para ayudar en la interpretación de las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, y los consideramos como principios comunes a los sistemas jurídicos mundiales que han alcanzado su objetivización en el derecho interno. El principio *pro persona* o *pro homine*, es un principio general del derecho sobre el cual descansa la reforma constitucional mexicana actual, y el llamado control de convencionalidad.

Y es que nuestro país ha sido objeto de sendas denuncias por presuntas violaciones de derechos humanos por parte de distintas personas, que van desde violaciones de derechos políticos, hasta tortura y desapariciones forzadas. Por este motivo, México ha

tenido que asumir su responsabilidad de cubrir los daños causados por estas violaciones cuando así lo ha sentenciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CORTE), como órgano judicial de la Organización de Estados Americanos (OEA), y a la cual México le reconoció competencia contenciosa el 16 de diciembre de 1998. Esto quiere decir que las sentencias emitidas por la CORTE tienen carácter de obligatorias para México y nuestro sistema judicial en general. Sin embargo, muchas de estas sentencias no han sido cumplidas en su totalidad.

Para adentrarnos en el análisis de los casos en los que México ha sido demandado y sentenciado por la Corte, primero debemos conocer el contexto en el que surgen los primeros ordenamientos en materia de derechos humanos que influyeron en el contenido de los tratados internacionales actuales.

En lo que conocemos como la edad moderna, podemos válidamente afirmar que el hombre como individuo pasa a ser el centro de la cultura, adoptando un espíritu individualista. Entre los siglos XVI y XVIII la escuela racionalista defiende la existencia de un derecho natural racional, elaborando la teoría de los derechos naturales individuales y universales. De ahí que los primeros textos (y más representativos) del siglo XVIII hayan sido las declaraciones americana y francesa, pues sirvieron como antecedente a las futuras Constituciones del siglo XIX.

Dentro del contexto histórico, Virginia fue la primera en encabezar los deseos de independencia de las colonias británicas en Estados Unidos. Así, en 1776, se le encomendó a George Madison la redacción de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, que contenía la declaración de derechos humanos. Sería hasta 1791 que en la Constitución norteamericana se incluyeran estos derechos, con el calificativo de enmiendas.

Por su parte, la situación en Francia durante los siglos XVII y XVIII era insostenible, debido a la aguda pobreza y marginación que sufría el pueblo por contar con instituciones de poder absolutistas y caducas. La revolución era el único camino para conseguir un cambio que revertiera esta deplorable situación. Los ciudadanos, organizados en la Asamblea General, elaboraron en 1789 la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Como podemos apreciar, ambos movimientos surgen debido a una imposición de normas absurdas por parte de sus respectivos Estados, y de un intenso control político que dejaba en franca indefensión a los pobladores, y más aún, contribuía a su opresión y desgracia. Ante esta realidad, se considera que los derechos fundamentales de las personas deben ser, ante todo, respetados por la autoridad, y protegidos por ella de manera primordial y apremiante. Además, ambos instrumentos compartían características similares, como el reconocimiento de una amplia gama de derechos fundamentales, incluyendo los civiles, los políticos, los sociales, los económicos y los culturales. Aún cuando en su momento no fueron considerados como vinculantes, sirvieron de base al derecho consuetudinario internacional obligatorio para los Estados miembros de las Naciones Unidas y, consecuentemente, de la OEA.

Si bien es cierto que los derechos humanos provenían de una base jusnaturalista, es con estas declaraciones que inicia su positivización hasta nuestros días. Ejemplo de lo anterior son las reformas y modificaciones que sufrieron las constituciones en su tránsito hacia una democracia política, donde se limitaba la protección de los derechos civiles y políticos, hasta alcanzar una democracia social en la que se encuentran ya garantizados los mencionados derechos económicos, sociales y culturales.

En el plano del derecho internacional de los derechos humanos, reconocemos que existe un parte aguas entre el mundo como se conocía antes, y como se conoció después de la segunda guerra mundial, en particular, después del Holocausto. El Holocausto fue la persecución y asesinato sistemático de judíos y otros grupos, por parte del Estado nazi. Los nazis, que en 1933, tomaron el poder en Alemania, se ostentaban como una raza superior, y se dedicaron a exterminar a aquellos que consideraban inferiores racialmente, como los gitanos, los discapacitados, los comunistas, los testigos de Jehová y los homosexuales, aunque fuesen alemanes también. Durante los primeros años de su gobierno, se instalaron campos de concentración, ghettos, campos de tránsito y campos de trabajos forzados, para lograr su objetivo de erradicar a los inferiores. Entre 1941 y 1944, los nazis asesinaron a miles de personas en cámaras de gas ubicadas en los llamados centros de exterminio. Tras la incursión por parte de los aliados y el derrocamiento del régimen nazi, la comunidad internacional empezó a reclamar justicia por las atrocidades cometidas en contra de personas inocentes, muchas de ellas niños y ancianos, a las cuales se les había privado de la vida, y cuyos verdugos debían ser castigados con todo el rigor de la ley. En 1945 entra

en funciones el tribunal militar internacional para conocer y castigar a los responsables del genocidio, y actos brutales que acontecieron de 1939 a 1945. Nuremberg fue la ciudad en donde se llevaron a cabo los procesos judiciales en contra de oficiales del régimen nazi, y que sirvieron de base para desarrollar una jurisprudencia específica internacional en materia de crímenes de guerra y de lesa humanidad. Igualmente, se emiten los principios del derecho internacional, reconocidos en la Carta de los Juicios de Nuremberg y en las Determinaciones del Tribunal, conocidos como “Principios de Nuremberg”. Estos fueron aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, y ayudaron a la creación de la Corte Penal Internacional y los tribunales ad-hoc actuales. Los principios son siete, y destacan algunas consideraciones muy valiosas para el ámbito de los derechos humanos, pero sobre todo en materia de derecho internacional humanitario, tales como el reconocimiento de que los Estados son entes abstractos que no pueden ser condenados por crímenes individuales, por lo que cualquier persona que cometa un delito internacional debe ser castigada por el mismo. Tampoco se exime de responsabilidad a los jefes de Estado, ni a oficiales de alto rango o que hayan actuado bajo las órdenes de un superior, para ser entregados a la justicia y juzgados por sus crímenes. Es importante destacar que existe un principio que establece que si las leyes locales no imponen un castigo o tipifican el delito, se podrá condenar al inculcado a través de leyes internacionales. Esta disposición ha sido retomada por el estatuto de Roma que da vida a la Corte Penal Internacional.

Frente a este contexto histórico, en 1946, las Naciones Unidas crean la Comisión de Derechos Humanos encargada de elaborar la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Posteriormente, la Comisión redactó varias convenciones y declaraciones que pretendían proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos más vulnerables, como la Convención sobre los derechos del niño y la Convención contra el genocidio.

Como hemos podido apreciar hasta este momento, la protección a los derechos humanos inicia como una respuesta a situaciones locales de violencia en contra de los ciudadanos. Pero cuando la protección no se puede obtener de manera local, se crean organismos supranacionales para su protección complementaria o subsidiaria. Según Thomas Buergenthal en su libro *Derechos humanos Internacionales*, las normas internacionales sustantivas que se agrupan con el nombre de derecho internacional de los derechos humanos, son normas relativas a la protección de los individuos y los grupos en contra de las

violaciones gubernamentales de sus derechos garantizados internacionalmente, así como al fomento de estos derechos.² En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos crea prerrogativas en beneficio de personas individuales o colectivas, garantizándoles el acceso a organismos internacionales de protección. Por lo tanto, los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos se encuentran agrupados en dos grandes dimensiones; la universal, que contempla el sistema de las Naciones Unidas; y la regional abarcando el sistema europeo, africano y americano.

Como hemos podido observar, las Naciones Unidas elaboraron varios instrumentos dirigidos a la protección de los derechos humanos en el mundo, con el objetivo fundamental de adoptar medidas internacionales de aplicación efectiva para la protección y defensa de los derechos humanos.

En el ámbito regional, el sistema europeo se basa en la Convención Europea de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma el 4 de noviembre de 1950, y en vigor desde 1953, además de su protocolo adicional. La Convención supone la aparición de un derecho supraestatal, para garantizar de forma real la observancia efectiva de los derechos humanos dentro de sus respectivas jurisdicciones. Este derecho se convierte así en ley positiva internacional y crea órganos jurisdiccionales para su aplicación material como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En cuanto al sistema africano, este se encuentra en un menor desarrollo en comparación con los demás sistemas del mundo, debido a la lentitud y la falta de compromiso político de los Estados africanos, para implementar un mecanismo que vele por las innumerables violaciones que sufren día con día en este continente miles de personas inocentes. Su documento base es la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como Carta de Banjul, en vigor desde 1986. Esta carta contiene una disposición que llama la atención, pues permite a los Estados imponer restricciones y limitaciones a los derechos que proclaman, algo que parecería inaudito en los sistemas de protección del mundo, ya que los derechos humanos no pueden ser limitados en ningún momento al ser considerados como normas de *jus cogens*.

² Buergenthal, Thomas, *Derechos Humanos Internacionales*, México, Gernika, 2a. ed., 1996, p. 31.

Al día de hoy se desconoce el trabajo efectivo de la Corte Africana de Derechos Humanos, pues sólo ha emitido informes anuales dando a conocer sus labores administrativas. Mucho se ha discutido en el sentido de que la verdadera intención de los Estados africanos fue la de crear esta instancia por presiones del exterior, y para protegerse a sí mismos evitando el escrutinio internacional.

Intencionalmente dejé al final el estudio del sistema americano pues es el punto esencial de este análisis y al que me referiré con mayor profundidad.

El sistema americano se basa en la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor desde 1978, y comúnmente conocida como Pacto de San José. La OEA es una organización internacional regional, creada en 1948, con la finalidad de servir como un foro idóneo para la discusión de asuntos de interés del continente americano, de integración y de toma de decisiones. Dentro de sus funciones de tutela y protección a los derechos humanos, el organismo creó dos órganos de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte interamericana de derechos humanos (CORTE). La CIDH representa a todos los Estados miembros de la OEA, y actúa en su nombre; con sede en Washington D.C., está compuesta por siete comisionados que cuentan con funciones políticas y judiciales. Son las funciones judiciales las que nos requieren la atención en este momento, y se refieren a su capacidad de adjudicar casos presentados en contra de un Estado miembro de la organización. A través de esta función, la CIDH emite recomendaciones para que el Estado repare el daño causado y atienda a las víctimas. En este sentido, los Estados tienen la oportunidad de tomar todas las medidas adecuadas para esclarecer los hechos y reparar las violaciones a derechos humanos, así como revertir las causas que propician esta constante comisión de abusos por parte de agentes del mismo Estado o con su anuencia.

Por su parte, la CORTE es el órgano judicial de la OEA, que tiene como principal objetivo la aplicación e interpretación de las disposiciones de la Convención Americana. Con sede en San José, Costa Rica, está formada por siete jueces, y tiene competencia consultiva y contenciosa. También puede adoptar medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, que supongan un daño irreparable a la víctima. Dentro de su competencia contenciosa, la CORTE tiene la facultad de resolver casos, previo agotamiento de los procesos ante la CIDH, por violaciones a la Convención. Sin embargo, puede utilizar

otras normas del gran *corpus juris* internacional de los derechos humanos, y tratados internacionales que le otorguen competencia para supervisar las obligaciones de los Estados al ratificarlos.

Es importante destacar el contexto histórico en el que surgen ambos organismos, y su desarrollo en la región de Latinoamérica para conocer y apreciar su importante labor en materia de defensa y protección de derechos humanos.

Las dictaduras en varios Estados, violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, aunado a una extrema pobreza, deficiencias en la educación y falta de trabajo, constituyó el espacio ideal para enfocarse en los problemas que sufría la sociedad civil frente a los abusos del gobierno en Latinoamérica. Dentro de este contexto, la labor judicial de la CORTE se inició en la década de los ochenta, con el fallo histórico en el caso Velázquez Rodríguez vs Honduras,³ sobre la práctica de desapariciones forzadas sistemáticas, ordenadas por el Estado hondureño. Esto evidenció la importante labor de la CORTE, buscando la reparación del daño por violaciones de derechos humanos, cuando el mecanismo de protección nacional fallaba. También se desprendió del fallo del citado caso, el deber de prevenir, como parte de la obligación del Estado de garantizar: “el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo o cultural que promueven la salvaguarda de los derechos humanos, y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.”⁴

En este caso la CORTE también determinó que los Estados pueden ser declarados internacionalmente responsables por violaciones a derechos humanos, cometidas de forma directa a través de sus agentes, o indirecta por dejar de actuar ante acciones de particulares que violen la Convención.

México ha sido condenado por este tribunal en seis ocasiones, emitiéndose medidas de reparación, importantes y trascendentes para las instituciones públicas del país. Estos

³ Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988.

⁴ Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras, fondo párrafo 175, sentencia del 29 de julio de 1988 y art. 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

casos han servido de base para proceder a reformar la ley local, y cambiar la forma en la que los derechos humanos son percibidos en nuestro país.

El primer caso que se presentó ante la CORTE fue el del señor Alfonso Martín del Campo Dodd,⁵ el cual, tras su estudio y análisis, se decidió en su etapa de excepciones preliminares, es decir, no fincar responsabilidad internacional para el Estado. El señor Martín del Campo fue relacionado con el homicidio de su hermana y cuñado en su domicilio ubicado en la ciudad de México. Desde su detención por agentes de la policía, se argumentó que había sido objeto de tortura para obtener su declaración de culpabilidad, y que habían existido irregularidades tanto en la investigación de los hechos como durante el proceso penal. Aún cuando el asunto fue conocido por la CIDH y turnado posteriormente a la CORTE, esta decidió otorgar al Estado la defensa basada en la objeción *ratione temporis*, por la cual la Corte no podía conocer del presente caso debido a que México había reconocido su competencia contenciosa en 1998, mientras que los hechos habían acontecido seis años antes, en 1992, por lo que, aplicando el principio de irretroactividad de la ley, la CORTE era incompetente para fallar en este caso.

Si bien la CORTE emitió su fallo con base en un criterio de competencia internacionalmente reconocido, dejaba de manifiesto que existían grandes temas urgentes a tratar con prontitud en las legislaciones locales penales. Resulta lamentable que nuestro país tenga que ser demandado ante un tribunal internacional para hacerle ver las claras deficiencias legislativas que en esta materia tiene, en lugar de impulsar las acciones debidas para prevenir y castigar las violaciones al debido proceso legal.

Lo anterior nos lleva a afirmar que la CORTE no puede ejercer su jurisdicción para conocer del fondo de un asunto, hasta que se hayan agotado todos los requisitos de admisibilidad; es decir, el proceso ante la CORTE incluye un examen de las excepciones preliminares planteadas por el Estado, como en este caso, entre otras, la excepción *ratione temporis*, para proceder entonces a analizar el fondo.

Por su parte, el recurso ante la CORTE se interpone por violaciones a un derecho fundamental, previo agotamiento de los recursos internos. Ahí se encuentra la constitucionalidad de

⁵ Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs México, sentencia del 3 de septiembre de 2004.

la jurisdicción, es decir, la posibilidad de controvertir resoluciones de última instancia, locales y constitucionales, ante una instancia internacional, como lo es la CORTE. En este sentido hay que atender a la integridad de los derechos constitucionales, como en el caso *Castañeda Gutman vs México*,⁶ donde se alegaba la falta de acceso a la justicia por no existir un recurso idóneo y efectivo para que la víctima presentara su inconformidad. El derecho fundamental a un recurso efectivo se hizo para impugnar constitucionalmente un procedimiento. En materia de derechos humanos, el Estado no se puede limitar a no incurrir en conductas violatorias, sino que además debe emprender acciones positivas para permitirle a todos sus habitantes el ejercicio y goce de sus derechos humanos. Por lo tanto, la primera obligación del Estado es la de adecuar su legislación interna a los estándares internacionales suscritos por él mismo a través de la firma de tratados internacionales en esta materia. Y para que esta normatividad opere cabalmente, el Estado debe ofrecer recursos y remover obstáculos para que los individuos tengan la posibilidad de reclamar posibles violaciones a sus derechos humanos.

De los cinco casos siguientes en los que México ha sido demandado, en tres se encuentran involucrados víctimas de comunidades indígenas y en cuatro, el ejército mexicano. Al igual que en nuestro país, lamentablemente han sido varios los casos que se han impugnado ante la CORTE en materia de masacres cometidas por agentes del ejército en contra de indígenas, como el caso de *Barrios Altos vs Perú*,⁷ cuyos crímenes habían quedado impunes gracias a leyes de amnistía peruanas, que prohibían la investigación y procesamiento de los culpables de violaciones graves a derechos humanos. Así, en 2001, la CORTE declaró que dichas leyes eran contrarias al espíritu de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues impedían la investigación y sanción de las violaciones de derechos humanos. Uno de los Estados que adoptó este criterio fue Argentina, anulando sus leyes de amnistía.

Los casos de *Cabrera García y Montiel Flores*,⁸ *Rosendo Cantú*,⁹ y *Fernández Ortega*¹⁰ vs México, han sido claros ejemplos de las injusticias que se cometen en nuestro país en contra de indígenas, y que a la fecha permanecen impunes por falta de voluntad política y condiciones de seguridad jurídica que permitan su esclarecimiento y castigo. En los casos de campesinos ecologistas y mujeres Me'phaa, ha quedado claro que el fuero militar

6 Caso *Castañeda Gutman vs México*, sentencia del 6 de agosto de 2008.

7 Caso *Barrios Altos vs Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001.

8 Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010.

9 Caso *Rosendo Cantú vs México*, sentencia del 31 de agosto de 2010.

10 Caso *Fernández Ortega vs México*, sentencia del 30 de agosto de 2010.

contribuye de forma decisiva a que las violaciones a derechos humanos queden impunes. En efecto, aún cuando se cometan detenciones arbitrarias, violaciones sexuales y torturas físicas y psicológicas, la probabilidad de que se conozca y castigue a los responsables es mínima. La propia Constitución establece que el fuero de guerra no podrá ser extendido a personas que no pertenezcan al ejército.¹¹ Pero el Código de Justicia Militar permite su aplicación a todo delito cometido por militares, convirtiendo el sistema de jurisdicción militar en fuero personal.¹² En los casos mencionados, existieron violaciones a derechos humanos y sin embargo, se les hizo extensivo el fuero militar para conocer de ellos, configurándose una falta al derecho internacional de los derechos humanos y al criterio constante de la CORTE, que determina que dicho fuero únicamente puede aplicarse a bienes jurídicos militares pero no a violaciones de derechos humanos.¹³

En el primer caso, los campesinos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flores, fueron detenidos arbitrariamente por el ejército mexicano en 1999, por defender los bosques en la comunidad de Pizotla en Guerrero. Después de cinco días de detención, en los que fueron torturados y obligados a firmar confesiones, fueron puestos a disposición de la autoridad judicial. Así, permanecieron dos años privados de su libertad, hasta que en noviembre de 2001 se ordenó su liberación. La autoridad nunca investigó ni sancionó las torturas. En este caso, resulta importante destacar que los defensores de derechos humanos ecologistas también son objeto de hostigamiento y represión por parte de las autoridades, lo que conlleva un alto riesgo de que se sigan cometiendo abusos y arbitrariedades en su contra.

En febrero de 2002, Valentina Rosendo Cantú salió de su casa hacia el arroyo para lavar su ropa. En ese momento se le acercaron ocho soldados del ejército mexicano, la empezaron a interrogar sobre el paradero de varias personas que estaban buscando y pensaban se escondían en esa población de Guerrero. Al no obtener información alguna la golpearon con sus armas y la violaron sexualmente. El calvario que tuvo que sufrir esta mujer, hasta que su caso fuese conocido y sentenciado por la CORTE, no tiene forma de reparación alguna. Igual suerte corrió Inés Fernández Ortega, en Guerrero, quien formó parte de la Organización Independiente de Pueblos Mixtecos y Tlapanecos, con el fin de luchar para conseguir mejoras en la calidad de vida y los servicios para sus pobladores; además de pelear por la justicia ante los hechos ocurridos en la Masacre del

11 Art. 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

12 Art. 57, fracción II del Código de Justicia Militar, reformado el 09-04-2012 por.

13 Caso de la masacre de la Rochela vs Colombia, sentencia del 28 de enero de 2008. Caso de la Cantuta vs Perú, sentencia del 29 de noviembre de 2006.

Charco donde fueron asesinados indígenas a mano de militares. Posteriormente, esta organización se dividiría en otras como la Organización del Pueblo Indígena Me'phaa, dentro de la cual Inés tuvo una participación más activa. En Marzo de 2002, once militares se presentaron en el domicilio de Inés y la interrogaron sobre el paradero de su esposo, así como de unos pedazos de carne que tenía colgados en la entrada de su casa, apuntándola con sus armas en todo momento. Al no obtener respuesta, pues la mujer no hablaba español, uno de los militares la agredió sexualmente, mientras los demás se robaban la carne de res que colgaba en el patio.

Al igual que los dos casos anteriores, esta situación refleja la indignante condición de los derechos humanos en México, así como los riesgos que enfrentan las personas que denuncian estas violaciones, pues son víctimas entonces de amenazas en contra de su vida y la de sus seres queridos.

Y no solamente en estos tres casos estuvo implicado el ejército, en el caso Radilla Pacheco vs México,¹⁴ se evidencian los horrores perpetrados contra la sociedad civil durante la época de la llamada “guerra sucia” en México. La Corte declaró al Estado responsable por violar el derecho a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales del señor Rosendo Radilla Pacheco, víctima de desaparición forzada por parte de agentes del ejército. Y es que durante los años setenta, existió un patrón de desapariciones forzadas, torturas y ejecuciones sistemáticas para reprimir los movimientos de oposición. Aún cuando se logró la consignación de un culpable, el proceso se remitió al fuero militar, reiterando la Corte su criterio de que los derechos humanos no pueden ser competencia de la jurisdicción militar.¹⁵ Los procesos que han vivido las víctimas de estos casos, han tenido que ser ventilados en una instancia internacional, ya que en nuestro país no se puede acceder a la justicia cuando se cometen abusos militares que afectan derechos humanos de civiles.

El caso Radilla es prueba evidente de las tensiones que surgen entre la autoridad civil y la castrense. La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), emitió una

14 Caso Radilla Pacheco vs México, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

15 La Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn) determinó las obligaciones que corresponden al poder judicial de la federación, establecidas en la sentencia emitida por la Corte en el caso Radilla Pacheco vs México, así como la forma de instrumentarlas. Destacan la garantía de que la averiguación previa permanezca en la jurisdicción ordinaria y no regrese al fuero militar, que quienes imparten justicia en México están obligados a inaplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que los tribunales correspondientes comunicarán a la scjn cuando tengan algún asunto de desaparición forzada para que esta ejerza su competencia originaria o, en su caso, la facultad de atracción. Expediente varios 912/2010.

recomendación¹⁶ relativa a las desapariciones forzadas cometidas durante la década de los setenta y principios de los ochenta, creándose la Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado, coadyuvando a presentar la verdad histórica que atravesaba nuestro país en esos tiempos de represión política y falta de acceso a la justicia. Lamentablemente, en 2006 desapareció y se le solicitó a la Procuraduría General de la República (PGR), por conducto de la Coordinación General de Investigación de la Subprocuraduría Especializada en Delitos Federales, que asumiera estas funciones. Hasta el momento, la Coordinación no ha avanzado en el proceso de investigación de los casos, ni cuenta con mecanismos que aseguren el derecho a la verdad y la justa reparación a las víctimas.

Ultimamente, el tema del control de la convencionalidad es el que ha sido más discutido dentro del poder judicial federal, pues de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),¹⁷ los jueces de todo el país están obligados a verificar que las leyes se apliquen conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo que deben aplicar un control “difuso” de constitucionalidad y un control de convencionalidad.

La doctrina del control de convencionalidad surge en el 2006 en el caso *Almonacid Arellano vs Chile*,¹⁸ por la cual dispone que los jueces locales se encuentran sometidos a los tratados internacionales suscritos por el Estado, y están obligados a velar porque los efectos de las disposiciones contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, no se vean disminuidos por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo y fin. Desde entonces este criterio se ha consolidado, al aplicarse en otros casos como el de *Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, contra México*. En el voto razonado del Juez Ad-Hoc, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot,¹⁹ en relación con la sentencia de la CORTE en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, establece que “el control de convencionalidad debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales”.²⁰ Así, la CORTE extiende el control de convencionalidad a los tribunales locales, como un deber de actuación en el ámbito interno, pero conservando su

16 Recomendación 26/2001 Comisión Nacional de Derechos Humanos, caso sobre las quejas en materia de desapariciones forzadas ocurridas en la década de los 70 y principios de los 80. *Gaceta de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, año 11, núm. 136, noviembre, 2001.

17 Consulta a trámite en el expediente varios 912/2010, SCJN, caso *Radilla Pacheco*, julio 2011.

18 Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, párrafos 123 a 125, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Encuentra su fundamento legal en el art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

19 Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la SCJN en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, del 26 de noviembre de 2010.

20 Voto razonado en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, párrafo 20.

calidad de intérprete último de la Convención. El control “difuso” de convencionalidad se refiere a la posibilidad de que todos los jueces locales, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, deban ejercerlo. También hablamos de control difuso al hablar de que se ejerce *ex officio*, tratándose así de una nueva vertiente del principio *iura novit curia*.²¹

En los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, la CORTE determinó que durante el año 2002, ambas fueron agredidas sexualmente y torturadas por elementos del ejército en Guerrero. En ambos casos se presentó una falta de diligencia en las instancias civiles, e imparcialidad en las militares, lo que las condujo a buscar ayuda internacional ante la CORTE. Un factor muy importante que determinó el fallo de la CORTE fue el de conducir una audiencia pública para conocer de viva voz el testimonio de las víctimas. Reviste especial importancia que la CORTE realice estas audiencias públicas donde se desahogan los testimonios de las víctimas y testigos, así como los informes periciales.

Debemos tener presente que las mujeres indígenas son las que sufren en mayor grado la discriminación racial, pero también de género, agravada por la pobreza extrema en la que viven.

Como consecuencia de las sentencias se incluyeron medidas de reparación como el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la atención médica, indemnización monetaria, y reformas legislativas internas. Pese a que dichas sentencias emitidas por la CORTE tienen un carácter definitivo e inapelable, el Estado no les ha dado cabal cumplimiento. Esto se evidencia, por ejemplo, en que las investigaciones permanecen en el fuero militar sin que se hayan remitido los expedientes a la instancia civil.

Los casos de violación cometidos por miembros del ejército mexicano, deben ser investigados como violaciones graves a los derechos humanos, y no deben permanecer en el fuero militar ni un momento más. Así lo ha reiterado la CORTE en sus sentencias en contra de México, ordenando reiteradamente al Estado reformar su ley interna para

21. *Ibid.*, párrafos 42 y 43.

asegurar que los abusos a derechos humanos sean investigados, procesados y castigados en el fuero civil. Hasta la fecha (2012), México ha hecho caso omiso a esta sentencia.

En virtud de los tratados internacionales que nuestro país ha firmado en materia de derechos humanos, además de la Convención Interamericana, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de Belén do Pará, existe el deber de enfrentar y detener la violencia en contra de las mujeres. Así las cosas, en el último caso por analizar encontramos un delito que ha sido tipificado en nuestra legislación local gracias a la sentencia condenatoria: el feminicidio. En este punto quiero resaltar que no toda violación a un derecho humano en perjuicio de una mujer constituye un acto de violencia contra las mujeres, ni una violación a la Convención de Belém do Pará. Las cifras de las que se allega la CORTE son significativas para realizar esta determinación, así como el contexto en el que se desarrollan. En el caso que nos ocupa, la cultura de la discriminación en contra de la mujer, contribuyó a los homicidios en Ciudad Juárez, Chihuahua, y la impunidad en la que se encuentran los perpetradores contribuye a confirmar que esa violencia y discriminación sea aceptable.

El caso González y otras vs México, comúnmente llamado caso Campo Algodonero, atrajo la atención local e internacional, al encontrarse en Ciudad Juárez los cuerpos mutilados de cientos de mujeres, muchas de ellas apenas adolescentes y trabajadoras en la maquila fronteriza. México fue declarado responsable por violaciones a la vida, integridad personal, y falta de acceso a la justicia, al haberse encontrado evidencia suficiente de incumplimiento a sus obligaciones internacionales establecidas en la Convención Americana y la Convención de Belen do Pará. Si bien es cierto que sólo tres familiares de las mujeres asesinadas presentaron su demanda ante la CIDH, la sentencia que la CORTE impuso a México, abarca un espectro mayor, pues reconoce que la violencia contra las mujeres que se vive en Juárez desde 1993, es una violación estructural de derechos humanos de la cual el Estado es responsable. Pero además, impone la obligación de no repetición, lo que implica que el Estado tome todas las medidas necesarias para que hechos semejantes no vuelvan a ocurrir.²² Lo anterior se impuso, considerando el grave daño social y sus repercusiones hacia las siguientes generaciones, no sólo en el ámbito local, sino ante la comunidad de estados americanos y la comunidad internacional.

²² Campo Algodonero. *Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano*, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez, A. C., y Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, México, febrero 2010, p. 13.

Recordemos que las sentencias de la CORTE son definitivas e inapelables, y deben ser respetadas y aplicadas por los Estados de forma inmediata y sin dilación. La CORTE está facultada para supervisar su debido cumplimiento por medio de audiencias e informes periódicos. En este caso en particular, es la primera vez que una mujer juez preside este proceso.²³

También constituyó la primera ocasión en la que, desde la demanda, se plantearon violaciones a la Convención de Belém do Pará y que el Estado, a pesar de haberla ratificado, no aceptó, ni reconoció las responsabilidades que esta le impuso.²⁴

Para finalizar este breve análisis, podemos afirmar que mientras en México se continúen presentando deficiencias en los procesos de investigación de los delitos, la impunidad en la que viven los perpetradores de estos crímenes atroces, sin recibir castigo alguno por violar derechos humanos de personas inocentes y vulnerables, así como un desinterés por atender los ordenamientos internacionales y las decisiones de la CORTE, aunado a un exceso de trabajo en Ministerios Públicos y tribunales penales locales, no cesarán los casos ni las demandas en contra de nuestro país.

México sólo podrá avanzar en este aspecto, si existe un firme compromiso político de hacer valer los acuerdos adoptados a nivel internacional, y que tienen un impacto en la sociedad civil. Entender que la protección de los derechos humanos es una obligación fundamental del Estado, pues de lo contrario nos alejaríamos del verdadero sentido del estado de derecho y se promovería al contrario, un estado de ilegalidad, corrupción e impunidad.

En la actualidad no podemos considerarnos ajenos, y desatender los grandes problemas que aquejan a nuestra comunidad, no sólo local, sino internacional. Cada Estado debe respetar y promover el respeto de los derechos humanos dentro de sus respectivas competencias y jurisdicciones, y poner a disposición de sus pobladores los recursos judiciales efectivos e idóneos para cumplir con su obligación de dar acceso a la justicia cabalmente.

²³ Juez Cecilia Medina Quiroga, presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el caso Campo Algodonero

²⁴ *Campo*, op. cit., p. 52

BIBLIOGRAFÍA

- Buergethal, Thomas, *Derechos humanos internacionales*, México, Gernika, 2a. ed., 1996.
- Dondé Matute, Javier, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su relevancia en el derecho penal internacional*, México, INACIPE, 2006.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Fernando Silva García, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México Porrúa/UNAM, 2011.
- Galvis, María Clara y Katya Salazar, *La jurisprudencia internacional y el procesamiento de violaciones de derechos humanos por tribunales nacionales*, Washington D. C., 2007.
- González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Barcelona, Alfaomega, 2002.
- Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1998.
- Martín, Claudia, Diego Rodríguez Pinzón y José A. Guevara, *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2004.
- Mbaya, Étienne-Richard, *Génesis, evolución y universalidad de los derechos humanos ante la diversidad de las culturas*, *Estudios de Asia y África*, XXXII, 1, 1997.
- Massini-Correas, Carlos I., *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

- *Medina Quiroga, Cecilia y Claudio Nash Rojas, Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección, Santiago, Universidad de Chile-Facultad de Derecho/ Centro de Derechos Humanos, 2007.*
- *Mestre Chust, José Vicente, "Legitimación filosófica de los derechos humanos", A Parte Rei. Revista de Filosofía, Sociedad de Estudios Filosóficos de Madrid, núm. 37, enero, 2005.*
- *Pedroza de la Llave, Susana Thalía, "La reinterpretación constitucional del fuero de guerra o militar en el marco del estado democrático", Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 25, julio-diciembre, 2011.*
- *Vargas Valencia, Aurelia, Derechos Humanos, Filosofía y Naturaleza, México, UNAM, 2000.*
- *Campo Algodonero. Análisis y propuestas para el seguimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano, Red Mesa de Mujeres de Ciudad Juárez, A. C./Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer, febrero, México, 2010.*
- *Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Analogías y diferencias, Comité Internacional de la Cruz Roja, Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, enero, México 2003.*
- *Los derechos humanos en México en el contexto de la guerra contra el crimen organizado, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., México, 2012.*
- *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México/ Grupo Mundi-Prensa, México 2003.*

- *La impunidad militar a juicio. Los casos de Valentina Rosendo Cantú, Inés Fernández Ortega y los campesinos Rodolfo Montiel Flores y Teodoro Cabrera García, Centro de Derechos Humanos de la Montaña "Tlachinollan"/Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez/Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, México, 2010.*
- *México, a dos años del examen periódico universal, Balance del cumplimiento de las recomendaciones emitidas por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, Red Nacional de Organismos de Derechos Humanos "Todos los derechos para todos y todas", junio, México, 2011.*
- *México, Mujeres indígenas e injusticia militar, Amnistía Internacional, Londres 23 de noviembre, 2004.*
- *México, nuevos informes de violaciones de derechos humanos a manos del ejército, Amnistía Internacional, Londres, 2009.*

PÁGINAS ELECTRÓNICAS

- *Tribunal Europeo de Derechos Humanos:* <<http://www.echr.coe.int/echr/>>
- *Corte Interamericana de Derechos Humanos:* <<http://www.corteidh.or.cr/>>
- *Corte Internacional de Justicia:* <<http://www.icj-cij.org/homepage/sp/>>
- *Corte Penal Internacional:* <<http://www.icc-cpi.int/>>

PERVIVENCIA DEL SISTEMA DE ENJUICIAMIENTO
CRIMINAL DE CORTE MIXTO EN LA REFORMA
CONSTITUCIONAL AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL
MEXICANO DE JUNIO DE 2008

UN SUCINTO HOMENAJE AL *code d'instruction criminelle*
FRANCÉS DE 1808, EN OCASIÓN DEL BICENTENARIO DE SU
ENTRADA EN VIGOR

JUAN MORENO SÁNCHEZ^{1*}

¹ *Licenciado y maestro en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), es licenciado en Ciencias Políticas y Administración Pública por la misma casa de estudios. Realizó estudios de posgrado en derecho penal en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Actualmente es profesor-investigador en el Instituto de Formación Profesional (IFP), de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (PGJDF).



Sumario: Introducción. I. La declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano: fundamento del derecho penal de corte liberal. II. El Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y el sistema procesal penal de corte mixto. III. La vertiente procesal de la reforma constitucional de junio de 2008: ¿un modelo acusatorio o el perfeccionamiento del sistema procesal penal de corte mixto?. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Dentro de la evolución de la tradición jurídica de Occidente, el espíritu del iluminismo francés del siglo XVIII, propició un vuelco en el orden normativo, por sus implicaciones *humanistas*; a comienzos del siglo actual, dicho espíritu todavía constituye una importante fuente de inspiración para el desarrollo del derecho. Es así como las directrices que informan al otrora estado demócrata liberal siguen siendo el punto de partida de la actuación de los llamados estados de derecho –como es el Estado mexicano.

La hegemonía del pensamiento galo se gestó con la proclama de la *Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen* –Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano– en los albores de la revolución francesa de 1789; continuó su crecimiento a través del movimiento codificador de las materias civil, mercantil y penal durante la Francia napoleónica; y se ha reproducido por su influencia en la creación y reforma de la legislación de casi toda la Europa continental y distintas latitudes –especialmente Latinoamérica–, durante los siglos XIX, XX e incluso, en lo que va del XXI.

Respecto del movimiento codificador, destacamos el *Code d'Instruction Criminelle* –Código de Instrucción Criminal– francés de 1808, ordenamiento que entrelazó la entonces materia penal adjetiva *inquisitorial* prevaleciente en el viejo continente, con las directrices de la forma de enjuiciamiento criminal de corte *acusatorio*, dando como resultado un sistema procesal penal mixto, cuya orientación fue adoptada por diversos proyectos de nación, como ha sido el caso del Estado mexicano.

I. LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO: FUNDAMENTO DEL DERECHO PENAL DE CORTE LIBERAL

Como es sabido, la epopeya de la revolución francesa tiene como protagonista de su primer acto al *ius puniendi*. De acuerdo con el *romanticismo*, la toma de la *Bastilla* simboliza el derrumbe del despotismo europeo que en la era de los “Luises”, había configurado al último eslabón de su sistema de justicia penal –el subsistema penitenciario representado por dicha cárcel–, como la máxima expresión de los excesos del poder absolutista.

Las nuevas formas del pensamiento *humanista* sirvieron de inspiración al pueblo galo para reorientar los esquemas del feudalismo, que prevalecía en la Francia de aquel momento histórico. Con esta idea se constituyó su *Asamblea Nacional* que discutió y aprobó la *Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano* en 1789, cuyo texto marcaba el fin del “antiguo régimen”, y sentaba las bases para el principio de lo que se concebía como una “nueva era”.² Surgía así la llamada primera generación de derechos humanos, los llamados derechos de libertad.

Conformada por un pequeño preámbulo y 17 numerales, la Declaración de 1789 es una fuente histórica trascendental para el derecho del mundo occidental y occidentalizado. A pesar de que la Declaración fue erigida con una perspectiva enfocada únicamente hacia el género masculino y su estatus político, –pues en ella se consignaron “*los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre*”, en sentido literal–, actualmente sus normas siguen permeando en las ramas política, civil, hacendaria, de rendición de cuentas, de seguridad pública y, sobre todo, en el ámbito jurídico-penal.

Los principios de legalidad, tipicidad y presunción de inocencia quedaron establecidos, respectivamente, en los artículos 7,³ 8⁴ y 9⁵ de la fuente histórica que ahora nos ocupa. Dichos principios han sido reconocidos, ideológica o expresamente, como los *principios rectores* del derecho penal de nuestros días; así queda de manifiesto, tanto en los textos constitucionales y la legislación secundaria en materia penal de un gran número de países, como en diversos instrumentos internacionales (declaraciones, convenciones, protocolos) en materia de protección de los derechos humanos.

En el caso del Estado mexicano, nuestra actual Constitución consagra literalmente los principios de legalidad y tipicidad dentro de sus artículos 14 y 16. Con las reformas constitucionales al sistema de justicia penal de 2008,⁶ la *presunción de inocencia* fue reconocida expresamente dentro del pacto federal en su artículo 20, apartado B, fracción I, como un derecho de toda persona imputada.

2 En tal sentido se halla el preámbulo de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que señala como fin el que “esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes (...)”.

3 “Art. 7.- Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que esta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia.”

4 “Art. 8.- La ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente.”

5 “Art. 9.- Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.”

6 Reforma que a mediados de octubre de 2011 –en que se elabora el presente documento–, aún se encuentra en vacatio legis en la federación, el Distrito Federal y dos terceras partes de las entidades federativas del país.

Al respecto, cabe mencionar que el alcance del espíritu del principio de presunción de inocencia, fue considerado en 2002 por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la tesis “Presunción de inocencia. El principio relativo se contiene de manera implícita en la constitución federal”.⁷

II. EL CÓDIGO DE INSTRUCCIÓN CRIMINAL FRANCÉS DE 1808 Y EL SISTEMA PROCESAL PENAL DE CORTE MIXTO.

La evolución de los sistemas procesales penales pertenecientes a la familia del derecho romanista –en sus vertientes romano-germánica y romano canónica–, ha sido catalogada por los sectores doctrinales en tres grandes modelos o sistemas (en un lenguaje moderno), los cuales han recibido los calificativos de *acusatorio*, *inquisitivo* y *mixto o inquisitivo reformado*; este último, obra de los juristas franceses. Los principios que informan a cada uno de estos modelos, permiten establecer su preeminencia dentro de la materia penal adjetiva en un lugar y tiempo determinados; sin embargo la doctrina advierte que no ha existido, no existe y quizá no llegue a existir un modelo procesal penal 100% puro.

El sistema acusatorio es la forma de enjuiciamiento penal más antigua del hombre, que reposa en los principios de *oralidad*, *publicidad* y *contradicción* –consustanciales a la naturaleza del ser humano–, remontándose al Egipto faraónico, la Grecia clásica y la Roma monárquica y, sobre todo, republicana e imperial. El modelo acusatorio encuentra su antítesis en el sistema inquisitivo, el cual configuró los principios de *escritura*, *secrecía* y *no contradicción* –en donde ubicamos la actuación de oficio– como ejes del proceso penal; fue una construcción del derecho *romano-canónico* que floreció durante la edad media y que se sostiene y subsiste en pleno siglo XXI.⁸

Por virtud del establecimiento de los principios de legalidad, tipicidad y presunción de inocencia en la Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, la materia penal de la Francia posrevolucionaria –tanto sustantiva, como adjetiva–, sufriría una intensa reforma que estuvo a cargo de los legisladores napoleónicos durante la

7 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, xvi, agosto, 2002, p. xxxv y su *Gaceta*, 2002, p. 14.

8 En este sentido encontramos el *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012*, cuyo eje 1, estado de derecho y seguridad, refiere la necesidad del cambio “de un sistema inquisitorio a uno acusatorio”, para modernizar el sistema de justicia penal encaminado a lograr un marco normativo que garantice justicia pronta y eficaz (objetivo 4). Poder ejecutivo federal, *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012*, p. 50.

primera década del siglo XIX.⁹ Tratándose de la vertiente procesal penal, el producto de ese quehacer legislativo fue el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, que rigió por casi 150 años –entró en vigor en el año de 1811 y fue derogado paulatinamente–, por el Código de Procedimiento Penal (*Code de Procédure Pénale*), publicado entre los años de 1957 y 1958.

El referido Código de Instrucción Criminal, cuyo bicentenario de entrada en vigor motiva las presentes líneas, plasma lo que hoy día conocemos como sistema de corte mixto o inquisitivo reformado. Como su nombre lo dice, el modelo mixto surge de una postura *ecléctica* entre los modelos acusatorio e inquisitivo. La doctrina procesal penal refiere que el Código de Instrucción Criminal (entendida la instrucción como sinónimo del proceso) contemplaba el desarrollo del enjuiciamiento criminal en dos etapas: la *instructoría* y el *juicio*.

En la instructoría se realizaba la investigación de los hechos constitutivos de delito con base en los principios inquisitoriales de escritura y, particularmente, de secrecía, que obstaculizaba la posibilidad del derecho de defensa; dentro de esta etapa se mantuvo vigente el uso de la prisión preventiva, y en el seno de ella, de las prácticas de tortura. La instructoría se encontraba a cargo del naciente Ministerio Público francés y la policía, cuyas funciones de “inteligencia” hicieron posible el avance del proyecto napoleónico.

La segunda etapa del modelo procesal de la Francia decimonónica –el juicio–, reproducía los principios de oralidad, publicidad y contradicción que informan al modelo acusatorio. Ello permitió el restablecimiento de la trilogía procesal, suprimiendo las funciones de “parte” de los órganos jurisdiccionales; de esta manera, correspondía a los sujetos del conflicto la excitación de la actividad del *a quo*, conformado por un juez y un jurado popular. El juicio tenía como finalidad el análisis y la valoración de los elementos de prueba recabados durante la instructoría; dichos elementos carecían de todo valor probatorio si no se reproducían en esta etapa.

⁹ Efectivamente, durante la primera década del siglo XIX los legisladores franceses crearon cinco importantes ordenamientos, a saber: el Código Civil, que es más conocido como el Código de Napoleón; el Código del Proceso Civil; el Código Penal; el Código de Instrucción Criminal, y el Código de Comercio.

| <i>Principios rectores de los sistemas procesales penales romanistas</i> | | | |
|--|------------------|-----------------------|---------------|
| Acusatorio | Inquisitivo | Mixto | |
| | | Instrucción –proceso– | |
| | | Instructoría | Juicio |
| Oralidad | Escritura | Escritura | Oralidad |
| Publicidad | Secrecía | Secrecía | Publicidad |
| Contradicción | No contradicción | Contradicción | Contradicción |

Sin lugar a dudas, el sistema procesal penal de corte mixto instaurado en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, fortaleció el espíritu del principio de legalidad, pues tenía como objetivo eliminar la discrecionalidad de la parte procesal del *ius puniedi*. Como toda obra legislativa, comenzó su proceso de afianzamiento en un primer periodo, que los doctrinarios ubican del momento de su entrada en vigor (1811), al último tercio del siglo XIX; su segundo periodo, durante el cual se fueron subsanando los yerros naturales de esta experiencia procesal, transcurrió del ocaso del siglo XIX, a finales de los años cincuenta del siglo próximo pasado en que fue derogado, pero sus implicaciones aún subsisten hasta nuestros días.

III. LA VERTIENTE PROCESAL DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE JUNIO DE 2008: ¿UN MODELO ACUSATORIO O EL PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA PROCESAL PENAL DE CORTE MIXTO?

Como quedó establecido al inicio de este trabajo, el modelo mixto influyó a los ordenamientos procesales en materia penal de diversas naciones de tradición jurídica romanista, tal es el caso de la legislación mexicana. Sobre el particular cabe destacar la

última gran reforma constitucional al sistema de justicia penal mexicano de junio de 2008,¹⁰ cuya vertiente adjetiva implantó las directrices de un modelo de enjuiciamiento de corte acusatorio.

Uno de los puntos torales en la discusión de la materia procesal de dicha reforma, fue y continúa siendo (como queda de manifiesto en las sucintas consideraciones que ahora nos ocupan) la orientación del modelo procesal penal mexicano vigente en los ámbitos federal, en dos terceras partes de las entidades federativas¹¹ y el Distrito Federal: *¿se trata de un sistema inquisitivo o de un sistema mixto?* En su momento este cuestionamiento impactó el contenido de las diez iniciativas con proyecto de Decreto presentadas entre el 29 septiembre de 2006 y el 4 de octubre de 2007, por casi todos los partidos políticos¹² representados en la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, que de forma coincidente buscaban la reforma a los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dada la evolución –y a veces involución– del proceso penal mexicano, consideramos temerario establecer que este aún se halla en las directrices de un sistema de corte inquisitivo. Hablar de un modelo inquisitivo sería tanto como negar el desarrollo de las otrora *garantías individuales* en el ámbito penal, consagradas tanto en nuestra Constitución, como en la legislación secundaria que de ella emana; hasta llegar al reconocimiento textual de los *derechos humanos* como eje rector de su *parte dogmática*;¹³ asimismo, implicaría negar el cumplimiento que el Estado mexicano viene dando a diversos instrumentos internacionales (sobre todo en lo que a la protección de víctimas se refiere) en materia de menores, mujeres y tortura, por citar sólo algunos.

A nuestro juicio el proceso penal mexicano, previo a la reforma constitucional de junio de 2008, se inserta en el marco del sistema de corte mixto que, en su “aparente” ocaso, tiene matices predominantemente inquisitivos; así lo evidencia el análisis de las múltiples reformas de los ordenamientos en la materia, y la evaluación de la operatividad

10 Véase, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, miércoles 18 de junio, 2008.

11 Con excepción de aquellas entidades federativas que ya han dado o están dando cumplimiento al segundo transitorio del Decreto de reformas de 2008 (numeral en el que se estableció su vacatio legis hasta, o un poco antes, del 19 de junio de 2016), como son: Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas, Estado de México, Durango, Baja California, Yucatán, Guanajuato y Chiapas.

12 Como fueron los partidos Revolucionario Institucional (PRI), Acción Nacional (PAN), de la Revolución Democrática (PRD), del Trabajo (PT), Convergencia y Verde Ecologista de México (VERDE).

13 Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, 10 de junio, 2011.

de las instituciones y órganos de procuración y administración o impartición de justicia. Ciertamente, los avances y retrocesos del modelo procesal penal de nuestro país son producto –como en cualquier orden jurídico–, de los *factores reales de poder* que inciden en la conformación del proyecto político estatal; sin duda alguna, México se ubica en las directrices de un estado de derecho, el cual se ha venido fortaleciendo desde la promulgación de la Constitución de 1917.

Es en este contexto, en el que resultó aprobada y publicada la reforma constitucional del 18 junio de 2008, se reorienta el curso del proceso penal hacia las directrices del sistema acusatorio, cuya piedra fundamental son los *Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias* (MASC),¹⁴ sistema establecido de manera literal en la primera hipótesis del primer párrafo del artículo 20 constitucional que dice: “*El proceso penal será acusatorio y oral*”. A pesar de que los diversos numerales y párrafos de la ley fundamental mexicana, en los que reposa el multicitado modelo acusatorio, consignan expresamente los principios rectores del mismo,¹⁵ en su lectura se advierten ciertos rasgos del proceso penal de corte inquisitorio, lo que nos hace sostener que la varias veces invocada reforma de 2008, constituye más bien un perfeccionamiento del sistema procesal penal de corte mixto. En tal sentido destacamos los siguientes aspectos:

1. El reconocimiento de diversas *medidas cautelares de carácter personal* en los artículos 16 (arraigo),¹⁶ 18 (prisión preventiva),¹⁷ y 19 (otras medidas cautelares) de nuestra *carta magna*, que perturban el espíritu del principio de *presunción de inocencia*, elevado a rango constitucional como el primer derecho de toda persona imputa, según lo dispuesto por la fracción I, apartado B, del artículo 20 del propio pacto federal mexicano.

14 Contemplados actualmente en el cuarto párrafo del artículo 17 constitucional.

15 Es de hacerse notar que las directrices de la carta magna en materia penal, en las que se estableció el sistema acusatorio, definidas con gran precisión en el *segundo transitorio* de la reforma constitucional de junio de 2008, a la fecha han sufrido otras tantas reformas que inciden tanto en su forma, como en su fondo. v. 1.) Decreto por el que se reforma el párrafo primero de la fracción XXI del art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, lunes 4 de mayo, 2009. 2.) Decreto por el que se adiciona un segundo párrafo, recorriéndose los subsecuentes en su orden al art. 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, lunes 1 de junio, 2009. 3.) Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, jueves 29 de julio, 2010. 4.) Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero, y reforma diversos arts. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, viernes 10 de junio, 2011. 5.) Decreto por el que se reforman los arts. 19, 20 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, primera sección, jueves 14 de julio, 2011.

16 Es de hacerse notar que la figura del arraigo, contemplada actualmente en el octavo párrafo del art. 18 constitucional, no forma parte de las directrices del modelo acusatorio; sin embargo, diversas legislaciones que ya han puesto en vigor dicho modelo en nuestro país, lo incluyen dentro de sus catálogos de medidas cautelares de carácter personal.

17 Aunque la prisión preventiva, contemplada en el primer párrafo del artículo 18 constitucional, tampoco forma parte de las directrices del modelo acusatorio, es innegable su repercusión dentro del mismo. Sobre el particular, cabe recordar que por virtud de la reforma de junio de 2008, se actualizó el lenguaje jurídico de dicho párrafo, supliéndose expresión “*pena corporal*” (propia de un lenguaje inquisitorial), por “*pena privativa de libertad*” (reconocida por el argot garantista que rige el modelo acusatorio).

2. En el mismo sentido, la posibilidad de que el juez pueda “*revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso*” en los casos que determine la legislación secundaria, de conformidad con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 19 de la ley fundamental.
3. Por cuanto a su orientación inquisitiva, la procedencia de la *actuación de oficio* por parte del juez, para decretar la *prisión preventiva* en los casos previstos por la segunda hipótesis del segundo párrafo del artículo 19 constitucional. Dentro del marco teórico del modelo acusatorio, la solicitud de cualquier medida cautelar queda a cargo de la parte acusadora; de ahí que la fracción vi, apartado C, del artículo 20 de la ley suprema, establezca como un derecho de la víctima y/u ofendido: “*Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.*”
4. La reserva (*secrecía*) que en el marco de los *derechos de toda persona imputada*, se puede establecer respecto del “*nombre y datos del acusador*”, en el caso de hechos presuntamente constitutivos de delitos en materia de delincuencia organizada, según lo establece el segundo supuesto del primer párrafo de la fracción iii, apartado B, del artículo 20 de la de la ley de leyes.
5. La restricción del principio de publicidad que marca la segunda hipótesis del primer párrafo de la fracción v, apartado B, del artículo 20 constitucional, que a la letra dice: “*La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.*”
6. Las limitantes a los principios básicos del sistema acusatorio, estipuladas nuevamente tratándose de delincuencia organizada, donde “*las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.*”

Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculpado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra”, según lo establecido por el segundo párrafo de la antes citada fracción v, apartado B, del artículo 20 de la carta magna.

7. Finalmente, la reiteración de la *secrecía* consignada en la fracción v, primer párrafo, apartado C, del artículo 20 del pacto federal, que señala como un *derecho de la víctima o del ofendido* el “*resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa*”.

La continuidad de los principios y categorías, eminentemente medievales en el contexto del sistema acusatorio de nuestro país, encuentran su justificación en los actuales criterios político-criminales del Estado mexicano para combatir, perseguir y sancionar, que no prevenir, los coloquialmente llamados *delitos de alto impacto social*.¹⁸ La investigación de los “hechos” presuntamente constitutivos de delito en los supuestos que determina la ya citada segunda hipótesis del segundo párrafo del artículo 19 constitucional (delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas),¹⁹ 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, necesitan todavía de un tratamiento inquisitorial para su esclarecimiento.

Por todo lo anterior defendemos la pervivencia del sistema de enjuiciamiento criminal de corte mixto, en el contexto de la reforma constitucional al sistema de justicia penal mexicano de junio de 2008, lo cual terminaría con la bizantina pugna *sistema acusatorio vs. sistema inquisitivo*. Pero si se quisiera defender a ultranza la integridad de la orientación acusatoria de la materia penal adjetiva de nuestro país –instaurada en la reforma constitucional de 2008–, los aspectos inquisitoriales señalados en este documento confirmarían la tesis doctrinal que enuncia que no existen modelos procesales puros.

¹⁸ Entre los que se ubican el robo con violencia, el homicidio doloso, la extorsión y el secuestro.

¹⁹ Delito que se incorporó a dicho catálogo por virtud de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de julio de 2011.

CONCLUSIONES

El sistema de justicia penal mexicano es producto del derecho comparado, cuyo ejercicio pondera –particularmente– los avances que van gestando en el seno de la familia romanista. La evolución e involución jurídica que presenta dicho sistema en nuestro país, atiende los intereses de los factores reales de poder; tal es el caso de la implementación del modelo de corte acusatorio como futuro eje rector del proceso penal, que más allá de las falacias del juicio oral, necesita a los MASC para lograr su cometido.

Las impurezas que en el texto constitucional presenta la acaso “nueva” orientación procesal penal mexicana, académicamente nos hace seguir ubicando a nuestro derecho penal adjetivo, dentro de un modelo de corte mixto con matices predominantemente acusatorios, tal y como ocurrió en el segundo periodo de desarrollo del Código de Instrucción Criminal francés de 1808, cuyo bicentenario de entrada en vigor propicia este sucinto trabajo.

Finalmente, consideramos que el catálogo de modelos o sistemas procesales (acusatorio, inquisitivo y mixto o inquisitivo reformado); sólo debiese informar la situación de un orden jurídico, puesto que los modelos procesales son concebidos con un valor puramente simbólico. Por tanto, resulta inicuo pretender que con el establecimiento expreso de tal o cual sistema en el orden constitucional, y la legislación secundaria en la materia –como es el caso de México–, dicho modelo se ejercerá de una forma pura; las circunstancias históricas dan cuenta de este “craso error”.

BIBLIOGRAFÍA

- *Berman, Harold J., La formación de la tradición jurídica de Occidente, México, FCE, 2001.*
- *Binder, Alberto M., Introducción al derecho procesal penal, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.*
- *Clariá Olmedo, Jorge, Derecho procesal, Santa Fé, Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.*
- *Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón, Madrid, Editorial Trotta, 1995.*
- *Hassemer, Winfried, Crítica al derecho penal de hoy, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003.*
- *Levene, Ricardo, Manual de derecho procesal penal, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993.*
- *Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 11 tt., 2004.*
- *Maier, Julio B. J. y Alberto M. Binder, El derecho penal hoy, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1995.*
- *Merryman, John Henry, La tradición jurídica romano-canónica, México, FCE, 2002.*
- *Roll, Eric, Historia de las doctrinas económicas, México, FCE, 1994.*

- *Roxin, Claus, La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.*
- *Tamayo, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho, México, Themis, 2001.*

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS
HUMANOS: UNA NECESARIA REINTERPRETACIÓN DE LA
REFORMA PENAL CONSTITUCIONAL EN CLAVE GARANTISTA

LUIS A. GONZÁLEZ PLASCENCIA Y
RICARDO A. ORTEGA SORIANO





INTRODUCCIÓN

en los últimos años, el sistema jurídico mexicano ha experimentado importantes modificaciones a sus cimientos estructurales, a partir de diversas reformas en el plano constitucional. Así, la existencia de transformaciones relevantes en los ámbitos del derecho penal;¹ del sistema de justicia para adolescentes;² de las acciones colectivas;³ del juicio de amparo;⁴ de la materia electoral,⁵ y desde luego, del ámbito de los derechos humanos,⁶ configuran una nueva geografía en el mapa jurídico vigente de nuestro país.

Este panorama plantea un escenario complejo, cuyos principales efectos aún no pueden advertirse con demasiada precisión, pero que desde luego anticipan la necesidad de una profunda revisión de las estructuras conceptuales, formas de pensamiento, inercias institucionales, y demás aspectos que durante muchos años dieron cabida a un sistema cuya obsolescencia terminó por detonar el cúmulo de cambios anteriormente referidos.⁷

Precisamente por lo anterior, el día de hoy aún no hemos terminado de comprender cómo el conjunto de los cambios acontecidos recientemente en el plano constitucional, son capaces de detonar un impacto adicional al propósito de cada una de las reformas originalmente trazadas.

El presente artículo busca reflexionar sobre una de todas esas posibles interacciones, es decir, respecto del impacto que la reforma constitucional en derechos humanos genera en el contexto de aplicación de la también reciente reforma constitucional en materia penal.

- 1 dof, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 18 de junio, 2008, pp. 3-11.
- 2 dof, Decreto por el que se declara reformado el párrafo cuarto y adicionados los párrafos quinto y sexto, y se recorre en su orden los últimos dos párrafos del art. 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 12 de diciembre, 2005, p. 2.
- 3 dof, Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del art. 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 29 de julio, 2010, p. 2 y dof, Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, primera sección, 30 de agosto, 2011, pp. 2-13.
- 4 dof, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los arts. 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 6 de junio, 2011, p.2.
- 5 dof, Decreto que reforma los arts. 6o., 41, 85, 99, 108, 116 y 122; adiciona el artículo 134 y deroga un párrafo al art. 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 13 de noviembre, 2007, pp. 2-10.
- 6 dof, Decreto por el que se modifica la denominación del cap. I del y título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 10 de junio, 2011, pp. 2-5.
- 7 Hace algunos meses el ministro de la Suprema Corte de Justicia escribía un artículo en donde, a partir de una metáfora, hablaba de una "tormenta judicial perfecta" haciendo referencia a la combinación de elementos, cuya interacción permite el surgimiento de un fenómeno nuevo y distinto a cada uno de los elementos en lo particular, y recordando con ello, un fenómeno acontecido en 1991, en la costa este de los Estados Unidos. COSSÍO, José Ramón, ¿La "tormenta (judicial) perfecta"?, *El Universal*, 12 de julio de 2011, <<http://www.eluniversal.com.mx/editoriales/53725.html>>. [Consultada: 20 de junio de 2012]

Desde luego, es preciso reconocer que tal impacto es una cuestión demasiado compleja para ser analizada en unas pocas páginas. Por ello, y con la advertencia de lo anterior (que también puede funcionar a modo de disculpa para los autores de este texto), es preciso aclarar que el presente artículo sólo analizará una de las posibles implicaciones que genera la interacción de las reformas mencionadas: el impacto de la reforma constitucional en derechos humanos frente a las denominadas figuras de excepción, establecidas a partir de la reforma penal constitucional de 2008, y particularmente en lo relativo al arraigo.

Lo que se pretende ejemplificar, es la importancia de desarrollar una nueva lectura sobre el alcance de diversas enmiendas constitucionales, a partir del impacto generado por la reforma constitucional en derechos humanos.

Independientemente de las consideraciones que se exponen en el presente trabajo, no debemos perder de vista que el contexto de transformaciones enunciado, también plantea múltiples exigencias para las y los operadores jurídicos que laboran en los distintos ámbitos de la vida pública; para las universidades encargadas de la formación de estudiantes; para los centros de investigación que deben desarrollar los insumos conceptuales, basados en el conocimiento científico, entre muchas otras, mismas que deberán ser revisadas con mayor detalle en otro momento.

I. LA SITUACIÓN DE LAS FIGURAS DE EXCEPCIÓN INCORPORADAS A LA CONSTITUCIÓN A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN DERECHOS HUMANOS

Respecto a la reforma penal constitucional del 2008, el dr. Sergio García Ramírez ha sostenido que esta “pertenece a la categoría de ‘reformas ambiguas’, ya que por una parte plantea notables pasos adelante’ mientras que por la otra ‘ofrece desaciertos y soluciones peligrosas’”.⁸

⁸ El propio autor compara la reforma “con un vaso de agua fresca, cristalina, que invita a saciar la sed, en el que alguien hubiese dejado caer, sin embargo, unas gotas de veneno”. Sergio García Ramírez, “La reforma penal constitucional de 2007” en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, *La reforma constitucional en materia penal, México, Jornadas de Justicia Penal/Temas Selectos/Instituto Nacional de Ciencias Penales-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2009, p. 188.

Tal afirmación, en el fondo revela –como el propio autor señala– una fuerte crítica al establecimiento de un doble sistema de justicia penal, uno de “carácter ‘ordinario’ o ‘regular’ en el que desembocan las mejores corrientes democráticas y garantistas”, y otro, el cual opera como un sistema nominalmente ‘excepcional’ o ‘extraordinario’, con procedimientos ‘ajustados’ y garantías ‘limitadas’; supuestamente necesario para lidiar con formas complejas de criminalidad”.⁹

En este sentido, es posible apreciar que el legislador constitucional optó en el año 2008, por una reforma penal en dos vías contradictorias, una que responde a la necesidad de alcanzar la democratización del proceso penal ordinario, y otra que intenta hacer frente a los reclamos vinculados a la necesidad de combatir la delincuencia organizada.¹⁰

En relación con la primera de estas dos vías, es importante recordar que de acuerdo con Carlos Tiffer Sotomayor, el derecho penal moderno debe regirse por dos principios básicos: el *principio de la subsidiariedad*, el cual establece que el derecho penal debe utilizarse sólo cuando los otros remedios procesales y legales no funcionen; y el *principio de última ratio*, el cual significa que el derecho penal debe de establecerse como último recurso.”¹¹

En este sentido, cabe mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) “ha destacado la compatibilidad entre el denominado derecho penal mínimo y los valores y principios de la democracia, contemplados desde la perspectiva penal”.¹²

En estas condiciones, un derecho penal de orientación democrática, difícilmente podrá considerarse compatible con la existencia de elementos normativos, que conciban al sistema penal con un enfoque más punitivo, situación que, frente a un estado de normalidad constitucional, resulta difícil de hacerse armonizable.

9 Sergio García Ramírez, “La reforma”, *op. cit.*, p. 202.

10 Gustavo Fondevila y Alberto Mejía Vargas, “Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, enero- diciembre, 2010, p. 20.

11 Peritaje de Carlos Tiffer Sotomayor, propuesto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por las presuntas víctimas, Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C, núm. 107, p. 22.

12 De acuerdo con el dr. García Ramírez: “El empleo del sistema de delitos –por incriminación de las conductas– y los castigos –por penalización de sus autores– contribuye a establecer la distancia entre la democracia y la tiranía, que siempre acecha. La desmesura penal vulnera el código jurídico y el sustento político de la sociedad democrática. De ahí nuestra oposición frontal al Derecho penal máximo”. Corte IDH, *Caso Kimel Vs. Argentina*, fondo reparaciones y costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C, núm. 177, voto concurrente del juez Sergio García Ramírez, párrafo 17.

Ahora bien, la otra dimensión o vía que plantea la reforma penal constitucional, parte de justificar la incorporación de figuras de excepción en el plano constitucional, a partir de la idea de que es necesario hacer frente a una circunstancia de especial gravedad, desencadenada particularmente por la actuación de la delincuencia organizada.

Precisamente en este ámbito, es en donde se localizan figuras restrictivas como el arraigo, que en términos generales, comparte una naturaleza similar a otras tantas medidas que restringen los derechos de las personas.

En este marco, no olvidemos que: “la inseguridad pública y la percepción que se tiene de ella, puede afectar peligrosamente los derechos humanos de las personas, al propiciar políticas públicas y reformas legales autoritarias avaladas por la ciudadanía.”¹³

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, existen algunas formas definidas como macro-poderes salvajes, que afectan la protección de los derechos de las personas, así como a los principios necesarios para la vigencia de un derecho penal mínimo y afirma que: “la vida y la seguridad de los ciudadanos se encuentran en peligro hoy más que nunca, no sólo por la violencia y los poderes salvajes de los particulares, ni por las desviaciones individuales o la ilegalidad de específicos poderes públicos, sino también, y en medida mucho más notable y dramática, por los mismos estados (sic) en cuanto tales.”¹⁴

En términos generales es posible afirmar que la reforma constitucional del 2008, constitucionalizó herramientas normativas que responden a dos ópticas de actuación, e incluso de configuración del Estado mismo: una de carácter democrático y la otra poseedora de un sesgo eminentemente autoritario.

La gran pregunta frente a tales opciones es, si las mismas son compatibles con una democracia constitucional moderna, o si con la entrada en vigor de la reforma constitucional en derechos humanos, se mantienen las condiciones que originalmente permitieron

13 Para justificar este dato, Álvarez Icaza refiere que en la encuesta Percepción ciudadana sobre la seguridad en México, elaborada por México Unido contra la Delincuencia y Consulta Mitofsky, 55.1% de las y los entrevistados opinó que los operativos en contra del crimen organizado son un éxito; 83% consideró que la presencia del ejército, como parte de los operativos es correcta y 77.4% refiere que le gustaría que hubiera un operativo en su ciudad. Emilio Álvarez Icaza, “La reforma constitucional sobre justicia penal y seguridad pública” en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, *La reforma*, op. cit., p. 302.

14 Ferrajoli ejemplifica algunos de estos casos: “guerras, armamentos, peligro de conflictos militares y, en el interior, torturas, masacres, desaparición de personas, representan actualmente las amenazas incomparablemente más graves de la vida humana”. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 936.

mantener la vigencia de las mismas, particularmente en lo relativo a la constitucionalización de las normas de excepción, que en la actualidad circunscriben el marco de actuación del Estado, frente a la delincuencia organizada.

1. Restricción de derechos y principios de interpretación de los derechos humanos

Como puede apreciarse, los principales cuestionamientos que se han enderezado en contra de la reforma penal constitucional de 2008, se encuentran fuertemente vinculados con la decisión de constitucionalizar un marco jurídico de excepción.

Por lo anterior, es relevante analizar dos efectos significativos que genera la reforma constitucional en derechos humanos, asociados al tema de la vigencia de normas de excepción de rango constitucional.

El primero, se relaciona precisamente con los mecanismos de excepción previstos constitucionalmente, para la limitación en el ejercicio de los derechos, el segundo, se asocia a los mecanismos de interpretación incorporados por virtud de la reforma.

Con la finalidad de analizar estos elementos, primero analizaremos los aspectos relativos a un sistema de derechos y garantías, en un plano de normalidad democrática, y las reglas aplicables a las situaciones de emergencia que autorizarían su limitación, para posteriormente advertir si las normas constitucionales que contienen reglas de excepción, resultan compatibles con los principios introducidos por la reforma en materia de derechos humanos antes apuntada.

Por lo anterior, es preciso desarrollar algunas reflexiones vinculadas con aquellos requisitos que se han reconocido internacionalmente como válidos, para autorizar una eventual restricción o suspensión de derechos.

En este sentido, debemos recordar que: “en una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.¹⁵

En razón de lo anterior, debemos resaltar que un régimen de normalidad democrática parte, en principio, tanto del reconocimiento pleno de los derechos, como de las garantías de las personas, en términos de una regla general, por lo que sólo en determinadas circunstancias –de carácter excepcional– resulta válido restringir de manera limitada su ejercicio.¹⁶

No es ocioso advertir que, propiamente no se suspenden ni derechos ni garantías, sino sólo su “pleno y efectivo ejercicio”, bajo condiciones de carácter excepcional, y previo al cumplimiento de una serie de requisitos.¹⁷

Debemos tomar en consideración que el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece aquellos casos en que a partir de situaciones excepcionales, como casos “de guerra, de peligro público, o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”, se considera válido realizar una suspensión en el ejercicio de ciertos derechos, y libertades “en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.¹⁸

En este sentido, la Corte Americana sobre Derechos Humanos, al analizar el caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, estableció la necesidad de atender a tres criterios para considerar adecuada una restricción en el ejercicio de los derechos humanos, es decir, i) que exista una situación excepcional de crisis o emergencia; ii) que la misma afecte a toda la población; y iii) que tal situación constituya una amenaza para la organización misma de la sociedad.¹⁹

15 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 "El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías"*, 30 de enero de 1987, párrafo 26.

16 La Comisión admite que en caso de una guerra, peligro público u otra emergencia que amenace la independencia o la seguridad del Estado, el derecho a la libertad personal, conforme al artículo 27 de la Convención Americana, puede transitoriamente suspenderse y la autoridad en la que reside el Poder Ejecutivo puede disponer el arresto temporal de una persona fundada tan sólo en los antecedentes de que dispone para considerar a esa persona un peligro para la independencia o la seguridad del Estado. Corte IDH IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 "El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías"*, 30 de enero de 1987, párrafo 19.

17 Corte IDH, *Opinión Consultiva OC-8/87 "El Habeas Corpus bajo Suspensión de Garantías"*, 30 de enero de 1987, párrafo 18.

18 Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párrafo 19.

19 Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166, párrafo 46.

Precisamente por ello, las propias autoridades del Estado se encuentran obligadas a esclarecer los motivos y razones que les llevan a declarar un estado de excepción o emergencia, el cual deberá sujetarse “a la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación”.²⁰ Por tanto, las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales, dependerán del carácter, intensidad, profundidad, y particular contexto de emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas adoptadas respecto a tal situación.²¹

De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos, en el marco de la interpretación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la limitación a los derechos contenidos en tal instrumento debe limitarse a lo estrictamente necesario, según lo determinen las exigencias del caso.²²

Como puede apreciarse, las normas del derecho internacional de los derechos humanos, en cualquier Estado democrático, refieren que el establecimiento de situaciones que limiten o restrinjan el ejercicio de derechos, debe acotarse a las fuertes exigencias, así como a los elementos de justificación que previamente se han señalado en el presente estudio.

Asimismo, no puede perderse de vista un elemento adicional. De acuerdo con el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la restricción a la que se ha hecho referencia, además de los elementos anteriormente apuntados, debe estar limitada a no afectar determinados derechos, como son: el reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; el derecho a la integridad personal; la prohibición de la esclavitud y servidumbre; el principio de legalidad y de retroactividad; la libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; el derecho al nombre; los derechos del niño; el derecho a la nacionalidad, y los derechos políticos, además de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.²³

20 Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166, párrafo 47.

21 Corte IDH, *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A, núm. 8, párr. 22.

22 Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. *Observación general No. 29*, Aadoptada durante la 1950a reunión, el 24 de julio de 2001, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párr. 4.

23 OEA, *Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica"* Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, art. 27.2.

De lo hasta ahora señalado, conviene destacar dos elementos de enorme importancia:

- a) La restricción o suspensión en el ejercicio de los derechos debe realizarse en el marco de criterios excepcionales, cuya regla general es la vigencia plena de tales derechos y sus garantías en un Estado democrático;
- b) Existen ciertos derechos que, incluso bajo un régimen de excepcionalidad, no pueden ser suspendidos ni limitados.

Además, es necesario incorporar un elemento complementario a las afirmaciones antes planteadas. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que incluso durante los estados de excepción (en donde sería válido limitar el ejercicio de determinados derechos, siempre que no sean los señalados como insusceptibles): “el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades, consagrados en la Convención, se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción”.²⁴

Lo anterior significa, en palabras del propio tribunal interamericano, que incluso en una situación de emergencia, es importante asegurar el acceso a garantías...que la Convención... refiere expresamente en los artículos 7.6 [acceso a un recurso judicial que califique la legalidad del arresto y detención] y 25.1 [recurso judicial sencillo, breve, adecuado y efectivo para la protección de los derechos], consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.²⁵

Es así que, por una parte, puede reconocerse la existencia de reglas muy claras y específicas para la limitación o suspensión del ejercicio de ciertos derechos, pero también es preciso afirmar, que aún en aquellos casos en que una situación de excepción sea reconocida como válida, los Estados tienen la obligación de mantener la vigencia de las garantías fundamentales para la protección de la totalidad de los derechos reconocidos internacionalmente.

²⁴ *Garantías Judiciales en Estados de Emergencia* (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A, núm. 9, párr. 38. Además, *Caso Durand y Ugarte Vs. Perú*, Fondo, Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie A, núm. 68, párr. 107.

²⁵ Corte IDH, *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de julio de 2007. Serie C, núm. 166, párr. 54.

Ahora bien, una vez que se han analizado los estándares internacionales que autorizarían una limitación o restricción del ejercicio de los derechos humanos, ahora lo que resulta pertinente es estudiar la naturaleza de las figuras de excepción, en particular del arraigo, para posteriormente dilucidar las implicaciones de la reforma constitucional en derechos humanos frente a tales figuras.

La reforma penal constitucional de 2008, estableció además del sistema de carácter oral (que incorpora estándares muy interesantes en el ámbito del debido proceso penal, como el principio del contradictorio penal), el de carácter público de los procesos, el reconocimiento de la presunción de inocencia, entre otros aspectos,²⁶ un sistema de excepción aplicable a los casos relacionados con la delincuencia organizada.²⁷

Precisamente, de acuerdo con el texto del artículo 16, a partir de la reforma penal constitucional señalada:

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.²⁸

En este sentido, y de acuerdo con el Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias de la ONU, “la institución de arraigo es en realidad una forma de detención preventiva de

26 De acuerdo con el dr. Salvador Valencia. “En el terreno procesal penal, la tendencia de la reforma judicial apunta en los países latinoamericanos a ciertas notas que pueden calificarse de comunes o generales: sustitución del sistema inquisitivo por uno de carácter acusatorio; instauración de los juicios orales; separación de funciones entre la investigación y el juzgamiento; investigación a cargo del Ministerio Público; creación de jueces de control de la investigación, distintos del tribunal que juzga y del juez a cargo de la ejecución; mejoramiento del sistema de defensoría pública y de los derechos del inculpado y de la víctima.” Salvador Valencia Carmona, “Constitución y nuevo proceso penal”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, núm. 13, enero-junio, año 2009, ISSN 1870-0586, p. 40.

27 De acuerdo con el magistrado Miguel Anel Aguilar López: “Dentro de la concepción normativista radical el maestro Günther Jakobs, concibe al derecho penal del enemigo, como aquel sector del ordenamiento jurídico-penal en el que la pena no significa un reproche hacia la conducta de su autor, es un mecanismo de aseguramiento frente a sujetos especialmente peligrosos, así el derecho penal del enemigo no habla a sus ciudadanos sino que amenaza a sus enemigos.” Miguel Aguilar López, *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*, Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6, Instituto de la Judicatura Federal, México, 2009, p. 219.

28 Dor, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, primera sección, 18 de junio, 2008, p. 3.

carácter arbitrario en razón de la insuficiencia del control jurisdiccional y de la ejecución de la medida en lugares en que, si bien no son secretos, si son discretos”.²⁹

Por su parte, el Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU, sostuvo durante su visita a México que: “la delegación pudo observar cómo dicha figura (arraigo), que en la 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”.³⁰

Como puede apreciarse, figuras como el arraigo, descansan en el reconocimiento de un régimen de excepción constitucionalizado a partir del 2008, y en la concepción conocida como “derecho penal del enemigo” o “derecho penal de autor que se contrapone a la idea del derecho penal de acto”.³¹

De acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en un criterio adoptado ya en su décima época,³² se establecen consideraciones muy interesantes para comprender la distinción entre ambas figuras, ya que se refiere que:

El modelo del autor asume que las características personales del inculpado son un factor que se debe considerar para justificar la imposición de la pena. Al sujeto activo del delito (que en esta teoría suele ser llamado delincuente) puede adscribirse la categoría de persona desviada, enferma, desadaptada, ignorante, entre otros calificativos. Esta categorización no es gratuita: cumple la función de impactar en la imposición, el aumento o el decremento de la pena; incluso permite castigar al sujeto por sus cualidades morales, su personalidad o su comportamiento precedente frente a la sociedad. Así, la pena suele concebirse como un tratamiento que pretende curar, rehabilitar, reeducar, sanar, normalizar o modificar coactivamente la identidad del sujeto; también como un medio que pretende corregir al individuo “peligroso”

29 Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria. México, 2002, E/CN.4/2003/8/Add.3, párr. 50.

30 Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, inhumanos o Degradantes de la Organización de las Naciones Unidas. CAT/OP/MEX/R.1, párr. 215 y 216.

31 SCJN, “Derecho penal del autor y derecho penal del acto. Rasgos caracterizadores y diferencias”, tesis aislada, 10a. época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; libro II, noviembre, t. 1, 2011, p. 198.

32 La Décima Época inicia formalmente a partir de la fecha en que debía entrar en vigor la nueva Ley de Amparo, misma que precisaría el alcance de esta figura de garantía de los derechos en el marco de la reforma constitucional de 6 de junio de 2011, y que a la fecha de elaboración del presente artículo continúa sin aprobarse.

o “patológico”, bajo el argumento de que ello redundaría en su beneficio. Por ello, el quantum está en función del grado de disfuncionalidad que se percibe en el individuo. Ese modelo se basa en la falaz premisa de que existe una asociación lógico-necesaria entre el “delincuente” y el delito, para asumir que quien ha delinquido probablemente lo hará en el futuro, como si la personalidad “peligrosa” o “conflictiva” fuera connatural a quien ha cometido un acto contrario a la ley.³³

Frente a esta concepción, la propia SCJN ha reconocido que el modelo constitucional mexicano se decanta por un derecho “penal de acto” ya que:

El derecho penal únicamente puede prohibir la comisión de conductas específicas (no la personalidad); es decir, sólo aquel acto prohibido por una norma penal, clara y explícita, puede dar lugar a una sanción. Por otro lado, también debe considerarse el actual contenido del segundo párrafo del artículo 18 constitucional. El abandono del término “readaptación” y su sustitución por el de “reinserción”, a partir de la reforma constitucional de junio de 2008, prueba que la pena adquiere nuevas connotaciones. El hecho de que la Constitución haya eliminado la posibilidad de que el sistema penal opere bajo la premisa de que alguien es desadaptado, fundamenta la convicción de que nuestro sistema se decanta por un derecho penal sancionador de delitos, no de personalidades. Así, el abandono del término “delincuente” también exhibe la intención del constituyente permanente de eliminar cualquier vestigio de un “derecho penal de autor”, permisivo de la estigmatización de quien ha cometido un delito.³⁴

Como podemos apreciar, el régimen jurídico aplicable a la delincuencia organizada, y con este, figuras como el arraigo, se encuentran constituidas a partir de una serie de consideraciones asociadas a una visión relacionada con el denominado derecho penal de autor, y que se enmarcan en una lógica de un régimen de excepcionalidad, que como ha señalado la SCJN, serían incompatibles con los principios constitucionales, reforzados a partir de la entrada en vigor de la reforma en materia de derechos humanos del año 2011.³⁵

33 SCJN, “Derecho”, *op. cit.*

34 SCJN, “Derecho penal de acto. Razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma”, tesis aislada, 10a. época, 1a. sala; S.J.F. y su Gaceta, libro II, noviembre, t. 1, 2011, p. 197, (interpretación sistemática de los arts. 1, 14, tercer párrafo; 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo).

35 DoF, Decreto por el que se modifica la denominación del cap. I del título primero y reforman diversos arts. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 10 de junio, 2011, primera sección, pp. 2-5.

Esta situación fue objeto de estudio por parte del pleno de la SCJN, que en el año 2006 determinó que dicha figura vulneraba la garantía de libertad personal, que consagraban los entonces artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución, ya que con dicha medida se ordena la privación de la libertad de una persona, no obstante que la averiguación previa no aporte elementos asociados a la probable responsabilidad de una persona, y que no se ofrece oportunidad a la misma para conocer las razones de la detención, ni oportunidad para ofrecer pruebas.³⁶

Ahora bien, debemos advertir que frente a esta determinación de la SCJN, la solución que encontró el poder legislativo, tuvo en su oportunidad una “gran imaginación técnico-jurídica”.

Tal ingenio colocó el contenido de un sistema constituido por reglas de excepción, dentro de un ámbito de inmunidad constitucional, generado entre otras razones, por un modelo de constitucionalismo formalista, construido por la SCJN: la imposibilidad de cuestionar a través de los medios de control constitucional, el contenido de las reformas constitucionales.³⁷

En este sentido, la reforma penal constitucional del 2008 “blindó”, de alguna manera, un régimen jurídico de naturaleza restrictiva, amparándose en las propias limitaciones del sistema normativo.

Sin embargo, el régimen de inmunidad constitucional vigente, al momento de la aprobación de la reforma, en realidad no debería durar para siempre.

En efecto, la reforma constitucional en materia de derechos humanos, ha significado, entre otras cosas, y como una de sus principales aportaciones conceptuales, una reducción en el régimen de inmunidades constitucionales, y por tanto, una gran oportunidad (mejor dicho una obligación) para reinterpretar el alcance mismo de la reforma penal del 2008.

36 SCJN, “Arraigo penal. El artículo 122 bis. Del Código de Procedimientos penales del estado de chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los arts. 16, 18, 19, 20, y 21 de la constitución federal”, tesis aislada, 9a. época, pleno, S.J.F. y su *Gaceta* xxiii, febrero, 2006, p. 1170.

37 SCJN, “Acción de inconstitucionalidad. No es la vía idónea para ejercer el control de la constitucionalidad del procedimiento de reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o respecto del contenido de las reformas relativas”, tesis aislada, 9a. época, pleno, S.J.F. y su *Gaceta* xxx, abril, 2009, p. 1104. Véase además, “Procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución federal. No es susceptible de control Jurisdiccional,” *Jurisprudencia Constitucional*, 9a. época; pleno; S.J.F. y su *Gaceta* xvi, septiembre de 2002, p. 1136.

En este sentido, es importante precisar una idea elemental: no intentamos decir que el marco jurídico internacional que regula la posibilidad de establecer situaciones de excepción, en los términos que hemos abordado anteriormente, no fuera aplicable con anterioridad a la reforma constitucional del año 2011. Lo que sucede en realidad es que, no obstante la incompatibilidad de dicho régimen excepcional con el *corpus iuris internacional* de derechos humanos, la posibilidad de combatirlo era prácticamente inaccesible.

Las herramientas interpretativas que han sido incorporadas, por virtud de la reforma constitucional en derechos humanos en el marco del artículo 1º, implican una necesaria lectura de las obligaciones constitucionales del Estado, esta vez, en clave garantista.

De hecho, ejercicios de reinterpretación sobre el alcance de las normas penales, han sido desarrollados a partir de la modificación constitucional relativa al ámbito de los derechos humanos.

En este sentido, el juez tercero de distrito en el estado de San Luis Potosí, determinó mediante sentencia de fecha 13 de octubre de 2011, la inaplicación del artículo 168 del Código de Procedimientos Penales para esa entidad federativa, al señalar que: “toda vez que el arraigo constituye una medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la etapa de averiguación previa ante la posibilidad de que este se sustraiga de la acción de la justicia”, es posible advertir que el mismo, vulnera los artículos 7.5 (“derecho de toda persona a que una autoridad judicial revise sin demora’ dicha detención como medio de control idóneo para evitar las capturas arbitrarias e ilegales”); 8.2 (presunción de inocencia) y 22 (derecho a la circulación) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, circunstancia que torna “jurídicamente incompatible” tal figura con el contenido de tal instrumento, y que llevan al juzgador a inaplicar el contenido de la normativa de referencia.³⁸

La operación realizada por el juzgador de San Luis Potosí, en realidad muestra el reconocimiento de la incompatibilidad de las normas de excepción, tales como el arraigo, con el marco de protección relativo a las garantías judiciales propias de un Estado democrático, y reconocidas en sede internacional.

³⁸ José Luis Álvarez Cruz, juez tercero de distrito en el estado de San Luis Potosí, sentencia de fecha 13 de octubre de 2011, expediente 908/2011, pp. 19-25.

Sin embargo, la posibilidad de analizar el alcance de las normas de excepción en un ámbito constitucional, constituye una apuesta de enorme interés para los tribunales nacionales.

Lo anterior es así, ya que aún subsiste la posibilidad de que a partir del empleo de herramientas como el ejercicio de un control de convencionalidad;³⁹ el reconocimiento de un bloque de constitucionalidad (que incluya normas constitucionales de fuente nacional como internacional);⁴⁰ y el hecho de que, frente a la existencia de dos alternativas normativas de aplicación deba preferirse la que más proteja a la persona,⁴¹ proporcionen bases muy interesantes sobre las cuales pueda desenvolverse un eventual análisis y revisión del régimen de excepción anteriormente inmunitizado, pero que hoy deberá estar sujeto a revisión, y en algún momento, a su necesario abandono.

Quisiéramos resaltar, que no es el propósito del presente artículo definir una metodología particular de interpretación (con todas las implicaciones que de ello puedan derivar) que permita determinar propiamente un rumbo que brinde una solución al problema planteado. Quisiéramos tan sólo dejar planteada la afirmación, relativa al enorme potencial y posibilidades que las herramientas interpretativas del artículo 1º constitucional proporcionan a las y los operadores jurídicos.

La otra reflexión que podríamos dejar apuntada en el marco de las consideraciones precedentes, se relaciona con establecer si la hipótesis que hemos trazado, y según la cual las figuras de excepción, como el arraigo, son incompatibles con el marco pleno de derechos y garantías, entonces su limitación tendría que estar amparada en los supuestos referidos al inicio de esta reflexión, siempre que para ello se actualizaran los supuestos de necesidad, gravedad y proporcionalidad que dicha situación exige, en acompañamiento de garantías judiciales accesibles y efectivas.

39 De acuerdo con el dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El control difuso de convencionalidad" consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos". Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional" en Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés, *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Serie Estudios Jurídicos, núm. 164, UNAM, 2010, p. 176.

40 De acuerdo con Germán Bidart Campos, la existencia de un bloque de constitucionalidad presupone: "un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental. Germán Bidart Campos citado en Jacinto Héctor Pino Muñoz, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM/ Serie Doctrinas Jurídicas, núm. 572, pp. 20 y 21.

41 En palabras de Carlos Castilla: "al interpretarse normas que consagran o reconocen derechos fundamentales se ha considerado que es válido, aceptado y necesario "tener en cuenta una regla que esté orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y por lo tanto a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano", es decir, que debe hacerse una interpretación extensiva de los alcances de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones". Carlos Castilla, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, enero- junio, 2009, p. 68.

En este sentido, quisiéramos señalar que la naturaleza atemporal, imprecisa y genérica, que en principio tiene toda reforma a una ley o a la Constitución (pues dicha reforma no implica una limitación temporal o espacial a su vigencia), difícilmente puede rebasar los estándares que en un marco de normalidad democrática, serían válidos para restringir el ejercicio de los derechos.

CONCLUSIONES

El cúmulo de modificaciones realizadas en los últimos años al marco constitucional, nos conduce a un necesario replanteamiento conceptual y estructural sobre los límites y funcionamiento del sistema jurídico mexicano.

Particularmente, y a diferencia de otras reformas constitucionales, la entrada en vigor de la reforma constitucional en derechos humanos, irradiará una importante cantidad de efectos de carácter transversal sobre distintas materias específicas de regulación.

Es justamente tal impacto, que la relectura y reinterpretación del propio sistema y sus elementos, constituyen una tarea obligada para las y los operadores jurídicos en general, así como para quienes no formen parte de los poderes judiciales.

Aunque la tarea es compleja, las oportunidades para la reconstrucción de los principios que deben regir a cualquier democracia constitucional, están puestas sobre la mesa, sin embargo, la elaboración de una nueva cultura jurídica que apuntale con vigor dicha reconstrucción, es una de las tareas que aún están pendientes.

Una relectura y reinterpretación, no sólo del marco jurídico vigente, sino del actuar institucional, en el marco de la configuración de una nueva cultura jurídica e incluso democrática, son dos tareas complejas cuyo esbozo apenas si hemos podido enunciar de manera tenue en el marco de las reflexiones que aquí hemos presentado.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar López, Miguel, *Presunción de inocencia. Principio fundamental en el sistema acusatorio, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2009, (Colección Estudios de la Magistratura, núm. 6).*
- Álvarez Icaza, Emilio, "La reforma constitucional sobre justicia penal y seguridad pública" en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, *La reforma constitucional en materia penal, México, Jornadas de Justicia Penal/Temas Selectos/Instituto Nacional de Ciencias Penales-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.*
- Bidart Campos, Germán citado en Jacinto Héctor Pino Muñoz, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (Serie Doctrinas Jurídicas, núm. 572).*
- Castilla, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales, núm. 20, enero-junio, 2009.*
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Editorial Trotta, 2005.*
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional" en Héctor Fix Zamudio y Diego Valadés, *Formación y perspectivas del Estado en México, México, UNAM, 2010 (Serie Estudios Jurídicos, núm. 164).*
- Fondevila, Gustavo y Alberto Mejía Vargas, "Reforma procesal penal: sistema acusatorio y delincuencia organizada", *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia, Instituto de Investigaciones Jurídicas- Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia, enero-diciembre, México, 2010.*

- *García Ramírez, Sergio, "La reforma penal constitucional de 2007" en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, La reforma constitucional en materia penal, México, Jornadas de Justicia Penal, Temas Selectos, Instituto Nacional de Ciencias Penales–Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2009.*
- *Valencia Carmona, Salvador, "Constitución y nuevo proceso penal" en Reforma Judicial, Revista Mexicana de Justicia, núm. 13, enero-junio, 2009, ISSN 1870-0586.*

LA EXTRADICIÓN DE LOS MENORES INFRACADORES
EN MÉXICO

JOSÉ LUIS PECINA ALCALÁ





I. LOS MENORES FRENTE AL DERECHO PENAL

Aventurarse a proporcionar una definición de derecho penal, desviaría la atención del presente trabajo, dado la pluralidad de posiciones sobre el mismo, coincidimos en que constituye uno de los medios de control existentes en las sociedades actuales, y en virtud de lo anterior, tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se consideran indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones, para el caso en que dichas conductas se realicen.¹ Podemos establecer que una función determinante del derecho penal es evitar la comisión de conductas indeseables para la sociedad, ya que coartan su armonía.

Para establecer esas conductas antisociales, el legislador ha dado el nombre de delito, para el que se ha dado multitud de definiciones de las que no nos ocuparemos ahora, estamos de acuerdo en que el delito se compone de varios elementos: conducta, típica, antijurídica, culpable y punible.

A lo largo de la historia, en la construcción del derecho penal, se han distinguido diversas teorías respecto a dichos elementos para ubicarlos de acuerdo a su construcción, adoptando la nomenclatura de bipartita, triatómica, tetratómica, para después ubicarla en la pentatómica, y llegar hasta la hexatómica. Diversos autores² hacen referencia a los elementos del delito, ubicándolos según la teoría de la que sean partidarios.

No obstante, vamos a tener que todos se referirán, en una u otra medida, a dichos elementos, ya sea ubicándolos como elemento del delito, o como consecuencia de algún elemento de este, sin embargo, siempre serán señalados como necesarios para el derecho penal y el estudio del delito.³

En un primer término el concepto de conducta es lo que denota un modo de conducirse siempre en forma activa, implica una actuación de movilidad hacia algo, así vendrá a constituirse como un comportamiento en el cual media un movimiento de la psique.⁴

1 Santiago Puig, *Derecho penal parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, 7a. ed., 2005, p. 49.

2 Véase Francisco Pavón Vasconcelos, *Derecho penal mexicano*, p. 179 y José Arturo González Quintanilla, p. 192, México, Porrúa, 8a. ed., 2009.

3 Se hace el debido señalamiento, pues aún y cuando no sea motivo del estudio del tema que nos ocupa, habremos de tomarlo en consideración, como base para ubicarnos en el derecho penal de menores, y que además, en base a las definiciones apuntadas, serán el motivo de análisis para determinar dos aspectos de suma importancia, como lo son la capacidad de culpabilidad y la punibilidad en relación a los convenios de extradición y la situación de los menores frente a estos.

4 José Arturo González Quintanilla, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 8a. ed., 2009, p. 197.

En cuanto a la tipicidad, la conducta a que se hizo referencia para que esta se considere delito, ha de coincidir con la descripción que hace el legislador en el tipo, de ahí que se diga que es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal.⁵

La antijuricidad, como su nombre lo dice, anti-*contra*, juricidad-jurídico, es decir, contrario a derecho, de ahí que se sostenga que es el resultado del juicio valorativo de la naturaleza objetiva, que determina la contradicción existente entre una conducta típica y la norma jurídica, en cuanto se opone a la conducta de la norma cultural reconocida por el Estado.⁶

Ya se estableció que el comportamiento fue contrario a derecho, ahora corresponde verificar si la persona a la que se le atribuye su comisión, pudiendo actuar de un modo distinto (conforme a derecho), y no lo hizo, por ende la culpabilidad se concibe como el reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo.⁷

A toda acción existe una reacción, el Estado establece una consecuencia jurídica al delito –llamada punibilidad o penalidad–; a lo largo de la historia los menores que contravienen las leyes penales se han visto inmersos en diferentes sistemas en los que la respuesta del Estado ha sido totalmente radical, en virtud de lo cual habremos de hacer un breve recuento, para poder estar en aptitud de resolver si los adolescentes cometen delitos.

Históricamente se dividieron en sistema clásico, de situación irregular; y sistema de protección integral,⁸ en los que no nos detendremos, para no desviar la atención, pero sí resaltamos que a lo largo de la historia, con el pretexto de proteger a los menores que se consideraba estaban en conflicto con la ley, no se les reconocía garantías frente al Estado, por lo que en el ámbito internacional surgieron diversos acuerdos internacionales relativos a los derechos de los adolescentes, del que reviste mayor importancia la Convención de los Derechos del Niño,⁹ que vino a ser un parteaguas en la justicia en México, para poder

5 Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte general*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5a. ed., 2002, p. 200.

6 Sergio Vela Treviño, *Antijuricidad y justificación*, México, Editorial Trillas, 5a. ed., 1990, p. 130.

7 Muñoz Conde, *Derecho*, op. cit., p. 358.

8 Francisco Maldonado Fuentes, "La especialidad del sistema de responsabilidad penal de adolescentes. Reflexiones acerca de la justificación de un tratamiento penal diferenciado," *Revista Justicia y Derechos del Niño*, núm. 6, en: <<http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/francisco-maldonado-fuentes.pdf>>.

9 En la ciudad de Nueva York, EUA, el 20 de noviembre de 1989 se aprobó por la Asamblea General de la ONU, ordenando por ley entrar en vigor el 2 de septiembre del siguiente año, instrumento que México firmó el 26 de enero de 1990, ratificándolo el 21 de septiembre, para entrar en vigor el 21 de octubre de ese mismo año.

considerar desde otro punto de vista la justicia de los adolescentes, lo que concluyó con la reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Básicamente este modelo de responsabilidad afirma la posibilidad de aplicar consecuencias sancionadoras restrictivas de derechos a los menores de edad, derivadas del reconocimiento de su capacidad de autodeterminación. Ello supone reconocer en los menores de edad el carácter de sujetos de derecho. Así, con la titularidad de derechos subjetivos y niveles de ejercicio autónomo de los mismos, se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al ser posible afirmar dicha responsabilidad, se pueden, a la vez, derivar de ella consecuencias.¹⁰

Ahora bien, la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes, necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se le asume como un correlato de la autonomía presente desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. Por ello el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de un adolescente que de un adulto, ni atribuir en base a su autonomía/ responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (principio de autonomía progresiva).¹¹

De esta forma el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias.

La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento. Así, como sujeto de derechos, es perfectamente “capaz de responsabilidad”, en una medida diversa a la del adulto, en el macro de su condición de “sujeto en desarrollo”.

La ley fundamental es muy clara, pues hace referencia específica de conductas *tipificadas como delito*, por lo tanto, la interpretación que se debe de dar a dicha norma es precisamente

10 Ampliamente José Luis Pecina Alcalá, “La nueva forma de administrar y procurar justicia para adolescentes”, *Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Monterrey, invierno 2009, pp. 82-185.

11 Francisco Maldonado Fuentes, “La especialidad”, documento en línea citado. En esta misma tendencia de opinión Emilio García Méndez.

el que, no obstante de ser cometidas por adolescentes, son consideradas como delitos, al encontrarse en la ley penal, como contrarias a la sociedad.

Lo anterior porque ahora sí la norma fundamental considera el ámbito de aplicación de un sistema de justicia especial para adolescentes a conductas tipificadas como delitos en las leyes, y no como se asumía por el Estado, bajo un criterio paternalista, en el que asumía totalmente la patria potestad, aún y cuando no actuaban al margen de la ley, aquí ya es necesario que se configure la comisión de un delito, para que puedan entrar a ser sujetos a este sistema.

Por lo tanto consideramos que, efectivamente, los adolescentes pueden cometer delitos, es decir, se tiene que abordar la conducta cometida, su tipicidad, antijuricidad, la culpabilidad y respeto a la punibilidad, lo que se explicará más ampliamente con posterioridad.

Es necesario aclarar que la gran confusión que genera esta afirmación, es porque en la misma Constitución y la doctrina se hace referencia al sistema de protección integral, como aquel que se debe impartir al adolescente en un ámbito especializado, esto es, que se reconozca que cometen conductas delictuosas, pero que su aplicación se tiene que dar en un marco diverso al de adultos (imputables), puesto que se trata de personas que se encuentran en desarrollo, y presentan cambios físicos y psicológicos; simplemente la respuesta no puede ser la misma, dada esa condición, y por eso se requiere que se encuentren al margen del derecho penal de adultos y se juzguen bajo un sistema que sea especializado para responder a sus requerimientos, es decir como lo sostenía Nietzsche "tratarlos diferente por ser diferentes".¹²

Sin embargo, se sostiene que, a su edad (de 12 a 18 años), un adolescente tiene el suficiente desarrollo intelectual, y si no cuenta con algún impedimento mental, también cuenta con una adecuada valoración de lo jurídico y antijurídico, además de la facultad de autodeterminación de su decisión y voluntad. Es decir, reúne todos los requisitos para afirmar que, desde que el adolescente decide cometer una conducta delictuosa, aún y cuando todavía se encuentra en desarrollo, conforme a la ley penal mexicana al encontrarse en una edad entre doce y 18 años, alcanza a comprender debidamente la antijuricidad de una conducta, y en base a ella decidir voluntariamente su realización.

¹² Federico Nietzsche, *El ocaso de los ídolos*, México, Aguilar, t. iv, 1976, p. 443 (Obras Completas).

Al reconocer lo contrario, caeríamos en el mismo error que se evidenciaba en el sistema tutelar, de no reconocerles esa capacidad de acción y decisión, aduciendo que no tienen esa capacidad de conocer el sentido del mandato, y de actuar conforme a ello porque carece de madurez suficiente.

Lo cual a todas luces es evidente que no es así, a lo sumo, en virtud de requerir una respuesta diferente a la que se administra en los adultos, los adolescentes se encuentran exentos de la responsabilidad conforme a la legislación penal de adultos, pero sólo en su aplicación.

Somos muy puntuales en establecer que en definitiva, se le está imputando la comisión de un delito para el que, al margen de tratamientos penales especializados, sí se tiene esa capacidad de conocer el sentido del mandato y de actuar conforme a él.

La regulación constitucional ha venido a considerar la edad de doce años para ser objeto de responsabilidad, considerando ya a los menores sujetos de derecho y plenamente imputables, aunque ello tenga consecuencias penales diferentes. Así, podemos afirmar, como lo señala el artículo 18 constitucional y las leyes aplicables, que desde el momento en que se preceptúa en la ley que cuando un menor de edad cometa un hecho delictivo, podrá ser responsable con arreglo a la ley que regule la responsabilidad penal del menor, ello quiere decir que la capacidad para incurrir en responsabilidad penal, es decir la imputabilidad, comenzará en realidad a la edad que establezca la mencionada ley especial, que en el caso de México será de doce años.

Esta sería la consecuencia práctica de la nueva regulación penal, al ser innegable que debe de existir un derecho penal de menores de carácter especializado, y en consecuencia, con respuestas diferentes, pero que no cabe seguir diciendo que el menor es inimputable conforme a otro derecho penal diferente, lo que justificaría su responsabilidad que, a todas luces, seguiría siendo penal, con independencia de las especiales características de su tratamiento y efectos.

Es evidente que la persona que cometió un supuesto delito, al ser menor de edad, es imputable para efectos penales, y lo único que cambia con relación a los mayores de edad penal, es que la responsabilidad penal va a serle exigida conforme a la legislación de menores, y no conforme a la legislación penal de adultos. Lo contrario sería dejar impune una conducta que tampoco queda impune respecto a los menores.

Creemos que la Constitución hace referencia, no a la aplicación de penas, sino de medidas, al tener las finalidades apuntadas, pero no como medidas de seguridad, sino como medidas propias ubicadas en el mismo rubro que las penas establecidas para adultos, variando su nomenclatura única y exclusivamente en virtud de sus finalidades y los sujetos a los que se destina.¹³

Desapareciendo sólo el carácter de retribución que cuenta como atributo las penas, exacerbándose la función de prevención especial. Actuarían como límites, el hecho cometido (sólo existirá medida cuando se haya probado la comisión de un hecho típico), y el sujeto (en todo caso, no se podrá imponer mayor medida de la pena que correspondería al delito concreto si el sujeto no hubiera sido inimputable).

Como consecuencia de todo lo indicado, la punibilidad establecida en las normas penales¹⁴ no son aplicadas a los adolescentes que cometen los delitos para los que se estableció esa consecuencia, sino que la legislación de adolescentes¹⁵ las establecerá conforme al artículo 18 de nuestra carta magna.¹⁶

13 Aterrizando: en derecho penal para los adultos la punibilidad pondera sobremanera la prevención general, de ahí que veamos con frecuencia que los estados en la idea de "crear" que incrementando las penas se disminuye la comisión de los delitos e incluso llegándolo al extremo de contemplar la cadena perpetua (Chihuahua). En cambio en el Sistema Especial de Justicia para Adolescentes se pone especial énfasis a la prevención especial es decir que al estado lo que le interesa es que el inculcado se reincorpore lo mejor posible a la sociedad, aunque existan entidades que en forma aberrante contemplan como medida sancionadoras la prisión por largo tiempo (véase Legislación de Adolescentes Infractores de los estados de San Luis Potosí o Yucatán).

14 Por ejemplo, en el Código Penal de Nuevo León se establece en el art. 312.- "al responsable de cualquier homicidio, que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de 15 a 25 años de prisión".

15 Así en Ley del Sistema Especial de Justicia para Adolescentes de Nuevo León se establece en el art. 119.- Requisitos para la imposición de medidas. La imposición de medidas deberá sujetarse a las siguientes disposiciones generales: i.- La medida será proporcional a las circunstancias y gravedad de la conducta realizada; su imposición deberá tener en cuenta las necesidades particulares del adolescente, así como las posibilidades reales de ser cumplida. ii.- La medida de internamiento se impondrá de manera excepcional, con sujeción a los principios de proporcionalidad y subsidiariedad y nunca a adolescentes menores de catorce años. iii.- En cada resolución el juez podrá imponer amonestación y hasta un máximo de dos medidas más, compatibles entre sí, de modo que su ejecución pueda ser simultánea y en ningún caso, sucesiva".

16 En lo conducente establece: "...La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente".

II. EXTRADICIÓN: CONCEPTO

Juan Palomar¹⁷ nos ilustra al puntualizar que extradición proviene del latín *ex*, fuera de, y *traditio*, entrega.

Antonio Rovira¹⁸ señala que respecto a la etimología de la palabra extradición, entiende que no deriva de la voz latina *dítio o potestas extra-territorium*, porque en el origen la ley penal de un Estado, no podría tener eficacia fuera de su espacio. La verdadera etimología de la palabra está en la *traditio* o entrega, porque la esencia misma de la extradición se halla precisamente en que el fugitivo es detenido por el Estado en el que se refugia, y en que se le requiere para que sea entregado a aquel otro Estado encargado y competente para, en su caso, castigarle *extraditio*.

Aclarando que existen muchas definiciones y que cada una de ellos pone el acento en alguno de sus aspectos más relevantes: la conveniencia, la utilidad, la necesidad o la justicia, pero poco nos ayudan a la hora de precisar el significado constitucional de un instituto tan indeterminado y, sin embargo, tan usado e importante para la seguridad jurídica internacional, y para la efectividad de los derechos de la persona que se encuentra en un país y es reclamada por otro.

El doctrinario en cita puntualiza que sin mucho temor a equivocarse, la esencia de la figura elegida como materia para la investigación, es decir, aquello que la caracteriza más allá de los cambios que ha experimentado a lo largo del tiempo, lo que ha permanecido después de todos ellos, es que consiste en una actuación administrativa o judicial, mediante la cual se solicita a un Estado que colabore en el ejercicio del *ius puniendi* de otro. Asimismo, que en su origen la extradición aparece como un mero expediente de acción política entre soberanos o autoridades, un acto político, un acto de soberanía de defensa de los intereses propios del Estado solicitante, incluso del capricho del gobernante. Y en parte se pretende que siga siendo así, si bien con el tiempo va adquiriendo una naturaleza jurídica nueva y adecuada para resolver los problemas que provoca la libre circulación de personas, que no sólo multiplican los casos, sino también la variedad de conductas punibles.

17 Juan Palomar de Miguel, *Diccionario para juristas*, México, Mayo ediciones, 1988, p. 577.

18 Antonio Rovira, *Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución*, España, Civitas, 2005, pp. 27 y 29.

Por su parte, Cezón González¹⁹ señala que se conoce por extradición el instituto de cooperación jurídica internacional en virtud del cual un Estado (requerido), a petición de otro (requeriente), pone físicamente a disposición del último a una persona que se encuentra en el territorio del primero, a fin de ser sometida a juicio por un delito cuya persecución compete al Estado requirente, o a fin de cumplir una pena o medida de seguridad impuesta por los tribunales de este mismo Estado.

Para referirse a esta institución, Gómez-Robledo Verduzco²⁰ alude que históricamente el derecho internacional desarrolló la “extradición” principalmente para resolver la serie de problemas que se generan cuando un presunto delincuente se refugia en un Estado que no posee jurisdicción sobre él, o ya sea que esté imposibilitado para procesarlo porque los medios de prueba se encuentran fuera del país, procede entonces a la extradición de una persona para que esta pueda ser juzgada por el país que lo requiere por supuestos delitos cometidos en contravención de su orden jurídico.

En relación a la extradición, Labardini²¹ (apoyado en otros doctrinarios) escribe que es el método que utiliza un Estado soberano para entregar a una persona localizada en su territorio, a otro Estado soberano que persigue a dicho individuo por considerarle responsable de la comisión de un delito, o por ser un fugitivo de la justicia.

Reyes Tayabas,²² la define como una fórmula jurídica cuyo objetivo es hacer operante el auxilio que un Estado preste a otro Estado, consistente en la entrega de alguna persona que, hallándose en su territorio esté legalmente señalada como probable responsable o como sentenciado prófugo, por delito cometido fuera de la jurisdicción del requerido y dentro de la del requirente, con el objetivo de que este pueda procesarlo o sujetarlo al cumplimiento de una condena. De ese modo abarcamos la idea principal, la operación esencial de la fórmula y los supuestos necesarios de que el reclamado se encuentre en el territorio del requerido, de que el delito se haya cometido fuera de ese territorio, y de que la entrega se justifique por causa de responsabilidad penal.

19 Carlos Cezón González, *Derecho Extradicional*, España, Dickinson, 2003, p. 23.

20 Alonso Gómez-RobledoVerduzco, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, UNAM, 1996, p. 15 [Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público núm. 24].

21 Rodrigo Labardini, *La Magia del intérprete. Extradición en la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: El caso Álvarez Macháin*, México, Porrúa, 2000, p. 16.

22 Jorge Reyes Tayabas, *Extradición internacional e interregional en la legislación mexicana*, México, Procuraduría General de la República, 1997, p. 45.

Villarreal Corrales²³ se acota a la extradición en México al expresar que es el acto administrativo discrecional por el cual el poder ejecutivo federal entrega a un indiciado, procesado, acusado o sentenciado a otro Estado para ser juzgado o sancionado.

La extradición es también es una figura jurídica procesal, en cuanto se trata de un procedimiento incidental, o especial, dentro del proceso penal que tiene como finalidad la presencia ante los órganos judiciales competentes, de un inculpado, procesado o condenado, que se encuentra en el extranjero; pertenece en un sentido amplio al derecho penal como un procedimiento especial para poder juzgar los actos delictivos del inculpado que se había sustraído de la justicia penal del país que lo requiere.

De acuerdo con la doctrina, la figura jurídica de la extradición tiene como fin evitar la impunidad del delito, y que la justicia punitiva no pierda su eficacia y esencia, al impedir que un delincuente que se refugia en un país extranjero quede impune del delito que cometió.

Ya que se tienen la visión de lo que es la institución jurídica de la extradición, puntualizamos que la misma se encuentra dentro del sistema jurídico, por lo cual resulta indispensable señalar que su marco jurídico se encuentra básicamente en los tratados celebrados por nuestro país, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la legislación vigente.

1. Extradición. Su marco jurídico

nuestra carta magna, en forma expresa, se refiere a la extradición en los artículos 15 y 119,²⁴ y en el plano internacional existen diversos tratados²⁵ que se refieren a dicho instituto en específico, pero también se cuenta con otros que tienen estrecha relación con la misma, conviniendo resaltar que, conforme a lo establecido en el artículo 133 constitucional se encuentra como parte del derecho positivo mexicano.

23 Lucinda Villarreal Corrales, *La Cooperación internacional en materia penal*, México, Porrúa, 3a. ed., 2004, p. 203.

24 El primero de tales preceptos señala: "No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano". Asimismo, el diverso numeral 119 en lo conducente prevé: "Las extradiciones a requerimiento de Estado extranjero serán tramitadas por el Ejecutivo Federal, con la intervención de la autoridad judicial en los términos de esta Constitución, los tratados internacionales que al respecto se suscriban y las leyes reglamentarias. En esos casos, el auto del juez que mande cumplir la requisitoria será bastante para motivar la detención hasta por sesenta días naturales".

25 Jesús Guadalupe Luna Altramirano, *Sumario de extradición internacional. Legislación, tratados convenciones, convenios, jurisprudencia, glosario y bibliografía*, México, Luna Altramirano/Porrúa, 2007.

Cabe puntualizar que García Ramírez²⁶ denuncia que otra fuente de notable relevancia, cuyas aportaciones suelen preceder e informar las normas convencionales es la costumbre internacional. El silencio constitucional y jurisprudencial suscita interrogantes. Asimismo refiere que tampoco se inscriben en ese marco las resoluciones, declaraciones y otros actos del derecho internacional público, en los que no se presenta ese acto complejo reclamado por la ley fundamental de la república, no obstante el valor que pudieran tener bajo una variable concepción que ayer negaba imperio jurídico a las declaraciones, y hoy se le reconoce de forma creciente, reconocimiento que se extiende explícitamente, por supuesto, a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948).

En México, para regular la extradición, se cuenta con la Ley de Extradición Internacional que en su artículo 1º señala que se aplica supletoriamente en relación a los tratos de la materia.²⁷

2. Extradición: sus principios

se dice que una finca será duradera siempre y cuando se encuentre sustentada por sólidas estructuras, tan es así que una vez vencidas las estructuras, la finca se viene abajo. Lo mismo sucede en el caso de las instituciones jurídicas, las cuales se encuentran sostenidas en diversos principios que constituyen los cimientos o estructuras que les permiten mantenerse en pie; por lo tanto, cuando se atenta en contra de dichos principios se pierde la esencia de la institución.

Los principios constituyen los pilares en el caso de la extradición, y se abordarán a continuación, aunque con la aclaración de que, como dice Gómez-Robledo Verduzco,²⁸ no son de obligada observancia, ya que los Estados han defendido su facultad de conceder asilo a los extranjeros.

26 Sergio García Ramírez, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002, pp. 41 y 42 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 106).

27 Tal precepto señala: "Las disposiciones de esta ley son de orden público, de carácter federal y tienen por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten, cuando no exista tratado internacional, a los acusados ante sus tribunales, o condenados por ellos, por delitos del orden común".

28 Alonso Gómez-Robledo Verduzco, *Extradición*, op. cit., p. 16.

A) De legalidad.

fundado en el de *nullum crimen, nulla poena sine lege*, transformado en el de *nulla traditio sine lege*, y que se consagra expresamente en el inciso *b* del artículo 1 de la Convención de Extradición.²⁹

Labardini³⁰ aclara que es sólo por delitos extraditables, para lo cual se ha optado por dos métodos: el de enumeración (*numerus clausus*), es decir, sólo aquellos que se establecen expresamente, y el de eliminación (*numerus apertus*), que es el que la gran mayoría de los tratados establecen, consistente en que podrán ser aquellos delitos por la indicación de un estándar mínimo de la pena que acarrea.

Sebastián Montesinos³¹ resume este principio, entendiéndolo como limitación en la aplicación de la extradición de aquellas conductas contenidas en el tratado de forma exclusiva, sigue siendo un principio esencial extradicional, que se conjuga con el principio de doble incriminación, imprescindible al quedar eliminadas de los tratados las listas cerradas de delito, y haber sido este criterio sustituido por la determinación de ambos Estados de realizar la entrega si existe tipificación equivalente y pena mínima en las legislaciones los Estados contratantes.

B) De reciprocidad.

Del latín *reciprocus*, significa corresponder de manera análoga por un servicio o favor recibido.

En un pacto, en un compromiso por el que cada Estado otorga un trato equiparable al que reciba del otro. Es una exigencia que significa que los contenidos que sustentan las solicitudes de extradición sean tenidos simultáneamente por los dos ordenamientos, de tal modo que cada uno de ellos podría ser indistintamente sujeto y objeto de la acción realizada, de forma parecida a la atracción que se producen entre dos imanes. No obstante, en su configuración se expresa claramente la tensión entre

29 Tal precepto señala: "que el hecho por el cual se reclama la extradición tenga el carácter de delito y sea punible por las leyes del Estado requiriente, y por las del Estado requerido, con la pena mínima de un año de prisión de la libertad".

30 Rodrigo Labardini, *La magia*, op. cit., p. 23.

31 María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición pasiva*, España, Comares, 1997, p. 45.

una concepción primitiva de la extradición, entendida como instrumento al servicio de la soberanía, y la forma de percibirla como garantía de los derechos y principios que definen al Estado constitucional.³²

C) De especialidad.

Al respecto de este principio alude la fracción I del artículo 16 en de la Ley de Extradición Internacional de nuestro país³³ y la Convención sobre Extradición en su artículo 17 inciso a.³⁴

Al referirse a este principio, Sebastián Montesinos³⁵ sostiene que es aquel por el que el Estado requirente se compromete a no extender el enjuiciamiento o el cumplimiento de condena a hechos distintos y anteriores a aquellos por los que se solicita y es autorizada la entrega del reclamado. Este principio constituye una pieza básica de la extradición, de la que dimana la garantía que alcanza a la persona entregada, en cuanto que no estará expuesta a acusaciones o castigos que fueron silenciados en el procedimiento de extradición.

Como consecuencia, se prohíbe que el Estado que requiere, pueda ejercer la acción penal en contra del individuo extraditado por un delito diferente de aquél conforme al cual se concedió la extradición. En caso de que el requirente pretenda enjuiciar al extraditado por algún delito diferente, debe concederle tiempo suficiente para abandonar su territorio antes de intentar procesarle.³⁶

D) De doble criminalización.

La mencionada Ley de Extradición Internacional, como se dijo, establece que el Estado requirente señalara el delito por que pide la extradición con lo cual se protege al perseguido, no obstante, Cezón González³⁷ aclara que la doble incriminación no significa equivalencia de tratamiento jurídico (la pertenencia a organización para la comisión del delito puede

32 Antonio Rovira, *Extradición*, op. cit., p. 189.

33 "La petición formal de extradición y lo documentos en que se apoye el Estado solicitante, deberán contener: i.- La expresión del delito por la que se pide la extradición..."

34 "Concedida la extradición, el Estado requirente se obliga: a) A no procesar ni a castigar al individuo por un delito común cometido con anterioridad al pedido de extradición y que no haya sido incluido en él, a menos que el interesado manifieste expresamente su conformidad..."

35 María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición*, op. cit., p. 52.

36 Rodrigo Labardini, *La magia*, op. cit., p. 27.

37 Carlos Cezón González, *Derecho*, op. cit., pp. 89 y 90.

considerarse en un país agravante del delito principal y en otro delito autónomo), ni que, en caso de pluralidad de infracciones, el sistema concursal de ambos Estados sea coincidente (lo que en un país constituye un sólo delito puede ser calificable como integrante de dos delitos en otro Estado, sin que por ello quiebre la exigencia de la doble incriminación, y lo mismo cabría decir en caso de delito continuado, cuando la extradición fuese instada por un Estado cuyas leyes desconociesen ese instituto, no obsta a la extradición por cinco hechos constitutivos de robo que en el Estado requiriente los mismos se sancionen como cinco robos y que en el requerido constituirían un único delito continuado, porque lo que importa, a efectos de tener por cumplido el requisito, es que todos los hechos por los que se formula la reclamación –los cinco robos– sean delito en los dos Estados).

La doble incriminación tampoco exige coincidencia del bien jurídico protegido (los hechos pueden integrar delito relativo a la prostitución en el Estado requiriente y calificarse en España como delitos contra los derechos de los trabajadores).³⁸

Por lo anterior, estamos de acuerdo con Sebastián Montesinos,³⁹ cuando sostiene que este principio está fuertemente vinculado con el de legalidad, sin embargo, configuran dos cuestiones distintas. El principio de doble incriminación sirve para delimitar si las conductas son susceptibles de extradición, mientras que el de legalidad exige además que la conducta delictuosa esté incluida entre aquellas que pueden motivar el procedimiento extradicional.

E) *Non bis in idem.*

Consiste en que el delincuente que ha sido condenado o absuelto, por el comportamiento delictivo que motivó la extradición en un determinado Estado; no puede ya ser entregado por vía de extradición para que de nuevo sea juzgado por el mismo acto delictivo.⁴⁰

Mercier y Schultz,⁴¹ sostienen que el mero hecho de que exista una resolución de los tribunales del Estado requerido, no debería implicar necesariamente la

³⁸ *Ibid.*

³⁹ María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición, op. cit.*, p. 47.

⁴⁰ Lucinda Villarreal Corrales, *La cooperación, op. cit.*, p. 230.

⁴¹ Al ser citados por María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición, op. cit.*, p. 86.

denegación de la extradición; habrá de examinarse las razones por las que se puso fin al procedimiento; si la resolución exculpatoria lo fuera en razón de la inexistencia de pruebas, y el delito se hubiera cometido en el Estado requirente, en el que se dispone de otro tipo de argumentos más completos la extradición, debería ser concedida, a fin de asegurar la acción de la justicia; en otro caso la extradición podrá ser denegada.

F) Gravedad de la punibilidad.

se encuentra ligado al de legalidad, pues sólo se concede la extradición cuando la pena a imponer no es inferior a un año. En relación a la reacción que cada Estado adopta frente al delito, es de precisar que en la doctrina se desarrolla el principio conocido como el de entrega condicionada a la naturaleza civilizada de la pena, consistente en el trato a recibir por el reclamado, una vez reintegrado al Estado requirente no suele ser contemplado en los tratados internacionales, al ser consideradas estas cuestiones como una inaceptable intromisión en sus asuntos internos. Sin embargo, la preocupación internacional por los derechos humanos, ha hecho que esta sea una cuestión que cada vez se tenga más en cuenta cuando existan razones suficientes para poder creer que el extraditado pudiera ser objeto de tratos inhumanos o degradantes. Esta opción permite la entrega salvaguardando los derechos del fugitivo.⁴²

G) No por delitos políticos.

al hacer mención al artículo 15 de nuestra Constitución, se precisó que se prohíbe la celebración de tratados de extradición por delitos políticos; Antonio Rovira⁴³ señala que las dificultades comienzan cuando se tiene que concretar a qué delitos se refiere, ya que no hay nada más dúctil que lo político, en mayor medida cuando la propia extradición se ideó precisamente para extraditar a personas reclamadas por delitos de esta naturaleza, y a veces ni siquiera por delitos, sino simples conductas políticas, por actuaciones que pudieran considerarse contrarias a los intereses del gobernante.

⁴² *Ibid.*, p. 82.

⁴³ Antonio Rovira, *Extradición*, op. cit., p. 201.

Cezón González⁴⁴ aclara que las tendencias a concebir el delito político, desde una delimitación objetiva o subjetiva, que suele mencionarse en los tratados, para dejar sentado que la finalidad política o la mera alegación de un móvil político no convierte en político al delito, extendiéndose, a veces, el carácter de delito político a los delitos conexos con los políticos.

Al respecto, Labardini⁴⁵ señala que el fundamento de la excepción, radica en las políticas actuales de derechos humanos, que prohíben la persecución de las personas en razón de sus creencias políticas. No sólo se considera deseable que un individuo pueda expresar sus puntos de vista, incluidos los de naturaleza política, sino que requiere también ser juzgado conforme a derecho y recibir un proceso imparcial, situación de la que previsiblemente, podría no gozar en caso de que regresara al Estado de donde huyó. Esta excepción no abarca los crímenes políticos internacionales, ya que por su propia naturaleza atentan contra toda la humanidad.

H) No por delitos militares.

cerezo Mir⁴⁶ definió los delitos militares como aquellos que afectan la disciplina, el honor militar, o los fines y medios de las fuerzas armadas, y que sean cometidos por militares.

En la actualidad, la tendencia es que en esta exclusión sólo se incluyan los delitos puramente militares, quedando fuera aquello que tenga contenidos de derecho común.

I) Nacionales.

la extradición de los nacionales, viene siendo de antiguo un tema controvertido en el se alinean muy distintas posiciones, tanto en el sistema continental o civilista, como en el anglosajón o de derecho común, y dentro del primero, con divergencias entre la doctrina y la legislación.

44 Carlos Cezón González, *Derecho*, op. cit., pp. 122 y 123.

45 Rodrigo Labardini, *La magia*, op. cit., p. 37.

46 Al ser citado por María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición*, op. cit., p. 68.

La no extradición de los nacionales se puede considerar como la piedra angular de los sistemas continentales, siendo los principales argumentos en defensa de este: *a)* la desconfianza que surge en el Estado requerido en cuanto al sometimiento de su nacional a un ordenamiento jurídico ajeno, sobre la base de que sólo en su país de origen el delincuente encuentra garantías de objetividad e imparcialidad; *b)* en la actitud protectora por parte del Estado hacia sus ciudadanos; *c)* en el derecho por parte del ciudadano a residir en su propio Estado; *d)* en la creencia de que nadie puede ser juzgado, sino por sus jueces naturales; y *e)* últimamente, sosteniendo que la rehabilitación o reinserción del delincuente en la sociedad, sólo es posible en su lugar de origen.⁴⁷

J) Pena de muerte.

cada vez, con más frecuencia, los tratados relativos a la extradición, vienen recogiendo en su clausulado, o la no entrega del perseguido para la ejecución de la pena capital en el Estado requirente, o para ser enjuiciado por hechos de lo que pudiera resultar esta misma pena; consecuencia de este principio es la posibilidad asentada en los convenios, de condicionar la entrega del delincuente reclamado a que por el Estado solicitante se presten las garantías suficientes en cuanto a que, en caso de ser condenado a la pena capital, la sanción no sería ejecutada. Esta exclusión encuentra razón en consideraciones humanitarias y, en gran número de ocasiones, en el respeto a las normas de orden público interno del Estado requerido, cuando en su ley local no se prevé tal pena. Por su parte, la entrega condicionada a la prestación de garantías, en cuanto a la no imposición o ejecución de la pena, trae explicación en la persecución de los delincuentes más peligrosos, salvaguardando el derecho a la vida, por considerar esta pena inhumana, si bien esta solución ha seguido diversos caminos y no siempre ha satisfecho a todos.⁴⁸

K) Relativos a garantías procesales.

en principio se prohíbe que el acusado requerido sea juzgado por tribunales espaciales, se consideran de excepción o "*ad hoc*" los creados fuera de la organización judicial constitucional, para conocer de uno o varios casos concretos, o aquellos en los que se ventilan procesos que no llenan las exigencias mínimas de un estado de derecho. Un

47 *Ibid.*, p. 71.

48 *Ibid.*, p. 77.

tribunal de excepción es aquel expresamente constituido para el enjuiciamiento de un delito para posterioridad, o aquel cuya formación depende del poder ejecutivo, que pueda libremente o mediante motivación formal, no revisable por un órgano independiente, variar su composición, designando o removiendo a sus miembros.⁴⁹

Sebastián Montesinos⁵⁰ puntualiza que es de general aceptación que el órgano jurisdiccional que ha de juzgar al reclamado en el Estado requiriente, no debe tratarse de un tribunal de excepción. Esta cuestión se plantea como protección adicional, para que la persona entregada no pueda ser juzgada por delitos diferentes de aquellos para los que se concedió su extradición.

En este sentido, también se encuentra el principio que garantiza la audiencia del reo, que otorga la posibilidad de denegar la extradición, condicionada a la presentación de garantías de un nuevo juicio, salvo que la parte requiriente de seguridades de que en el proceso en que fue condenado se respetaron los derechos mínimos de la defensa, generalmente reconocidos a cualquier persona acusada de un delito; esta cláusula parece contener una condición imposible, ya que el criterio generalmente aceptado es que un proceso llevado a cabo en ausencia del condenado no respeta esos derechos mínimos a ser oído antes de ser condenado.⁵¹

Asimismo se contempla el que Sebastián Montesinos⁵² llama de atracción de la propia jurisdicción, en el que los Estados ejercen su derecho para retener al delincuente que se encuentra en su territorio y juzgarlo por sus leyes.

Este principio extradicional se suele plasmar de dos maneras en las legislaciones internas y en los tratados: 1. Exclusión de la extradición de aquellos casos en los que los tribunales del Estado requerido tengan competencias para el enjuiciamiento de los hechos base de la petición; y 2. No concesión de la extradición, cuando, según la ley del Estado requerido, el Estado requirente no tuviera competencia para enjuiciar los hechos objeto de la petición extradicional.

49 Carlos Cezón González, *Derecho*, op. cit., p. 133.

50 María Ángeles Sebastián Montesinos, *La extradición*, op. cit., p. 96.

51 *Ibid.*, p. 101.

52 *Ibid.*, p. 91.

En materia extradicional en concreto, a través del principio de atracción de la propia jurisdicción, los Estados ejercen su derecho a retener al delincuente que se encuentra en su territorio para ser juzgado por sus propias leyes frente a las del Estado requirente.

III. ¿Y LOS MENORES QUE COMETEN DELITO?

En base a todo lo expuesto, podemos afirmar que no se hace mención específica respecto de que los menores se encuentren fuera del ámbito de aplicación de dicha figura, sin embargo, al haberse suscrito cuando se estaba sancionando a los adolescentes, bajo un sistema tutelar en que no eran reconocidos como sujetos de derecho y la intervención del Estado, no tenía un carácter jurisdiccional, no se reconocía su capacidad para cometer ilícitos sancionados por las leyes, por lo tanto, obviamente, no entraban en el ámbito de competencia de la extradición.

Sin embargo, bajo el nuevo paradigma de juzgamiento, habremos de poner especial énfasis y considerar que, efectivamente, no sólo bajo este nuevo sistema se pretende dar mayor protección a los adolescentes, y reconocerlos plenamente como sujetos de derechos, sino, a su vez, proteger a la víctima y a la sociedad, en virtud de lo cual, obviamente, no se puede dejar impune la comisión de conductas contrarias a la ley, cometidas por adolescentes, cuando se encuentren en los supuestos señalados y tengan las condiciones necesarias para ser extraditados, siempre buscando su interés superior, esto es que la decisión se funde en la mejor determinación para proteger su condición de adolescente.

No es inadvertido el que en la Ley de Extradición Internacional se establezca en el artículo 5º que podrán ser entregados los individuos contra quienes en otro país se haya incoado un proceso penal, así como el que se prevea (artículo 11) el proceder que se ha de seguir cuando el individuo requerido tenga diversa causa penal en nuestro país y que (artículo 14), ningún mexicano podrá ser entregado sino en casos excepcionales a juicio del ejecutivo.

Lo anterior, ya que de tales artículos se puede advertir que hacen referencia a “individuos”, sin hacer distinción de edad, y de igual forma el artículo 14 menciona “ningún mexicano”, nótese que no habla de ciudadanos mexicanos (que conforme al artículo 34 constitucional dicha ciudadanía se adquiere a los 18 años de edad) y la calidad de mexicano, tal y como

lo establece el mismo ordenamiento jurídico en su artículo 30, es por nacimiento o por naturalización. Se puede interpretar que puede extraditarse a mexicanos que hayan cometido delitos sin necesidad de que hayan adquirido la calidad de ciudadanos, es decir, a menores de edad, pero conforme a lo que se expuso en este trabajo en forma expresa, no existe ordenamiento jurídico de ahí la inseguridad jurídica.

En virtud de lo indicado a manera de conclusión señalamos que:

En primer término, que la legislación mexicana no tenía contemplada la aplicación de dicho tratado hacia los menores que cometen un delito, como se dijo, derivado de que los menores seguían bajo un tratamiento tutelar en el que no eran reconocidos como titulares de derechos, y se tenía puesto que en todos sus señalamientos se refiere a aspectos como delitos y penas, sin hacer relación al ámbito de aplicación especial que merecería el trato para adolescentes, como sí se establece en el derecho comparado como el de España.⁵³

Por lo tanto, dentro del examen realizado, se puntualiza que efectivamente los adolescentes cometen delitos y son sujetos de sanción, aunque no como personas adultas, sí bajo un régimen adecuado a sus necesidades y a la etapa de desarrollo en la que se encuentran, en razón de lo cual se deberá poner especial atención en que bajo esta perspectiva, se realice la interpretación de los tratados de extradición vigente en el país.

Lo anterior, tomando en especial consideración, como criterio de mayor importancia, el interés superior del adolescente, para que pueda ser sujeto o no de extradición, puesto que se habrá de considerar, conforme a lo establecido en diversos tratados internacionales, como la Convención de los Derechos del Niño, entre otras, el que se asegure el pleno disfrute de sus derechos, pero tomando en consideración que dichas conductas no deben quedar impunes.

53 Concretamente en el art. 5 de Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva que prevé: Asimismo podrá denegarse la extradición: 1. Si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones. 2. Cuando la persona reclamada sea menor de 18 años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su inserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requeriente, las medidas más apropiadas. Asimismo dicho país en el artículo 11 del Tratado Bilateral de Extradición y Asistencia Judicial en Material Penal entre el Reino de España y la República Argentina, que dice: La extradición podrá ser denegada: a) Cuando fueren competentes los tribunales de la parte requerida, conforme a su propia ley, para conocer del delito que motiva la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a la extradición si la parte requerida hubiese decidido o decidiese no iniciar proceso, o poner fin al que se estuviese tramitando. b) Cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio de la parte requerida y la Ley de la Parte requerida no autorizare la persecución de un delito de la misma especie, cometido fuera de su territorio. c) Cuando la persona reclamada fuere menor de 18 años en el momento de presentarse la solicitud de extradición, tuviere arraigo en la parte requerida y esta considerare que la extradición puede perjudicar su inserción social, sin perjuicio de que se adopten las medidas más apropiadas que prevea la Ley de la Parte requerida.

BIBLIOGRAFÍA

- Cezón González, Carlos, *Derecho Extradicional*, España, Dickinson, 2003, p. 23.
- De Miguel, Juan Palomar, *Diccionario para juristas*, México, Mayo Ediciones, 1988.
- García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas 2002 (Serie Doctrina Jurídica, núm. 106).
- Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1996 (Serie H: Estudios de Derecho Internacional Público núm. 24).
- González Quintanilla, José Arturo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 8a. ed. 2009, p. 192.
- Labardini, Rodrigo, *La Magia del intérprete. Extradición en la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: El caso Álvarez Macháin*, México, Porrúa, 2000.
- Luna Altamirano, Jesús Guadalupe, *Sumario de extradición internacional. Legislación, tratados convenciones, convenios, jurisprudencia, glosario y bibliografía*, México, Porrúa, 2007.
- Mir Puig, Santiago, *Derecho penal parte general*, Barcelona, Editorial Reppertor, 7a. ed., 2005.
- Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 5a. ed., 2002.

- *Sebastián Montesinos, María Ángeles, La extradición pasiva, España, Comares, 1997.*
- *Federico Nietzsche, El ocaso de los ídolos, México, Aguilar, 1976, t. iv, p. 443 (Obras Completas).*
- *Pecina Alcalá, José Luis, "La nueva forma de administrar y procurar justicia para adolescentes", Revista Internacional de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Monterrey, invierno, 2009, pp. 82-185.*
- *Reyes Tayabas, Jorge, Extradición internacional e interregional en la legislación mexicana, México, Procuraduría General de la República, 1997.*
- *Rovira, Antonio, Extradición y derechos fundamentales. Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución, España, Civitas, 2005.*
- *Vela Treviño, Sergio, Antijuricidad y justificación, México, Editorial Trillas, 5a. ed., México, 1990, p. 130.*
- *Villarreal Corrales, Lucinda, La cooperación internacional en materia penal, México, Porrúa, 3a. ed., 2004, p. 203.*

REFLEXIONES EN TORNO A LA PRISION PREVENTIVA
Y SU REGLAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL

DOCTOR JUAN CARLOS RAYO MARES





INTRODUCCIÓN

la libertad del hombre (como especie del reino animal, sin realizar discriminación alguna entre varones y mujeres, sino agrupando ambos sexos en un plano de igualdad), constituye uno de los valores humanos esenciales, que como Derecho sustantivo de primer orden, se califica también de fundamental, al ser recogido por la Constitución Federal y, por tanto, elevarse a rango de garantía¹ constitucional.

Por eso es importante preservar la libertad de los ciudadanos, sobre todo si son o pueden ser objeto de detención arbitraria, investigación criminal o enjuiciamiento penal. Y en razón de ello, el Estado coloca trabas para dificultar la detención de una persona por otra (lo cual procedería legalmente sólo en caso de flagrancia), o por mandato abusivo de alguna autoridad -salvo que dicho ente del gobierno sea competente y su actuar sea legítimo-, para lo cual se deben satisfacer determinados requisitos, o bien, actualizar ciertas circunstancias de hecho y supuestos de derecho, según se trate de una u otra hipótesis de detención

Para preservar el derecho humano de la libertad personal garantizado constitucionalmente, resulta importante que los estados constitucionales de derecho como el mexicano, ante el señalamiento que se le haga a alguien de haber cometido un delito, le concedan el beneficio de la duda, expresión que traducida a lenguaje jurídico significa que es un elemental principio liberal que le asiste a toda persona imputada el que “se presuma su inocencia mientras no se demuestre su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa” (artículo 20, inciso B, fracción I).

¹ Es conveniente recordar que los derechos sustantivos constituyen el contenido de toda garantía constitucional (contínente), la cual puede ser individual o colectiva. Asimismo, los derechos humanos (que también son derechos sustantivos) dado su antecedente que se ubica en la filosofía del derecho natural, al ser reconocidos por el derecho positivo, esencialmente por las constituciones de los estados liberales de derecho, además de convertirse en derechos fundamentales, pasaron a constituir, desde la óptica procesal, garantías individuales. Por tanto, toda garantía constitucional recoge como contenido un derecho sustantivo, al que también se le denomina derecho fundamental al haber sido tipificado por la Constitución, más no toda garantía tiene siempre como derecho sustantivo un derecho humano, no obstante que las garantías tradicionales de la persona física constituyan, en el fondo, la protección de derechos humanos, ejemplo de ello sería el derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad, entre otros; empero, puede acontecer que la garantía, no obstante aquilatarse como un derecho fundamental, tenga como materia un derecho sustantivo de tipo social, verbigracia el derecho a tener acceso a la justicia, a la propiedad, a la educación, a la vivienda, etcétera.

Los casos donde taxativamente la propia Constitución autoriza la detención de una persona, son:

- *Mediante orden judicial de aprehensión (que constituye la regla, pues contrario a un enjuiciamiento en prisión, se privilegia la investigación y procesamiento en libertad: artículo 16, párrafo tercero);*
- *Cuando un Estado extranjero solicita la extradición, se detiene provisionalmente a una persona hasta por 60 días (artículo 119, párrafo final);*
- *Al existir flagrancia (artículo 16, párrafo quinto);*
- *Por caso urgente (artículo 16, párrafo sexto);*
- *Arraigo (artículo 16, párrafo octavo);*
- *Cateo para ejecutar una orden de aprehensión (artículo 16, párrafo undécimo);*
- *Calificación de la legal detención por parte del juzgador (artículo 16, párrafo séptimo).*
- *Prisión preventiva (artículos 18, párrafo primero ,19, párrafo segundo y 20, inciso B, fracción ix);*
- *Pena de prisión (artículos 21, párrafo tercero y 14, párrafo tercero);*
- *Arresto por 36 horas (artículo 21, párrafo cuarto).*

Entonces no son admisibles otros medios jurídicos por los cuales pueda el gobernado ser detenido. De esta forma, cualquier actuación de los agentes de la autoridad al margen de lo establecido constituye delito, verbigracia la oprobiosa orden de presentación

de imputados, respecto de los cuales se ignora en la mayoría de los casos que tengan domicilio fijo o conocido, resultando imposible atender a ello se actualice el presupuesto para su procedencia, es decir, que hubieran sido citados legal y reiteradamente por las procuradurías conforme a su inconstitucional normatividad interna, y una negativa de facto a comparecer para emitir declaración en las averiguaciones previas o investigaciones que se tramitan en su contra.

Por lo tanto, al no actualizarse la flagrancia ni el caso urgente, y tratarse de un delito aparentemente de suma gravedad, se emite la nefasta orden de presentación, enmascarando la autoridad que constitucionalmente tiene a su cargo la investigación de los delitos, auténticas privaciones ilegales de la libertad. Por ejemplo, son conocidos y frecuentes los casos donde² el Ministerio Público federal comisiona, no sólo a elementos policíacos, sino a miembros del ejército y armada, para viajar desde la ciudad de México, transportarse vía aérea a algún estado del norte del país, para localizar y detener a algún indiciado, cumplida tal encomienda, o sea, una vez asegurado materialmente, se le lleva ante el agente del Ministerio Público que lo requiere –no sin antes someterlo a interrogatorio, incomunicación, tortura e incluso presentarlo ante los medios masivos de comunicación (la televisión), con simples fines propagandísticos–, se le toma declaración y se solicita en su contra la orden de arraigo (la cual de forma expedita y diligente, sin mediar análisis de fondo, la decreta el juez), para proseguir (el “representante social”) por varias semanas la integración de la investigación, y así, finalmente promover la acción ante la autoridad judicial.

Las preguntas que surgen al respecto son: ¿De dónde sacan los agentes del Ministerio Público que sea constitucional esta forma de proceder? ¿Acaso ignoran la existencia del principio de supremacía de la Constitución, previsto por el artículo 133? ¿Creen en verdad que la Constitución autoriza las detenciones de facto, como lo son, las llamadas ordenes de presentación? ¿Desconocen que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos? O es que se va a repetir, como frecuentemente ha acontecido en nuestro país, que sea letra muerta la normatividad inherente al respeto de los derechos humanos.

² El uso de la orden de presentación igualmente es práctica rutinaria en las agencias del Ministerio Público de los Estados de la República y del Distrito Federal, para inconstitucionalmente detener a un gobernado al que se le atribuye la comisión de un delito.

Empero, coloquémonos en el supuesto donde el Ministerio Público promueve la acción en contra de determinado imputado y pretende solicitar al juez la medida cautelar de prisión preventiva, por lo que es necesario saber, ¿cuándo jurídicamente procede? ¿En qué casos debe desestimarse? Así como tener cabal conocimiento de ¿cuál es el tiempo máximo de su duración? ¿Cuáles son las consecuencias que acarrea el ejercicio del derecho de defensa por parte del imputado? Además, si el cumplimiento del plazo de dos años de prisión preventiva como límite máximo de duración ¿es posible prolongarlo nuevamente, a pesar de ya haberlo extendido inicialmente más allá de cuatro meses o un año? El tiempo de duración del proceso, depende de la pena asignada al delito de que se trate.

En consecuencia invito a los lectores a meditar el contenido de estas páginas plagadas de reflexiones jurídicas, académicas y prácticas, producto del ejercicio docente y profesional a que nos enfrentamos día con día en las aulas universitarias, en las agencias del Ministerio Público y en los tribunales judiciales.

I. REGLAMENTACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Tanto el auto de formal prisión del sistema mixto de enjuiciamiento criminal, que se encuentra vigente en la mayor parte de los estados de la república y en el ámbito penal federal, como el auto de vinculación a proceso a que alude el llamado sistema procesal penal acusatorio, contienen la garantía constitucional consistente en que ninguna detención ante autoridad judicial se justifica, sin la emisión, en cada caso, de esa clase de autos.

Los numerales constitucionales 18, párrafo primero, y 20, inciso B, fracciones VII y IX, párrafos segundo y tercero, disponen, respectivamente que: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva...”, y que el imputado “será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda los dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa”, además de que “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”; y que “en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención”.

Por otra parte, el segundo párrafo, parte segunda del artículo 19 de nuestro ordenamiento constitucional federal, determina que “el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, 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”.

Para efectos forenses es pertinente explicar que el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformado el 18 de junio de 2008 al formar parte de la instauración de lo que el constituyente permanente denominó sistema procesal penal acusatorio; empero, por presiones del exterior, y dentro del marco global del combate al delito de trata de personas, México tuvo que pronunciarse al respecto en su estructura normativa –dado que no preveía tal injusto penal inicialmente el párrafo segundo, parte segunda del artículo 19, que estamos analizando– para estimar a dicho delito como aquellos donde el juzgador debe decretar, también oficiosamente, la prisión preventiva contra sus autores o partícipes.

Esta reforma al párrafo segundo del artículo 19 constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 14 de julio de 2011, ordenándose además, en el segundo transitorio que, el Congreso de la Unión deberá expedir la Ley General para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas³ en un plazo no mayor a los 180 días siguientes a la entrada en vigor del presente decreto. Y en efecto, el transitorio primero del mencionado decreto de reforma constitucional, ordena que “el presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*”, es decir, por voluntad e imperio del constituyente permanente se puso en vigor el nuevo párrafo segundo, a partir del 15 de julio del año próximo pasado, con todas las consecuencias jurídicas que acarrea tal declaración, las cuales se traducen en que al tratarse de una reforma a nuestra ley suprema, e interpretando sistemáticamente dicho precepto con el contenido del actual artículo 1 del citado ordenamiento legal, en los estados y en la federación (en el ámbito de los delitos de su competencia) donde no está implementado el sistema procesal penal acusatorio, aunque sus ordenamientos punitivos (Códigos Penales o Procesales Penales) dispongan como delitos graves tipos penales diferentes a los que contempla la Constitución, o sea, los cuales no ameriten prisión preventiva oficiosamente, si se solicitara la

³ Esta ley federal fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de junio del 2012.

libertad provisional por parte de los imputados, tendrán que ser puestos en libertad si estuvieren detenidos o concederla –si así lo pidieren previamente al proceso a que se les sujete–, su libertad provisional bajo protesta o bajo caución, sin que se pueda alegar en contra –como es usual que lo haga la mayoría de nuestros juzgadores–, que dicho contenido del artículo 19, es conducente aplicarlo únicamente para cuando se haya implementados el sistema procesal penal acusatorio, pues contrariamente a este punto de vista,⁴ hay que recordar que la materia objeto de reglamentación consiste en la afectación de un derecho humano (fundamental) supremo, como es el ámbito de libertades personales y, constituye la libertad personal (después de la vida humana) el máximo valor que el Estado mexicano debe preservar en beneficio de sus gobernados, al ser propio de un estado constitucional de derecho.

No procede la libertad provisional cuando el Ministerio Público solicita al juzgador prisión preventiva para el imputado, en razón de tratarse de un delito sancionado con pena de prisión y acredite ampliamente, con datos de prueba pertinentes e idóneos, que “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” (artículo 19, párrafo segundo, parte primera).

II. ANÁLISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES QUE ALUDEN A LA PRISIÓN PREVENTIVA

desde la óptica de nuestra Constitución, siempre habrá lugar a prisión preventiva cuando la punibilidad,⁵ que en abstracto contenga el tipo penal del delito de que se trate –incluyendo las circunstancias agravantes o atenuantes que pudieran concurrir en el caso concreto–, tenga como sanción pena privativa de libertad, o bien, esta se prevea de forma acumulativa con otra consecuencia jurídica de diversa naturaleza (verbigracia, prisión y multa).

Ahora bien, intentando interpretar de forma armónica la regla consistente en que habrá lugar a prisión preventiva sólo por delito que merezca pena privativa de libertad (artículo

4 El propio poder judicial federal en diversas ejecutorias ha establecido que se puede aplicar la norma constitucional de manera directa, no obstante la ausencia de reglamentación por parte de la legislación secundaria de la materia.

5 Si la punibilidad que en abstracto contiene el tipo penal no es privativa de la libertad personal o se trata de sanción alternativa (por ejemplo, prisión o multa), obviamente no podrá procesarse a ninguna persona estando en prisión preventiva; tampoco será procedente cuando la circunstancia calificativa que pudiera concurrir, tenga señalada pena de prisión y el tipo básico no, salvo que al conformarse el tipo complementado cualificado el legislador le haya designado pena de prisión a este supuesto.

18, párrafo primero),⁶ con el diverso dispositivo de la parte segunda, del párrafo segundo, del artículo 19 constitucional, tenemos que esta última norma atenúa la citada regla general. Empero, el propio precepto constitucional en la parte segunda, del párrafo que se analiza, de la fracción IX del inciso B, le ordena al juzgador que decrete oficiosamente la prisión preventiva únicamente en los supuestos de delito que indica, es claro entonces que es necesario, pero no suficiente que el injusto penal esté sancionado con pena de prisión, pues fuera de los casos de prisión preventiva oficiosa, expresamente señalados por la norma que analizamos, aún y cuando un tipo penal contenga como punibilidad pena de prisión o esta se halle configurada con otra sanción de manera acumulativa, para que sea procedente la prisión preventiva se tiene que probar la existencia de los dos requisitos a que alude la parte primera del párrafo segundo, del artículo 19 constitucional, que son:

- a) Que la prisión preventiva la solicite el Ministerio Público al juez; y,
- b) Que la razón de solicitar la prisión preventiva se deba a que:
 - i. Otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio;
 - ii. Es necesario garantizar el desarrollo de la investigación;
 - iii. Es pertinente garantizar la protección de la víctima;
 - iv. Se requiere garantizar la protección de los testigos;
 - v. Hay que garantizar la protección de la comunidad;
 - vi. El imputado está siendo procesado por la comisión de un delito doloso; y,
 - vii. Haya sido sentenciado previamente el imputado por la comisión de un delito doloso.

⁶ Sucede que esto ocurre con la mayoría de los tipos penales de delito que contienen nuestros Códigos Penales, dada su punibilidad que afecta de la libertad personal.

En consecuencia, si en un determinado caso el Ministerio Público no desea solicitar al juez la prisión preventiva en contra del imputado (postura valiosa en los sistemas acusatorios), es suficiente que omita pedirla al juzgador e incluso sin requerirle la implementación de medida cautelar diversa, pues no obstante que el juez se percate que el delito que imputa el Ministerio Público al gobernado está sancionado con prisión, o contiene acumulada otra sanción), no podrá dictar unilateralmente esta medida cautelar, al no tratarse de aquellos injustos penales donde procede decretarla oficiosamente y el imputado, entonces, tendrá que enfrentar la investigación y juicio gozando de su libertad personal.

Como ya apuntamos, bien puede acontecer que con base en una ponderación y prelación lógica, el representante social desestime la solicitud de la prisión preventiva, dado que existan diversas medidas cautelares que sean suficientes y eficaces para asegurar la comparecencia del imputado a juicio, supuesto en el cual el Ministerio Público, en una actuación jurídica adecuada, las hará valer al juzgador, pudiendo entre otras, ser caución personal (la añeja libertad provisional bajo protesta) o económica (la ya conocida libertad provisional bajo caución).

Si el Ministerio Público piensa solicitar prisión preventiva al juzgador, tendrá que verificar que se trate de la consumación de un hecho considerado por la ley como delito que esté castigado en términos de lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 18 constitucional y además, estará obligado a acreditar que por la naturaleza de los hechos: atentos a las circunstancias de ejecución, modo, tiempo, lugar u ocasión; la relación que tenía el sujeto activo con la víctima u ofendido, de algún vínculo familiar, de amistad, odio, rencor, entre otros; o bien, aquilatando la personalidad del imputado (sujeto agresivo, irresponsable, mendaz, sin domicilio fijo o conocido, extranjero, etc.), otras medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva no asegurarían la presentación del imputado a su juicio.

Ahora bien, si interpretamos literalmente la expresión juicio, en su significado restrictivo, tenemos que se constriñe únicamente a la etapa donde, de manera primordial, se desahogan los elementos de prueba ofrecidos y admitidos por el juez de control en la etapa intermedia, donde una vez rendida la prueba se dicta de forma inmediata y directa la sentencia por los juzgadores que conforman el tribunal de juicio oral. Esto quiere decir que el imputado puede durante la etapa de investigación, intermedia o en la propia de juicio, gozar de su libertad personal y sólo ante el temor fundado de su posible incomparecencia a

juicio—pensemos en la ausencia injustificada del imputado a algunas diligencias judiciales—, el Ministerio Público se vea obligado, a solicitar al juzgador la medida cautelar de prisión preventiva? En efecto, se trata del supuesto en el que el imputado goza de libertad personal, sobre todo durante las etapas preliminares a juicio (no obstante que el delito que se le imputa esta sancionado con prisión), ya que no tendría sentido entenderlo de otra manera atentos al contenido de la segunda hipótesis que puede hacer valer el Ministerio Público ante el juez de control para solicitar la prisión preventiva del imputado, nos referimos al supuesto en donde se argumenta que aquélla es necesaria para garantizar el desarrollo de la investigación.

Empero, con independencia de la razón jurídica, que también compartimos, en el sentido de que en todo tiempo las autoridades interpreten las normas constitucionales y los tratados internacionales dando una protección más amplia de los derechos humanos de las personas, tal como lo ordena el párrafo segundo, del artículo 1 constitucional – en el caso de la libertad personal—, pensamos que conforme a la tradición procesal⁷ (no siempre técnica), la palabra juicio, debió entenderse como sinónimo de procedimiento o de enjuiciamiento general, que evidentemente abarca las etapas preliminares de investigación y de preparación del juicio en sentido estricto, por lo que el constituyente permanente pudo fundir ambos supuestos: *a*) garantizar el desarrollo de la investigación y, *b*) la comparecencia a juicio del imputado; reglamentando únicamente la hipótesis segunda, conforme a la interpretación de la palabra juicio y, de esta forma poder afectar la garantía de libertad del gobernado a través de la prisión preventiva, claro está, contando con suficientes datos de prueba para justificar tal extremo: que otras medidas cautelares no serían efectivas para hacerlo comparecer a juicio (en sentido amplio).

De igual manera el Ministerio Público tendrá que ofrecer los datos de prueba pertinentes y suficientes para crear convicción en el juzgador, de que sólo es posible garantizar el desarrollo (sin obstáculo alguno) de la investigación, estando el imputado en prisión preventiva. Es claro que si acontece esto, es por la razón fundada de que pueda existir algún tipo de injerencia ilícita por parte del imputado, verbigracia el ocultamiento, destrucción o contaminación de medios de prueba –incluso la coacción a la víctima, ofendidos o testigos, con lo cual también se subsumirían tales supuestos en la hipótesis que estudiamos—, que

⁷ El art. 14, párrafo tercero, de la Constitución, dispone que "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer...". A su vez la fracción vii, del inciso B, del artículo 20 de nuestra carta magna, preceptúa que "será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa".

haga peligrar el éxito de la investigación de los hechos presumiblemente constitutivos de delito. No podrá estimarse que corre peligro el éxito de la investigación, como es obvio, con las gestiones materiales y jurídicas que realice el imputado y su defensor dentro del marco legal o el acopio de elementos de prueba de descargo que efectúen: verbigracia, la entrevista a posibles testigos que puedan declarar a su favor en juicio, en ejercicio pleno de su derecho fundamental a una defensa adecuada, lo cual no debe llevarnos al absurdo, como se verá más adelante, que por tal causa se pueda prorrogar la prisión preventiva.

Habrà lugar a prisión preventiva cuando se trate de proteger del imputado a la víctima, testigos o comunidad, que como ya expresamos, implicarían también una forma de poner en peligro el desarrollo de la investigación, pero además corre riesgo el objetivo del juicio: la búsqueda de la verdad. Así, de forma similar a lo asentado líneas arriba, se tendrán que aportar los datos de prueba idóneos y suficientes –conforme a la valoración que realice el juez- por parte del Ministerio Público, para acreditar tales supuestos, no basta la simple petición sin fundamento alguno que haga en la audiencia, o algún alegato carente de sustento material u objetivo, por el contrario, debe existir evidencia en forma que justifique tales extremos. La víctima, testigos o comunidad podrían correr peligro por posibles acciones ilegales que en su contra llevara a cabo el imputado, no sólo durante la etapa de investigación o intermedia, sino incluso al inicio o durante el desarrollo de la fase de juicio oral. En consecuencia, aportada la evidencia conducente por parte del Ministerio Público, que avale los posibles riesgos descritos, estimamos que podrá requerirse decreten prisión preventiva también a los juzgadores de juicio y estos ordenarán la medida cautelar.

Es lamentable que el constituyente permanente, cíclicamente retome concepciones jurídicas aberrantes, aunque las disfrace empleando términos sinónimos⁸ a la llamada peligrosidad, cuando hay que recordar la lucha llevada a cabo por décadas de muchos juristas para su erradicación, ya que por lo menos hemos recorrido 30 años de su abolición en nuestro Código Penal Federal, al cual siguieron en esta materia los diversos ordenamientos penales de los estados de la república. En efecto, cuando se alude a que es factible que el Ministerio Público solicite al juzgador la prisión preventiva para garantizar la protección de la comunidad, es aludir con otras palabras, a los criterios de peligrosidad propios de modelos de Estados autoritarios o totalitarios, para los cuales, cualquier disidencia o diferencia con

⁸ En la fracción I, del inciso A, del art. 20, antes de su última reforma, cuando se reglamenta la libertad provisional bajo caución, se dice que a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando aquél aporte elementos para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido un **riesgo para la sociedad**.

relación a los principios, ideología, preferencias morales, religiosas o sexuales, pautas de conducta que ostenta el grupo que detenta el poder político, deben ser reprimidos, sancionados o segregados sus “autores”. O sea, se puede calificar a determinadas personas como peligrosas en razón, como ya dijimos, de sus posiciones ideológicas, políticas, religiosas, raciales, de género, de preferencias sexuales o económicas, entre otros, que den lugar a su discriminación o encarcelamiento.

Esta tendencia ideológica caduca fue superada, particularmente en México, en el campo judicial, básicamente en los procesos penales para la determinación judicial de la pena, por el principio de culpabilidad, el cual desde su vertiente material obliga al juzgador a graduar, para efecto del juicio de reproche, la gravedad del injusto cometido y las mayores o menores posibilidades del autor de ajustar su actuar a las exigencias de la norma, concurriendo siempre a manera de presupuestos, los aspectos formales: imputabilidad, conciencia o posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad.

Otra causa para solicitar la prisión preventiva por parte del representante social, es cuando el imputado esté siendo procesado por la comisión de un delito doloso, sin que se aclare, y por ende ello le tocará esclarecer al legislador ordinario, si procede tal supuesto con independencia de que el posterior delito que se ejecute sea culposo y tenga asignada pena de prisión; o incluso doloso, pero cuya entidad jurídica sea de poca relevancia y sanción insignificante (los llamados delitos de bagatela). No sucederá así cuando siendo doloso o culposo el injusto que se consume, la sanción asignada sea alternativa o no privativa de la libertad personal, por la elemental razón de que en estos casos no procede prisión preventiva.

También podrá solicitarse la prisión preventiva al juzgador por el Ministerio Público, cuando “el imputado haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”, encontrándonos en esta hipótesis ante el caso del llamado delincuente secundario o de la reincidencia.⁹ Empero, el hecho de restringir o anular derechos y beneficios a las personas que cuentan con antecedentes penales, es censurable en virtud de que se les está

⁹ Se habla de delincuencia secundaria cuando a una persona que se le ha dictado sentencia condenatoria y esta causa ejecutoria comete un nuevo delito, sin que al efecto se presenten los requisitos que exige la figura jurídica de la reincidencia, que son: art. 20 del Código Penal Federal: Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria, dictada por cualquier tribunal de la república o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el cumplimiento de la condena o desde el indulto de la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniere de un delito que tenga este carácter en este código o en leyes especiales. Art. 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito proveniente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se hayan cometido en un período que no exceda de diez años.

agravando su situación jurídica, cuando por el precedente delito o delitos cometidos ya fueron sancionadas, vulnerándose desde nuestro punto de vista la garantía constitucional de la cosa juzgada, además se insiste en criterios de peligrosidad; y la reiteración en delinquir, es sintomático de la ineficiencia, impericia e incompetencia de los que encarnan los órganos del Estado que deben brindar los medios y oportunidades conducentes para la reinserción social del imputado.

La postura descrita que censuramos y que tradicionalmente ha sido adoptada por el Estado mexicano, la hemos criticado durante varios años, sin embargo, creemos que no es ocioso verterla de nueva cuenta en este ensayo, pues afirmamos que la actitud que ha asumido el gobierno: revertirle al sujeto que vuelve a delinquir, la carga de la reinserción social que originaria y obligatoriamente le corresponde al Estado. En efecto, este último ha omitido brindar, con base en una política social, las alternativas y oportunidades de socialización, por la ineptitud de los servidores públicos, operadores del sistema penitenciario (falta o ausencia de una política criminal penitenciaria), cuenta habida que el artículo 18 constitucional, en su párrafo segundo determina que el respeto de los derechos humanos,¹⁰ el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, constituyen los fundamentos sobre los que se pretende lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

Más aún, en el caso hipotético de que una persona cometa un nuevo delito sancionado con pena privativa de la libertad, o que se trate de sanción acumulativa, tenga antecedentes penales por la comisión de delito doloso, y este ilícito se haya consumado varios años antes de la posterior conducta punible por la que ahora se le investiga, de tal forma que dado el tiempo transcurrido de no haber sido juzgado por aquella conducta punible, bien podría haber operado en su favor la prescripción de la pretensión punitiva, pero como se le dictó sentencia condenatoria y la autoridad cuenta con tal registro,¹¹ el juzgador tendría que someter al gobernado a prisión preventiva, lo cual evidentemente resulta a todas luces aberrante.

Esto es, se le premia si logra evadir la acción de la justicia pues su conducta punible queda prescrita, en cambio, le deparará perjuicio si el Estado logra investigar, enjuiciar y sancionar tal hecho, pues en el nuevo delito se agravará su situación jurídica, pese a haber sido castigado

¹⁰ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2012.

¹¹ Hecho que se acredita fehacientemente con el dato de prueba consistente en la documental que certifique dicho evento y se corrobore con la ratificación del contenido y firma ante la autoridad judicial por parte del servidor público que la emita.

ya por ese motivo. Por otra parte, resulta ridículo que se establezcan determinados requisitos temporales para calificar como reincidente o habitual a una persona que vuelve a cometer delito, cuya consecuencia se traduce en la limitación, suspensión o improcedencia de derechos, beneficios o sustitutivos penales; empero, puede suceder que exista mayor cercanía temporal entre el primero y el segundo hecho punible, que la que se requiere para que se estime como reincidente o habitual, se cometa el nuevo delito (el segundo), sin que se le califique al sujeto activo de aquella forma, y por lo tanto, sean procedentes determinados derechos, beneficios o sustitutivos penales. Es decir, habría que decirle al imputado primo delincuente que fue condenado, que se apresure a cometer el nuevo delito, ya que la sentencia que se le dictó está impugnada y por tanto no ha quedado firme, o incluso habiendo causado estado, dada la inmediatez de la comisión del segundo hecho punible, no corre riesgo de que se le considere reincidente, sino simplemente en el primer supuesto como delincuente primero y en la segunda hipótesis como delincuente secundario. Incluso, desde la óptica de la “política criminal” del Estado, fiel a la filosofía autoritaria de la peligrosidad, es evidente que vendría a revelar mayor “peligrosidad” una persona que insiste en delinquir inmediatamente o al poco tiempo de haber sido sentenciado, aunque la resolución no haya causado ejecutoria, o habiendo sido condenado y quedado firme el fallo, comparada con un sujeto que consuma delito tiempo después, y que sin embargo cae dentro de los supuestos legales de la reincidencia o habitualidad.

Dictada la medida cautelar de prisión preventiva por el juzgador, sea que el Ministerio Público la haya solicitado justificando la hipótesis que argumente para su procedencia o, de forma oficiosa la resuelva el juez, lo cierto es que la Constitución federal establece un plazo máximo de duración, de conformidad con lo establecido por el artículo 20, inciso B, fracción IX, párrafo segundo, el cual “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 ...” Esta declaratoria se cumplimenta con lo preceptuado en la fracción VII del inciso B del artículo 20 constitucional, que determina que “es uno de los derechos de toda persona imputada que sea juzgada antes de cuatro meses si se tratare de delito cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.”¹²

12 La previsión constitucional del auto de formal prisión y del nuevo auto de vinculación a proceso tienen idéntica reglamentación, por lo que sus consecuencias son similares, de ahí que sea válido lo expuesto por los Tribunales Federales en el sentido de que el proceso inicia a partir del dictado del auto de formal procesamiento, por lo que los plazos de su duración comenzarán a partir del día siguiente de su dictado, en tal virtud, lo mismo puede establecerse para la duración del procesamiento en el sistema procesal penal acusatorio.

Significa entonces que lo normal es, que la duración de la prisión preventiva, con base en el último precepto citado, sea respectivamente de (antes de) cuatro meses o de un año, dependiendo, como ya vimos, del extremo máximo de la punibilidad de pena de prisión prevista para el delito de que se trate, habida cuenta de que la duración del juicio, en sentido amplio o enjuiciamiento, corre de forma paralela y simultánea al de prisión preventiva, en aquellos delitos (donde se decreta) sancionados con prisión y respecto de los cuales, ya de forma oficiosa por el juzgador, o bien, a petición del Ministerio Público se acredite el supuesto correspondiente (artículo 19, párrafo segundo). Empero, podrá ser superior a los plazos ordinarios establecidos (cuatro meses o un año) si el imputado lo solicita para su defensa. Sin embargo, esta expresión igualmente la encontramos en la primera parte del párrafo segundo, fracción ix, inciso B, del artículo 20, cuando se dispone que el tiempo máximo de duración de la prisión preventiva es de dos años, “salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado”. Ahora bien, si como hemos dicho, el tiempo de prisión preventiva coincide en nuestra legislación con la duración del proceso –norma especial–, que la Constitución denomina “será juzgada”, es lógico que interpretando favorablemente las normas de nuestra carta magna (artículo 1, párrafo segundo), es posible prorrogar la prisión preventiva sólo hasta el límite máximo de duración (dos años) que establece la Constitución –norma general–, pues reiteramos, el límite mínimo ya está considerado en la duración del proceso: “será juzgado antes de cuatro meses o de un año”, por lo que no será posible extender la prisión preventiva por arriba de dos años, pues se recalifica la situación jurídica del gobernado, en virtud de que, precisamente por razón del ejercicio del derecho de defensa, se amplió la prisión preventiva el máximo que contemplan la Constitución y, por la misma causa: ejercicio del derecho de defensa, ya no es posible correrla más allá de dos años, debiendo el proceso que ser enfrentado por el imputado en libertad, sin perjuicio de que se adopten medida cautelar diferentes para asegurar su comparecencia a juicio.

La duración del proceso o enjuiciamiento previsto por la Constitución, nos coloca de cara a la problemática que se presenta cuando el imputado está en libertad y posteriormente se le somete a prisión preventiva, pues se dispone que “la ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso” (artículo 19, párrafo tercero). En efecto, puede suceder en este caso que no corran los plazos de duración del proceso y de prisión preventiva de forma simultánea, sino que se desfasen, que la medida cautelar objeto aquí de estudio, sea inferior, y su duración para los efectos sobre todo del plazo máximo, se contabilice, como es lógico, a partir de su ingreso al reclusorio, CERESO o CEFERESO.

Un caso paradigmático es el que se presenta cuando el máximo de la pena aplicable a un delito es inferior o igual al tiempo en que una persona puede estar en prisión preventiva, pues en este supuesto, es claro que por razones de cumplimiento anticipado (en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención: artículo 20, inciso B, fracción IX, párrafo final) de la pena máxima, que era factible imponérselo de ser hallado culpable el imputado, el juzgador deberá dejarlo en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso hasta su conclusión.

En consecuencia, cualquiera que sea la clase de delito de que se trate: fuero común o fuero federal, delincuencia ordinaria u organizada, la detención del imputado en prisión preventiva únicamente puede durar cuatro meses o un año, dependiendo, como ya quedó establecido, del máximo de prisión preventiva que se establezca para el delito de que se trate, salvo que por razones de defensa puedan ampliarse dichos plazos, pero nunca podrán ser superiores a dos años, por lo que si concluido este tiempo no se ha dictado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato debiéndose continuar el proceso, (artículo 20, inciso B, fracción IX, párrafo segundo, parte segunda), “sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares” como indica la Constitución.

Actualmente si un procesado incumple con alguna de las obligaciones contraídas con motivo de la libertad provisional bajo caución, la sanción a que se hace acreedor es la revocación de dicho beneficio y su regreso a prisión preventiva, sin embargo, el problema que se presentaría con la nueva reglamentación constitucional es saber ¿qué sucede cuando el imputado, que ya ha estado el máximo de tiempo en prisión preventiva, se niega a comparecer a juicio, o amenaza con causarle algún daño a la víctima, a los testigos o representa un peligro para la comunidad? ¿Se podrá revocar su libertad? A lo cual contestamos que ello sería imposible, en atención a que el máximo de prisión preventiva ya la ha cumplido. Se podrán adoptar en todo caso otras medidas o incluso imputarle determinados delitos.

La sentencia que en tales circunstancias se emita por el juzgador, tendrá que resolverse sobre la existencia o no del delito y la responsabilidad o no del imputado. Si el sentido del fallo es condenatorio, la pena privativa de la libertad que se imponga se dará por computada si ella es inferior o igual a dos años, pues de acuerdo al párrafo tercero, fracción IX del inciso B, del artículo 20 constitucional, “en toda pena de prisión que imponga una

sentencia, se computará el tiempo de la detención”, más no alcanzará tales efectos la sanción pecuniaria, la reparación del daño, el decomiso, la suspensión de derechos, entre otros, en caso de que por tales conceptos también se le condene. Ahora bien, sea cual fuere la pena de prisión que se imponga en sentencia, se descontará el tiempo de la detención, y el imputado tendrá que cumplir con la sanción privativa de la libertad que le resta por compurgar y demás penas accesorias señaladas. Puede suceder que no se cumpla la pena de prisión, en atención a la procedencia y concesión de algún beneficio: sustitutivos penales o la suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión, para cuyo goce deberá, previamente y siempre que haya condena por tal concepto, satisfacer la reparación del daño.

Sin embargo, lo contradictorio es que, en virtud del ejercicio del derecho de defensa se pueda “prolongar” la prisión preventiva (artículo 20, inciso B, fracción IX, parte primera del párrafo segundo). Tradicionalmente se ha dicho que este problema implica la colisión de dos derechos constitucionales, el de la brevedad o celeridad del proceso contra el de defensa (principalmente el de una defensa adecuada), resolviéndose jurídicamente tal conflicto de normas, cediendo –en un estado constitucional de derecho– el primero frente al segundo. Por tal razón, cumplido el plazo que establece la fracción VII, del inciso B, del artículo 20 constitucional, que si bien se refieren a que la persona sea juzgada en el tiempo que indica, también es verdad que ello coincide con los plazos en que el imputado puede estar en prisión preventiva, la cual podrá ser superior a cuatro meses o a un año si el propio enjuiciado solicita mayor plazo para su defensa, el cual puede prorrogarse hasta dos años, que es el límite máximo de la regla general contenida en el párrafo segundo de la fracción IX, del inciso B, del artículo 20. Pero, por otra parte, se indica incoherentemente más adelante, en el propio precepto normativo citado en último término, que “si cumplido este término (dos años) 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”, lo cual no es posible, puesto que ya hubo prolongación del plazo ordinario previsto en la mencionada fracción VII, y mantener al imputado en prisión preventiva sería recalificar su situación jurídica.

Luego entonces, si al hacer valer uno de los derechos subjetivos públicos (el de defensa) que otorga a toda persona nuestra Constitución, se prolonga la prisión preventiva, resulta paradójico que esto le depare perjuicio, lo que sería únicamente aceptable, tratándose de la reglamentación de la fracción VII y no con base en el mayor tiempo a que hace referencia

la fracción ix, ya analizadas. Lo correcto, ante dicha antinomia, es que se deje en libertad al imputado, pudiendo, eso sí, imponérselo alguna otra medida cautelar y continuar el proceso, puesto que es evidente que en ambas hipótesis: prolongar la prisión preventiva o dejarlo en libertad, no se ha terminado el proceso y, por ende, es imposible emitir una sentencia. Esta solución se basa en el actual contenido del párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que determina que “las normas relativas a los derechos humanos –siendo de rango supremo la vida y la libertad personal– se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

La naturaleza y complejidad de algunos asuntos penales de alto impacto, o de delincuencia organizada, o cuando se destaca la “calidad” de sus autores o partícipes (capos o servidores públicos), ha dado lugar a que ejerzan los medios masivos de “comunicación” (grupos reales de poder) de manera unilateral o siendo utilizados como instrumento del grupo gobernante, presiones a quienes están encargados de ejercer la jurisdicción en nuestro país, pues en noticieros o programas especiales de la radio o televisión, sus conductores se erigen en auténticos juzgadores, desdeñando por ignorancia o mala fe, el cúmulo de garantías de los imputados, sobre todo la de presunción de inocencia, que les asiste a las personas que vituperan y exhiben en las pantallas de televisión.

De igual manera, condicionan a la opinión pública para que tome partido y “comparta” el punto de vista mediático que se difunde. Pues bien, esa clase de asuntos, que son evidentemente complejos, consumen una gran cantidad de tiempo, no sólo por lo que hace a la duración de la investigación, sino en el desarrollo del procesamiento, particularmente en el desahogo de pruebas en juicio, situación que invariablemente nos lleva a preguntarnos: ¿La autoridad judicial que vea fenecido el plazo de cuatro meses o de un año (fracción vii) de duración de la prisión preventiva, ordenará la soltura del imputado acusado por tales crímenes, o bien, so pretexto del derecho de defensa, prolongará la prisión preventiva? Lo cual sólo podría ampliarse hasta dos años (fracción ix). Creemos que la respuesta, como ha sido tradicional en el Estado mexicano que encubre su actuar inconstitucional, enarbolando criterios de “política criminal, de seguridad de la sociedad, peligrosidad de los imputados, y de no impunidad”, hará que el poder judicial avale la segunda opción señalada: prolongar la prisión preventiva, e interpretar de forma diversa, a como lo ordena nuestro Código Político Nacional, el aludido contenido del párrafo segundo del artículo 1 constitucional.

El derecho de defensa en el procedimiento penal se ejerce desde que una persona es detenida, ya que desde ese momento tiene derecho a estar asistida por un defensor, a declarar o negarse a ello, sin que se infiera de esta postura aceptación de los hechos, de igual manera puede aportar datos de prueba y ofrecer elementos de convicción para que sean rendidos en la audiencia de juicio, podrá impugnar las determinaciones que en su contra emitan las autoridades, etc., lo cual implica que el tiempo de enjuiciamiento pueda prolongarse por más de cuatro meses o de un año como lo reglamenta la Constitución, que por tanto, la prisión preventiva pueda ampliarse hasta dos años, límite máximo a que alude nuestra carta magna. Por ende, resulta absurdo que por esgrimir el derecho de defensa, se le castigue al imputado prorrogando su prisión preventiva más allá de dos años, cuando la solución jurídica consiste en dejarlo en libertad, adoptar alguna otra medida cautelar y continuar con su procesamiento.

También resulta importante aclarar la interrogante de ¿hasta dónde es posible concebir la detención judicial de una persona como prisión preventiva? Las causas penales por lo general no se quedan en lo que se conoce como primera instancia,¹³ la mayoría de ellas realizan un recorrido que pasa por el recurso de apelación, casación, nulidad de juicio, juicio de amparo indirecto y directo, etc. Esto es, en tales momentos procesales la sentencia está subjudice, no ha causado estado, no ha quedado firme, no ha alcanzado autoridad de cosa juzgada, o como también se dice, no constituye una resolución ejecutoria, dado que está pendiente por resolverse el medio de impugnación contra la sentencia condenatoria.

Si entendemos claramente esto, es posible comprender que el imputado con sentencia condenatoria, puede hacer valer algún recurso ordinario, extraordinario o juicio autónomo, y en la mayoría de los casos, es factible que dentro del plazo máximo que puede prolongarse la prisión preventiva de dos años, se emitan los fallos definitivos: la sentencia, que hipotéticamente es susceptible de impugnarse, por lo que no es jurídicamente procedente que se mantenga detenida una persona más allá del tiempo señalado.

13 El art. 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos preceptúa que "ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias". Entendemos por instancia una conducta del particular o sujeto de derecho frente al Estado, frente a los órganos de autoridad, por la cual el particular o sujeto de derecho se informa, pide, solicita o de cualquier forma excita o activa las funciones de los órganos de autoridad. El acto jurídico denominado instancia, tiene forzosamente como presupuesto el procedimiento, tener derecho de instar es, pretender algo de alguien en un procedimiento. Cipriano Gómez Lara, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 8a. ed., p. 152 (Colección de textos Jurídicos Universitarios). Para nosotros la instancia es el periodo que tiene lugar ante el órgano judicial, dentro del cual se verifica el desarrollo de una seriación de actos procesales, necesarios para dirimir un litigio, con la actuación en él de los sujetos procesales de decisión, acusación y defensa, la cual termina con una resolución de fondo, llamada sentencia, del conflicto de intereses de las partes (acusador y defensa).

Es verdad que todo el tiempo que se lleve la tramitación y resolución del recurso o juicio, en segunda instancia o ante el juez de distrito, Tribunal Unitario de Circuito o Tribunal Colegiado de Circuito, verbigracia la apelación, casación, juicio de nulidad y amparo, podrá haber transcurrido un tiempo superior a los dos años que como máximo fija la Constitución de duración de la prisión preventiva, durante el cual, para nosotros, el imputado se halla todavía bajo dicha medida cautelar, y de llegar a prosperar algún medio de impugnación como los aludidos, sería erróneo afirmar que el sujeto activo se encontraba compurgando una pena de prisión, por la sencilla razón de que el fallo no ha causado estado. Salvo que se estime que la naturaleza jurídica de la prisión preventiva, de acuerdo al párrafo segundo, parte primera de la fracción IX del inciso B, del artículo 20, es la que sufre el imputado exclusivamente en la primera instancia, pues fuera de este supuesto, cualquier impugnación que se haga por el sentenciado o su defensor, se estimaría el ejercicio del derecho de defensa, motivo por el cual se consideraría procedente prolongar la prisión preventiva, postura que no compartimos.

CONCLUSIÓN

La conclusión que se puede extraer de la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales a que hemos hecho alusión, nos lleva a estimar que entre ellas se da una antinomia, a pesar del criterio muy extendido en el sentido de que entre las normas constitucionales no puede haber contradicciones, sino simplemente hipótesis de excepción. Es decir, a pesar de esforzarnos en la interpretación jurídica, no podemos arribar a una valoración armónica y sistemática de dichos preceptos constitucionales que tienen que ver con la medida cautelar de la prisión preventiva.

En otros términos, con base en la teoría de las normas incompletas, intentamos conformar una norma superior que se estructuraría de la siguiente forma: sólo por delito que merezca pena privativa de libertad, habrá lugar a prisión preventiva (artículo 18, párrafo primero), siempre y cuando la acuerde oficiosamente el juzgador, respecto de aquellos ilícitos donde expresamente la Constitución se lo ordena; o bien, la solicite el Ministerio Público al juzgador y acredite, con datos de prueba pertinentes y bastantes, que otras medidas cautelares no son suficientes para garantizar la comparecencia del imputado a juicio; o es necesaria para garantizar el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; así como es procedente cuando el imputado

esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso (art. 19, párrafo segundo). La duración de la prisión preventiva será de cuatro meses o de un año, según el quantum de pena privativa de libertad asignada al delito de que se trate.

El tiempo de la prisión preventiva se descontará de la pena de prisión que se imponga en sentencia (artículo 20, inciso B, fracción IX, párrafos segundo y tercero). Si cumplido el plazo de cuatro meses o un año, el imputado solicita mayor plazo para su defensa, el máximo de duración de la prisión preventiva será de dos años, fenecido este, el imputado deberá ser puesto en libertad de inmediato, sin que esto obste para seguir el proceso e imponer otras medidas cautelares (artículo 20, inciso B, fracción IX, párrafo segundo, parte segunda).

Por tanto, la declaración de que podrá prolongarse la prisión preventiva más de dos años, constituye una recalificación de la situación jurídica del gobernado, ya que por razones de defensa, pudo haber ampliado tanto la duración de su proceso y correlativa e ínsitamente el tiempo de prisión preventiva, de cuatro meses y un año hasta los dos años, y en consecuencia es imposible que por las mismas razones: ejercicio del derecho de defensa del imputado, nuevamente se pueda ampliar el plazo de prisión preventiva más allá de dos años. Ahora bien, siempre que la sentencia condenatoria no haya causado estado, la naturaleza jurídica de la detención del imputado es de constituir prisión preventiva. Por otra parte, si cumplidos dos años, dicha medida cautelar, con independencia de que se le haya dictado sentencia en primera instancia, tiene medios de impugnación por resolverse, se le tendrá que dejar en libertad, sin perjuicio de las medidas cautelares que la autoridad adopte, para que en caso de resultar infructuoso algún recurso o juicio de amparo, cumpla cabalmente con la sanción que se le imponga.

BIBLIOGRAFÍA

- Gómez Lara, Cipriano, *Teoría general del proceso*, México, Harla, 8a. ed., p. 152 (Colección de textos Jurídicos Universitarios).

EL AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO EN EL
NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL MEXICANO

¿UN PROCESO DENTRO DE UN PROCESO?

JUAN JOSÉ OLEA





Hablar del sistema acusatorio adversarial, instituido en el artículo 20 constitucional, nos lleva a comprender que el sistema mixto, que en materia penal ha regido en el país, ha sido rebasado, obligando al constituyente a buscar la instauración de un procedimiento penal que no tan sólo cumpla con los estándares estatuidos en los tratados internacionales de los que ha formado parte nuestra soberanía, sino que satisfaga a la sociedad civil, que ha perdido la credibilidad en las instituciones que imparten justicia.

Para comprender e implementar el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, es de suma importancia la actualización, tanto de los impartidores de justicia, como de la sociedad civil, para comprender que la directriz del procedimiento acusatorio adversarial, se enfoca en la obtención de mejores resultados procesales y no en la búsqueda de lo justo. El texto del artículo 20 constitucional contiene una serie de principios que han de regir el enjuiciamiento penal, norma que establece lo siguiente:¹

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación [...]

Los principios aludidos en la norma constitucional, son la base en la que ha de sentarse el sistema acusatorio adversarial, por lo que es necesario conocer y entender cada uno de ellos.

Para Luigi Ferrajoli la publicidad es el principio que ha de asegurar el control externo e interno de la actividad judicial,² ya que el procedimiento será a la luz pública, es decir, de frente a la sociedad civil. El mantener las cosas de forma pública, asegura la confianza de la sociedad en relación al actuar de los juzgadores y de las partes que conforman el proceso, ya que la secrecía siempre generó desconfianza, al pensar que ello genera parcialidad y deshonestidad en los jueces.

El principio de publicidad se ha instituido en la búsqueda de la confianza en las instituciones, pues mediante este se puede ejercer un control sobre el juzgador por parte de la sociedad civil, de tal manera que el juez deberá contar con el suficiente conocimiento para dirimir

1 Art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista, 2010.

2 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 616.

las cuestiones que le puedan ser planteadas por las partes; pero lo más importante que debemos destacar de este principio, es que permitirá que el público asistente comprenda los hechos acusados, las pruebas en que se sustentan, y que en casos de absolución, entenderá las causas que motivaron al juzgador a tomar determinada decisión, sin que pueda mediar la creencia de parcialidades e ilegalidades.

La contradicción es un principio mediante el cual se permite a las partes controvertir lo expuesto por la otra, lo que se traduce en entender al proceso como una controversia entre dos partes contrapuestas. Hablar de contradicción, de forma necesaria implica traer la igualdad a las partes, dado que la oportunidad de rebatir lo expuesto por la parte con interés opuesto, requiere necesariamente que los contendientes estén en igualdad de condiciones ante el juzgador. Entendiendo que habrá de existir igualdad para que pueda surgir la contradicción.

Podemos afirmar lo dicho por Arturo León de la Vega,³ en el sentido de que la contradicción es uno de los principios más importantes del sistema acusatorio adversarial, ya que su presencia implica refutar la prueba de la parte contraria para llegar al conocimiento de la verdad procesal, es decir, obtener la versión más creíble; sostiene que por medio de este principio se somete la prueba de la parte contraria a un test de verdad, ya que una cosa no puede ser y dejar de ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto.⁴

De esta manera podemos definir a la contradicción como el medio eficaz que tienen los intervinientes para contradecir la prueba de la contraparte, lo que a la postre garantiza un plano de igualdad en las partes.

Según León de la Vega, para que en el procedimiento acusatorio adversarial se aprecien a plenitud los principios mencionados, se requiere que haya igualdad entre las partes ante la ley, en virtud de que no es posible hablar de una contienda justa si existe desigualdad entre los intervinientes.

³ Arturo León de la Vega, *Código Procesal Penal para el estado libre y soberano de Oaxaca comentado*, Oaxaca, Tribunal Superior de Oaxaca, 2010, pp. 13-14.

⁴ *Ibid.*, p. 19.

Luigi Ferrajoli señala que la igualdad reside en el valor asociado de manera indiferenciada a todas las personas, es decir, sin distinción.⁵ Retomando dicho concepto, podemos comprender que la igualdad busca que los contendientes se encuentren en un plano de equivalencia en el proceso, esta igualdad se traduce en que el imputado puede tener acceso a la carpeta de investigación que se le hace, en la que puede incluso participar; además de que, si una parte interroga a un testigo, víctima o perito, la otra puede contrainterrogar ante una petición que se hace por uno de los sujetos, antes de resolverse por la autoridad judicial se da vista a la contraparte.

Si bien es cierto que el artículo 20 de la Constitución General de la República no marca de forma literal como un eje rector la igualdad, dicho principio se observa en diversas normas de la misma carta magna, como es en el numerario 17, también en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

En efecto, la igualdad debe estar presente en el procedimiento acusatorio adversarial, para que puedan converger los principios rectores aludidos con antelación, los que están relacionados unos con otros, y necesitan de la existencia entre ellos para poder resplandecer en el proceso, esto es, que no puede haber inmediación sin que haya continuidad, contradicción e igualdad; tampoco puede haber publicidad sin que haya inmediación, contradicción y continuidad; igualmente, para que haya contradicción debe haber inmediación e igualdad.

Con motivo de la reforma de mérito, el sistema oral y acusatorio que se ha instituido en la república mexicana, a diferencia del sistema tradicional, se ha dividido en tres grandes etapas: la preliminar, la intermedia y la de juicio oral.

La preliminar se enfoca en la investigación de los hechos que según la ley puedan constituir un delito, así como la probabilidad de que el indiciado lo cometió o haya participado en él. Esta inicia con el conocimiento del hecho delictuoso que se hace ante un agente del Ministerio Público, es decir, con la noticia criminal, la que puede provenir de fuentes formales e informales. A diferencia del procedimiento tradicional, en ella, el imputado y su defensor pueden aportar datos de investigación que puedan favorecer a los intereses opuestos al fiscal, permitiendo con ello una participación activa de las partes.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho*, op. cit., p. 906.

Debe decirse que en la etapa preliminar no se contienen únicamente actuaciones hechas por el agente del Ministerio Público, sino también se encuentran audiencias verificadas por el juez de control, como lo es la de control de detención, formulación de imputación, vinculación a proceso y de imposición de medida cautelar, entre otras.

El inicio del procedimiento puede ser con detenido y sin detenido, como hemos dicho, con el conocimiento de la noticia criminal, concluyendo con el cierre de la investigación. Los hechos que dan vida al procedimiento penal, pueden ser conocidos por la autoridad investigadora en diferentes modalidades, como es en flagrancia, caso urgente y sin detenido; ello determinará los plazos de que dispondrá el agente del Ministerio Público para comparecer ante el juez de control a solicitar la posible citación del imputado, para la formulación de imputación o la solicitud de la correspondiente calificación de detención.

Al igual que en el procedimiento tradicional, habrá investigaciones que se realicen sin que tenga conocimiento el imputado del correspondiente trámite, es decir, el agente del Ministerio Público puede iniciar su carpeta en la que almacenará el resultado que obtenga de su investigación.

La investigación cerrada se caracteriza porque en ella el fiscal realiza diligencias, sin tener la obligación de dar cuenta al imputado de las actuaciones que se tengan que practicar, y mucho menos del resultado de ellas;⁶ surgiendo esta clase de investigaciones en los casos que no medie detención alguna por flagrancia o caso urgente.

El fin primordial de llevar a cabo una investigación cerrada, es no engendrar incertidumbre en el gobernado, esto es, que la indagación de los delitos debe correr a cargo del Estado, y que solamente en aquellos casos en los que pudiere generarse algún acto de molestia sobre algún imputado, es cuando la carpeta tendrá que ser abierta y mostrada, y de no ser así, la averiguación de los hechos continuará hasta en tanto el fiscal instructor determine su conclusión, ya sea solicitando citación para formular imputación, archivo temporal, definitivo o aplicar algún criterio de oportunidad, entre otros.

⁶ Es de suma importancia aclarar que el fiscal que dirige la correspondiente carpeta de investigación no está obligado a comunicar al imputado de los datos de investigación que habrá de buscar, ni de su resultado cuando no haya algún acto de molestia, ya que en caso de haberlo, en forma necesaria tendrá que acudir al juez de control para que autorice su obtención, por ejemplo, para obtener alguna muestra de sangre, saliva, orina, etcétera; en esos casos es claro que el agente del Ministerio Público tendrá la obligación de comunicar al imputado el contenido de su carpeta de investigación y además permitir la proposición de diligencias o actuaciones que se propongan obtener.

Es innovador el control judicial que se contiene en el artículo 16 constitucional en su párrafo 13 del decreto de reforma, donde se establece la necesidad de contar con jueces de control, los que en sus funciones podrán resolver, de forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, para garantizar el estricto respeto del derecho de los imputados, víctimas y ofendidos.

La noticia criminal de la que tenga conocimiento el agente del Ministerio Público, puede ser con presencia del imputado, ya sea por la existencia de una flagrancia o de un caso urgente, conforme al artículo 16 de la Constitución General de la República.

La flagrancia puede ser definida como el acto por el cual se sorprende a una o más personas en el momento de cometer un delito o inmediatamente después de consumado, ya sea que se ejecute en presencia de personas, o que se perciba a través de cualquier medio técnico, el cual es conocido al momento por cualquier ciudadano, autoridad o por la policía.⁷

El caso urgente, conforme a la reforma constitucional de junio 2008, se satisface con los siguientes requerimientos: es sólo para casos urgentes, además, debe tratarse de delito grave, exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, en virtud de que en razón de la hora, lugar o circunstancia, el agente del Ministerio Público no pueda acudir ante la autoridad judicial a solicitar el dictado de una orden de aprehensión y que esté fundado y motivado.

En la investigación de forma innovadora y contrario a la tradición jurídica penal mexicana, en los casos de requerir la obtención de datos de prueba en los que conlleve algún acto de molestia sobre cualquier particular e inclusive sobre el imputado, es la necesaria observancia y respeto de los derechos fundamentales, ya que en estos casos la autorización será a cargo de un funcionario judicial, concretamente, de un juez de control.

Una vez que el juez de control ha ratificado la detención en flagrancia o en caso urgente, la audiencia ha de continuar con la formulación de imputación, la que también tiene lugar

⁷ Jaime López Díaz y César Augusto Núñez Cuervo (coords.), *Manual único de policía judicial República de Colombia*, República de Colombia, Consejo Nacional de Policía, pp. 42-43.

en los casos en que el titular del órgano jurisdiccional ha convocado a dicha audiencia y se hace presente el imputado, también acontece cuando el juez de control ha dictado una medida cautelar de carácter personal como lo es la orden de aprehensión, y se logra el aseguramiento del imputado y es conducido ante la autoridad judicial.

La formulación de imputación es el acto mediante el cual el agente del Ministerio Público comunica al imputado que tiene una carpeta de investigación que contiene una serie de datos de prueba que dan cuenta de la existencia de un hecho que la ley llama delito, y que los referidos datos de prueba revelan la posibilidad de que el imputado lo haya cometido o haya tenido participación alguna en el mismo, siendo un acto totalmente unilateral que le corresponde al fiscal, es decir, que esta potestad únicamente le corresponde al persecutor del delito.

A partir del momento en que se hace la formulación de imputación, comienza a correr el término constitucional de 72 horas, término en el que el juez de control habrá de dictar el correspondiente auto de vinculación o de no vinculación a proceso.

Una vez que el agente del Ministerio Público ha formulado imputación, la autoridad jurisdiccional concederá el uso de la voz al imputado, a efecto de que rinda su declaración preliminar, si es que desea hacerlo, todo ello previo conocimiento de los derechos que tiene a su favor el inculgado.

En lo que concierne al artículo 19, la reforma constitucional de junio de 2008 suprimió la figura del *auto de formal prisión*, para en su lugar instituir la de *auto de vinculación a proceso*, con una serie de requerimientos diferentes, pero acarrea el famoso término constitucional de 72 horas, y la prórroga del mismo por otras 72 horas más, sin que la norma suprema sea enfática en señalar ¿cuál es la finalidad de dicha ampliación?, lo que igualmente sucedía previo a la reforma.

Si el imputado llega a solicitar acogerse al término de 72 horas para que le sea resuelta su correspondiente vinculación a proceso, o en su caso a la duplicidad, conforme a las legislaciones locales y tratando de interpretar cuál es el fin de dicha ampliación, han interpretado que el motivo por el cual se continua con la posibilidad de resolver el citado

término constitucional en un diferente momento a la formulación de imputación, es para el ofrecimiento, admisión y desahogo de prueba,⁸ ya que la norma adjetiva así lo ha marcado.⁹

Recordemos que antes de la citada reforma constitucional, el artículo 20, apartado A, fracción v de la Constitución, establecía como una garantía del inculpado el poder ofrecer testigos, y todas las pruebas que ofreciera en la causa penal, sin que haga distingo alguno en relación al momento procesal en que se encuentre, esto es, en término constitucional o ya en plena instrucción. Sin embargo, el texto reformado estatuye que sólo se han de considerar pruebas para sustentar el dictado de una sentencia, aquellas que hayan sido desahogadas en el juicio oral, con la salvedad de la prueba anticipada.¹⁰ Lo anterior pone de manifiesto que una prueba no puede ser considerada como tal para sustentar el dictado de una sentencia, cuando no es desahogada en la audiencia de juicio oral, a excepción de la prueba anticipada que puede ser recibida y desahogada desde que el procedimiento se judicializa.

En relación al momento en que se ofrece, recibe y desahoga la prueba, es necesario comprender las etapas en que se ha dividido el procedimiento penal acusatorio, el cual se conforma de tres grandes etapas: la preliminar, intermedia y la de juicio oral. La primera de ellas se encarga de la investigación del hecho delictuoso, la segunda de la preparación del juicio, y la tercera es la encargada del desahogo de la prueba y el dictado de la sentencia definitiva.¹¹

Recapitulemos que conforme al texto constitucional debe quedar claro que la prueba debe ser desahogada en la audiencia de juicio, la cual será pública, contradictoria y oral, además, conforme a la legislación secundaria, se ha regulado que la prueba sólo debe ser desahogada en la audiencia de juicio oral (a excepción de la prueba anticipada, que también se encuentra plenamente regulada), además, ha sido regulado lo concerniente a la publicidad, contradicción y oralidad como características singulares de la prueba.

8 Se aclara que en el Estado de México, conforme al artículo 296, párrafo quinto del Código de Procedimientos Penales de tal entidad, se palpa que en el plazo constitucional permite al imputado anunciar los datos de prueba que a su interés convenga.

9 Se afirma lo anterior, porque al acudir a las legislaciones procesales penales locales como Oaxaca, Durango, Zacatecas, Chihuahua, Oaxaca, Morelos entre otras, dan oportunidad al imputado de ofrecer prueba en el término constitucional, con la salvedad del Estado de México como se ha precisado.

10 En relación a la prueba anticipada, su regulación no se encuentra a rango constitucional, sino que la carta magna la delega a la ley secundaria.

11 Es necesario señalar que en el procedimiento ordinario, la sentencia definitiva se dicta después de cerrado el debate en la audiencia de juicio oral; pero no debemos pasar por alto que también en el procedimiento abreviado, que se verifica fuera de la audiencia de debate, se obtiene también el dictado de una resolución definitiva.

La audiencia intermedia, entre otras cosas, resolverá sobre las pruebas que han de ser objeto de desahogo en la audiencia de juicio oral,¹² claro, previo debate que pueda suscitarse entre las partes, entonces es posible afirmar que la etapa intermedia tiene como finalidad, entre otros, el ofrecimiento y admisión de pruebas, de lo que es posible deducir que la referida etapa, es un filtro de depuración de prueba que ha de ser desahogada ante el tribunal de juicio oral en la respectiva audiencia de juicio.

Mientras, el desahogo de las pruebas admitidas en el procedimiento se encuentra reservado para la etapa de juicio oral, concretamente para la audiencia de juicio, las que habrán de desahogarse en forma posterior al alegato de apertura. Además, en la audiencia de juicio, es posible incorporar el resultado de la prueba anticipada en el caso de que haya sido desahogada la misma en forma previa.

Retomemos que el artículo 19 de la Constitución, reformado en junio de 2008, deja a un lado una tradición jurídico penal mexicana “el auto de formal prisión”, y en su lugar instituye “el auto de vinculación a proceso”, sin embargo, la transición de una figura a otra se hace acarreado una tradición penal, como lo es el término de 72 horas para el dictado de dicha figura, con la posibilidad de una ampliación por otras 72 horas más.

Hemos establecido que el texto constitucional, previo a la reforma, en ningún apartado determinó cuál era la finalidad de una ampliación a 144 horas para que el juez penal resolviera la situación jurídica de un inculpado, ya que el texto en comento aducía que la ampliación sería atendiendo a las reglas que sobre el particular establecieran las leyes secundarias, sin embargo, de una interpretación sistemática e integral con relación al artículo 20 constitucional, podía deducirse que aún y cuando la norma suprema no establecía la posibilidad de recepción y desahogo de prueba dentro del término constitucional, al haber sido una garantía constitucional de todo indiciado la posibilidad de ofrecer prueba en cualquier parte del proceso, es claro que dentro de las 72 o 144 horas la autoridad jurisdiccional tenía la obligación de recibir y desahogar todas las pruebas que fueran ofertadas por el indiciado, y las que por el imperativo constitucional debían ser valoradas

12 No debemos de pasar por alto que la etapa intermedia debe ser considerada como la parte que prepara la audiencia de juicio oral, y que en ella se resuelven también cuestiones de suma importancia, como lo es: las acusaciones que serán objeto del juicio, los hechos que se dieren por acreditados, los acuerdos probatorios, etcétera, pero en este artículo tan sólo se analiza lo concerniente a la admisión de la prueba, en atención a que el estudio que se hace es en relación al desarrollo de la audiencia preliminar, en la que también se prevé la recepción de prueba para el imputado dentro del término constitucional, por ello no se adentra más en relación a tal etapa.

por el juez al momento de resolver la correspondiente situación jurídica, máxime que las actuaciones hechas por el Ministerio Público, dentro de la averiguación previa, tenían el rango de prueba.

Al sufrir el artículo 20 constitucional una reforma estructural, se precisa que las únicas pruebas que pueden ser objeto de sustento de una sentencia, serán las desahogadas dentro de la audiencia de juicio, a excepción de la prueba anticipada y que deja su regulación en la ley secundaria, es claro que se pierde el esquema procesal probatorio que reinaba hasta antes de la reforma, porque ahora el constituyente instituyó un único momento para el desahogo de la prueba, “la audiencia de debate”, sin que permita interpretar que pueda ser recibida y desahogada dentro del término constitucional de 72 o en su caso de 144 horas, y como consecuencia la obligación del juzgador de ser objeto de análisis y valoración en la resolución que dicte.

Si atendemos al contenido constitucional, la única prueba que puede ser recibida y desahogada dentro de este término, sería la anticipada, siempre y cuando se reúnan los requerimientos que la ley secundaria establece, esto es, cuando sea necesario recibir declaraciones que, por obstáculo excepcionalmente difícil de superar, como la ausencia o imposibilidad física o psíquica de quien deba declarar, se presuma que no podrán ser recibidas durante el juicio.

Al acudir al contenido del artículo 20 constitucional, en lo concerniente a la prueba, tenemos que el texto supremo pretende instituir como una característica propia del proceso penal, considerar que sólo las pruebas que han de sustentar el dictado de una sentencia, son las desahogadas en la audiencia de juicio, a excepción de la prueba anticipada, ya que esta, al ser recibida en cualquier etapa del procedimiento, y al no existir prohibición de ser sujeta de análisis y valoración por parte del juez de control, pueda ser incluida al momento de resolver la correspondiente vinculación a proceso.

No debemos pasar por alto el momento en que el juez de control dicta la resolución de vinculación a proceso, cuando hace la valoración de los datos de prueba y en el caso de existir la prueba que haya sido ofrecida por el imputado, y además se haya desahogado en audiencia. Por ejemplo, el estado de Zacatecas, en el artículo 319 de su Código Procesal

Penal, narra los requisitos que se tienen que llenar para el dictado de un auto de vinculación a proceso, destacando entre otros, que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Es aquí donde surge otra gran interrogante: ¿cómo valorar una prueba ofrecida por el imputado frente a un dato de prueba del fiscal?

Primeramente debemos establecer que existen datos de prueba, medio de prueba y prueba, los que tiene características diferentes. El dato de prueba se anuncia, es un indicio de la investigación que hace el fiscal, por ejemplo, cuando el agente del Ministerio Público, al solicitar la vinculación a proceso de un imputado, menciona que tiene un informe de investigación en el que se contiene información que vincula al imputado con el hecho delictuoso. El medio de prueba debe considerarse como el órgano de prueba que se pretende llevar a la audiencia de juicio oral para justificar alguna cuestión y en general la teoría del caso de las partes, por ejemplo, cuando en la etapa intermedia se ofrece el testimonio de una persona a desahogar en la audiencia de debate. Y la prueba es el resultado de la información que se obtiene en la audiencia de juicio oral, a excepción de la prueba anticipada que puede recibirse en otro momento.

Entendido lo anterior, es claro que si la norma constitucional reserva las pruebas para ser el sustento de una sentencia definitiva, resulta incongruente pensar que el juez de control, al momento de dictar un auto de vinculación a proceso, pueda recibir, desahogar y valorar prueba, porque rompe con toda la esencia del proceso penal acusatorio, ya que la etapa intermedia es la purificadora del procedimiento, al depurar las inconsistencias del mismo, además es el principal filtro para que la audiencia de debate pueda llegar a buen fin, al no dejar que se desahoguen pruebas superabundantes, ilícitas, entre otras cosas,¹³ y si dentro del término constitucional se permite la recepción de pruebas (que no sean anticipadas), podríamos afirmar que la intermedia no sería la etapa preparatoria del juicio, porque fuera de ella cabría la posibilidad de admitir y ordenar desahogo de prueba fuera del debate.

13 La etapa intermedia no tan sólo se encarga de la admisión y depuración de pruebas que habrán de desahogarse en la audiencia de juicio oral, en la etapa intermedia puede decirse que es la etapa preparatoria del debate y de ella dependerá el éxito del juicio oral. Esto se afirma en atención a que el tribunal de juicio oral se limitará a desahogar las pruebas de las partes que hayan sido admitidas por el juez de control, además se someterán a los acuerdos probatorios que hayan hecho las partes, es por ello que si en la audiencia intermedia se admiten pruebas ilícitas, es claro que el fallo definitivo corre riesgo de ser declarado ilegal en la alzada, además, si se desahogan pruebas superabundantes, el desahogo de la audiencia de debate será tan larga, que se correría el riesgo que los integrantes del tribunal de juicio oral puedan perder la atención en la información relevante.

Es factible también afirmar que si la audiencia de juicio es entendida como aquella en la que se desahogarán las pruebas admitidas, con excepción de la prueba anticipada, perdería su eficacia al pensar que en la etapa preliminar se pueda desahogar la prueba que ofrezca el imputado o su defensor, y si el procedimiento acusatorio adversarial pretende tener como un eje rector el principio de concentración, es claro que al recibir y desahogar la prueba dentro del término constitucional, de ninguna manera puede hablarse de un respeto a la concentración.

Si el término constitucional de 72 o en su caso 144 horas, es con la finalidad de ofrecer prueba por parte del indiciado, cabe hacer otra interrogante: ¿si existe una igualdad procesal entre las partes en el nuevo sistema, cómo puede el indiciado ofrecer prueba y el Ministerio Público no?, es palpable que ante esta situación se pone en una ventaja al inculpado, porque el fiscal tan solo acudirá ante el juez de control con datos de prueba, mientras que el imputado puede hacerlo con pruebas, lo que rompe con el principio de igualdad procesal de las partes.

Sumemos a todo lo anterior que si la etapa preliminar está destinada a la investigación, la intermedia a la preparación del juicio oral, y esta última a la justificación de la correspondiente teoría del caso, tanto del fiscal como del imputado, y si pensamos que el término constitucional, o su ampliación fueron diseñados con el fin de la recepción y desahogo de prueba del inculpado, como erróneamente lo han interpretado la mayoría de las legislaturas locales, se puede caer en el error de propiciar que en la etapa preliminar, concretamente en el término constitucional, se genere un **mini juicio**.

Añadamos que al momento de valorar los datos de prueba y la prueba en sí misma, la forma de hacerlo debe de ser en forma diferente, y si dentro del término constitucional se recibe y desahoga la prueba, el juez de control tendría que hacer una valoración de prueba reservada única y exclusivamente para la audiencia de debate, sometiéndose a las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia, las reglas de la lógica y los conocimientos científicos, debiendo además argumentar y fundamentar, de forma adecuada, las razones por las cuales les otorga determinado valor, con base en la apreciación conjunta y armónica de toda la prueba esencial.

La valoración de la prueba le corresponde únicamente al tribunal de juicio oral, porque conforme a lo establecido en el artículo 20, apartado A, fracción III de la Constitución General de la República, las pruebas sólo son consideradas como tal cuando hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, con excepción de las anticipadas, y el juez de control, al momento de resolver la correspondiente vinculación a proceso, de ninguna manera pretende justificar la existencia de un delito y la responsabilidad plena en su comisión o participación de un acusado, sino que al resolver el término constitucional, se pretende justificar la existencia de un hecho que la ley señala como delito, o como lo señala Camilo Constantino “un hecho delictuoso”, así como la probabilidad de que el inculpado lo cometió o participó en el mismo.

El término constitucional de 72 o en su caso 144 horas, a que se refiere el artículo 19 de la Constitución General de la República, ya con la reforma del 2008, es una reminiscencia de nuestra tradición jurídica penal mexicana, que de forma errónea se traslada con la reforma procesal penal, porque al sufrir un cambio radical el sistema de procesamiento e instaurar un sistema acusatorio de corte adversarial, el famoso término constitucional, de ninguna manera pueda seguir existiendo, porque ya no hay fines ni motivos para ello; es posible afirmar lo anterior en virtud de que el procedimiento mixto consideraba que las actuaciones que el Ministerio Público hacía dentro de su averiguación previa, debían ser consideradas como prueba, entonces, si el inculpado gozaba de una garantía constitucional consistente en poder ofrecer prueba en cualquier parte del procedimiento, es entendible que el término constitucional estuvo diseñado para que el imputado pudiera conocer en primer término los hechos que le eran reprochados, así como las pruebas en que el Ministerio Público había sustentado el ejercicio de la acción penal, y luego contestar las mismas con pruebas, ahora, el sistema acusatorio adversarial no puede pretender que suceda lo mismo, ya que la reforma penal también limitó que el desahogo de la prueba será única y exclusivamente en la etapa de juicio, con la excepción de la prueba anticipada.

Así, podemos concluir que el término constitucional de 72 o en su caso de 144 horas, contenido en el artículo 19 de la carta magna, ya no tiene razón de existir, porque el diseño del modelo acusatorio adversarial rompe con los motivos que nuestra tradición jurídica penal sustentara por décadas, y de forma equivocada las legislaciones locales han regulado que las 72 o en su caso 144 horas, son con el fin de que se le reciba prueba al inculpado y se desahogue la misma, además que sea tomada en consideración al momento de resolver

la correspondiente vinculación a proceso. Si bien es cierto que el artículo 19 supremo señala que la ampliación será conforme a las leyes secundarias, no es admisible pensar que ese parafraseo delegue a las legislaturas locales precisar cuál es el fin de tal término o en su caso la ampliación, y mucho menos legislar sobre admisión, desahogo y valoración de prueba al resolver la correspondiente vinculación a proceso, porque se está desfigurando el modelo acusatorio adversarial.

Sobre el tema en estudio la Corte ya hizo un pronunciamiento al interpretar la figura del auto de vinculación a proceso en el estado de Chihuahua, afirmando que ella no contraviene lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución General de la República, dicha tesis dice:¹⁴

Rubro: Audiencia de vinculación a proceso. El artículo 283 del código de procedimientos penales del Estado de Chihuahua no contraviene el numeral 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Texto: El artículo 283 citado no contraviene el numeral 19 de la Constitución General de la República en tanto que respeta la garantía de audiencia previa al dictado del acto de molestia, consistente en el auto de vinculación a proceso, ya que prevé cómo debe llevarse a cabo el desahogo de la audiencia de vinculación a proceso al señalar que iniciará con el desahogo de los medios de prueba que el imputado hubiese ofrecido, siguiendo en lo conducente las reglas previstas para el desahogo de pruebas en la audiencia de debate de juicio oral; que desahogada la prueba, si la hubo, se le concederá la palabra en primer término al Ministerio Público y luego al imputado, y una vez agotado el debate el juez resolverá sobre la vinculación o no del imputado a proceso; de ahí que no se le deja en estado de indefensión.

Llama la atención de este autor que la Corte en tal tesis haga un pronunciamiento en relación a la posibilidad de admitir y desahogar prueba dentro del término constitucional, señalando que es permisible dicha situación, sin embargo, es necesario precisar que a los órganos jurisdiccionales les compete la interpretación y aplicación de la norma, y

14 Tesis aislada, núm. 166495, Novena Época, instancia primera sala, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta xxx*, materia constitucional penal, septiembre, 2009.

atendiendo a la legislación de Chihuahua, al igual que a otras como la de Zacatecas y otras más, los constituyentes locales, de forma equivocada, han entendido que las 72 o en su caso 144 horas que señala el artículo 19 constitucional, son diseñadas para el ofrecimiento y desahogo de prueba del imputado, cuando es entendible que el traslado de tal término, con motivo de la reforma, puede considerarse como una simple reminiscencia del sistema tradicional que no debe ser legislado en forma secundaria.

Una vez que se ha formulado imputación al inculpado por parte del agente del Ministerio Público, que el indiciado haya tenido la oportunidad de declarar o manifestado su deseo de no hacerlo, en el caso de que se hayan recibido pruebas y hubiesen sido desahogadas, el juez de control procederá a resolver en relación al dictado del auto de vinculación a proceso, pudiendo dictar: auto de vinculación a proceso en contra del imputado o auto de no vinculación a proceso, todo ello dependiendo de los datos de prueba que le hagan llegar en la referida audiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Blanco Suárez, Rafael et. al., *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal, Chile, 2005.*
- *Código de Procedimientos Penales de Zacatecas, México, Anaya Editores S. A., 2007.*
- *Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.*
- *Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California, Periódico Oficial, núm. 43, 19 de octubre, 2007, t. CXIV.*
- *Código de Procedimientos Penales del estado de Chihuahua, Periódico Oficial del estado de Chihuahua, núm. 63, 9 de agosto, 2006, Decreto 611/06 II P.O.*
- Consejo Superior de la Judicatura Colombia, *El rol de jueces y magistrados en el sistema penal acusatorio colombiano, Colombia, USAID/Programa de Fortalecimiento y acceso a la Justicia, 2005.*
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Sista, 2010.*
- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, IFE, 6a. ed., 2005.*
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.*
- León de la Vega, Arturo, *Código procesal penal para el estado libre y soberano de Oaxaca comentado, Oaxaca, Tribunal Superior de Oaxaca, 2010.*

- *López Díaz, Jaime Alfonso y César Augusto Núñez Cuervo (coords.), Manual único de Policía Judicial República de Colombia, República de Colombia, Consejo Nacional de Policía.*
- *Programa para una cultura de la oralidad desde la universidad colombiana, Técnicas del juicio oral en el sistema penal colombiano. Técnicas de investigación de la defensa para el sistema penal acusatorio colombiano, Colombia, USAID/ Programa de Fortalecimiento y Acceso a la Justicia, 1986.*
- *Suprema Corte de Justicia de la Nación, El sistema penal acusatorio en México. Estudio sobre su implementación en el poder judicial de la federación, Mexico, SCJN, 2009.*

GENERALIDADES SOBRE EL SISTEMA PROCESAL PENAL
ACUSATORIO ADVERSARIAL Y OTROS TÓPICOS

JOSÉ GUADALUPE ÁLVAREZ ALMANZA



A manera de introducción

Para lograr vivir en un país con seguridad,
como sociedad, debemos reconocer,
que no sólo reclamando a la autoridad,
lo hemos de lograr.

Si no existe armonía entre,
autoridad y sociedad,
cualquier medida intentada,
es ineficaz.

(JCAA, 1969-)

EL 24 de junio de 2006, el Programa de Vinculación con ex Alumnos de la UNAM, al igual que egresados de la FES Aragón, en sus institutos y colegios respectivos, nos dieron la oportunidad de disertar con el tema “La Teoría del Delito y su Aplicación en los Juicios Orales” (tocamos el subtema de la culpabilidad y la inculpabilidad). Desde luego, en ese momento estábamos lejos de la publicación, el 18 de junio de 2008, en el *Diario Oficial de la Federación*, de las reformas que cimbraron al mundo del derecho procesal penal en México. No debe pasar por alto que, si bien es cierto que en el Distrito Federal no se tenía claridad de los tiempos y las formas, en otros estados como Nuevo León y Chihuahua ya incluso tenían una legislación que respaldaba su proceder legal. A partir de las mencionadas reformas, se han generado modificaciones en varios ordenamientos.

Los siguientes apuntamientos buscan generar reflexión respecto al tema que nos ocupa, por ello, entre otros aspectos, hemos optado por no invocar a grandes autores, también no consideramos el uso excesivo de datos, cifras y estadísticas, corremos un riesgo muy grande; es factible que la calidad del trabajo esté en duda, pero esperemos que hayamos ganado en claridad y asentarnos sobre bases legales, empíricas y reales.



I. GENERALIDADES

1. *México, país de contrastes*

México es un país grande, poderoso y muy importante, sin embargo, dada tal cuestión, puede considerarse como una ventaja o una desventaja, me explicaré. Si comentamos que es grande no sólo es por su extensión territorial o por su número de habitantes, sino también por la calidad de personas que lo habitan, sin embargo, en ocasiones la organización política no abona nada para poder vivir en paz, armonía y tranquilidad, lo anterior lo establecemos porque en vez de considerar y aprovechar las ventajas que representa estar dividido en 31 estados y un Distrito Federal, pareciere, y sólo eso, que cada estado a pesar de estar unido en una federación, tienen la aspiración de ser un país independiente, y así, de la normatividad se desprende.

En su momento, Hans Kelsen estableció que no se puede explicar el Estado sin el derecho y el derecho sin el Estado.

No es el momento de hacer estudios sobre tales tópicos, sino de precisar que la seguridad que se vive en el país tiene, entre otras explicaciones, el “desorden legislativo”. Duele decirlo, peor aún, más complicado, es reconocerlo, pero precisamente el no tener orden legal, genera que tengamos consecuencias terribles, en este terreno.

A la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, nuestra norma de normas, ley de leyes, norma fundamental, carta magna, se le conoce de esta manera para magnificar el lugar que le corresponde dentro del orden jurídico nacional, sin embargo, cada estado, tengo la percepción, se desvía de sus preceptos y alcances.

Se debería iniciar el modelo de protocolos legislativos, es decir, cuando se legisle, se debe tomar en cuenta la Constitución Federal y la local y cuando no exista motivo que lo impida, se deben homologar las leyes secundarias en todo el país.

Es incomprensible que se emitan leyes para “atacar problemas de seguridad” y resulte que son tan diferentes, tan variadas, que desde luego sin ser sabios ni adivinos, sabemos

el resultado, y el mismo es catastrófico; por ejemplo, me estoy refiriendo a las leyes sobre extinción de dominio, si se da lectura a la Ley Federal con respecto a la del Distrito Federal, se encontrarán diferencias tanto de forma como de fondo, es una aberración, sí, pero existe, y lo que ha generado es proporcionar ventajas a la delincuencia que impunemente comete conductas delictivas.

Partamos que la extinción de dominio es una figura de naturaleza civil. Atento a tal cuestión, por un lado, la legislación federal establece que si se emite un No Ejercicio de la Acción Penal se le pueden “reincorporar” los bienes motivo de la extinción de dominio al sujeto y; por lo que hace a la legislación local (Distrito Federal) en razón de correr por cuerdas separadas, a pesar de un No Ejercicio de la Acción Penal (o una sentencia absolutoria en materia penal), no se vincula la determinación o resolución, y por lo tanto, puede presentarse el caso de que en materia penal el sujeto sea inocente de la conducta que se le atribuye y, en materia penal se le extinga el dominio de sus bienes.

Desde luego que no me pronuncio si comparto las bondades de una normatividad o de otra, ese no es el objetivo del presente, lo que quiero puntualizar es la confusión, el caos, el desorden que existe y que ha generado hasta el momento que no se logren los resultados esperados. No es momento de dar estadísticas, pero sí adelanto que en Colombia, donde esta figura tiene raíces importantes, los resultados fueron impresionantes.

Tenemos dos opciones: la primera es que exista una unificación legislativa en el país en temas afines o comunes, y la segunda es crear leyes generales por el Congreso de la Unión que sean obligatorias para todos los estados, como la Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en materia de Secuestro, la cual es reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La sociedad dice “ya basta”, también dice “si no pueden renuncien”, desde luego esta última afirmación va dirigida a los servidores públicos, y es factible que pueden existir casos de improvisación, de falta de experiencia de falta de preparación, de falta de compromiso; sin embargo, sin desestimar los anteriores factores, también es frecuente, muy frecuente, que las leyes no aporten nada.

Es por ello que, desafortunadamente, no hemos aprendido lecciones, parece muy lejano el día que tengamos leyes uniformes, leyes homogéneas; bajo argumentos que cada estado tiene su realidad, se cometen errores muy difíciles de resolver.

No tendría que tener cabida el amparo por leyes inconstitucionales, pero lo tiene (porque existen), y además, desde luego, se presentan cuando se interpone, pero, cuántas leyes lo son, pero no se ha pronunciado al respecto el máximo tribunal en virtud, de que formalmente no se le ha hecho del conocimiento.

Nos pronunciamos por un Código General de Procedimientos Penales, el cual desde luego, tendría aplicación a escala Federal, en el Distrito Federal y en los estados, con ello lograríamos erradicar aquellos “caprichos legislativos” que han hecho que este nuevo modelo de justicia acusatorio adversarial, en algunos estados pareciere que nació muerto, en otros se encuentra en fase terminal y en algunos otros, afortunadamente, con pronóstico de vida bastante prometedor.

Es lamentable decir que existen estados que no han asumido el compromiso, ya no legal, sino ético de darle impulso a las multicitadas reformas.

Felicitemos a los estados que están bastante avanzados en su legislación, que tienen varios años con este modelo, que incluso han tenido infinidad de reformas legislativas para irlos adecuando a su realidad. Al menos, ellos pueden establecer con autoridad moral los aciertos, fallas y deficiencias.

Algunos Estados deberían aprovechar esa experiencia, para que ya no se enfrenten a problemáticas que en su momento, ya se les dio solución.

Uno de los argumentos que se mencionan es la falta de presupuesto para la capacitación y la infraestructura, sin embargo, esto debería estar “económicamente etiquetado”, debería estar solucionado.

Por el tipo de economía del país, es posible que por décadas o siglos ningún estado tenga una capacidad económica tan fuerte que pueda, sin descuidar algún otro proyecto, destinar dineros para tal compromiso, por lo que sugerimos que se establezca el aquí y el ahora, el que ya avancemos, el que ya se proyecte, el que ya se haga y no seamos los hombres permanentes de proyectos.

Suponemos que si se realizó un proyecto tan ambicioso en materia de justicia penal, se debieron considerar las diversas variables como pueden ser los parámetros económicos, no se entiende que se vislumbre algo y se soslayen los dineros.

La problemática no es sencilla, veamos el caso de Zacatecas. La normatividad en la materia la llama Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas; Chihuahua la llama Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua; el Estado de México la denomina Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Tan solo por el nombre, tres códigos se denominan diferente; el de Zacatecas es bastante obvio y los dos segundos en mención, uno es *del* Estado de Chihuahua y otro es *para* el Estado de México, parece una cuestión intrascendente la expresión *de* y *para*, sin embargo, nos da la idea de que cada uno de nosotros, por querer ser originales, por querer ser innovadores, por querer hacer mejor las cosas, nos alejamos y, resulta que tenemos legislaciones diferentes.

En Chihuahua se denomina a un recurso casación y en Zacatecas no, en otro orden de ideas, pareciere que la acción penal privada en zacatecas no les llamó la atención, que decir que la flagrancia en Chihuahua se puede dar por días o semanas.

Está de por medio la seguridad, está de por medio la sociedad, está de por medio la credibilidad, están de por medio los intereses colectivos sobre los particulares. Por eso, el Estado debe asumir un control y regular y no permitir que esas legislaturas locales desestimen el esfuerzo y el sacrificio de miles de personas, incluyendo operadores que ven como se desgrana en las manos una oportunidad que tiene México de recuperar esa tan ansiada paz social.

Para mí, es importante que quien esté interesado revise tales aspectos y se dará cuenta que incluso los comentarios aquí vertidos resultan ser moderados porque las diferencias de una legislación con respecto a otra son muy marcadas.

Los estados son autónomos, pero no soberanos, no se trata de obligarlos, sin embargo, es hasta risible y preocupante que para que les liberen recursos federales tengan que ir cumpliendo una serie de requisitos relacionados con las medidas a implementar después de las reformas del 18 de junio de 2008.

Los tiempos políticos tampoco han ayudado mucho. Desde luego que no lo justificamos, pero sí lo explica el hecho de que un estado esté en efervescencia política, significa descuido al proceso de implementación de las reformas que nos ocupan.

En este país no existe el mecanismo de blindar los proyectos; se debe empezar, no se justifica el descuido tan importante a este tema, vaticino que llegado el momento, algunos estados empezaran a pedir "prorroga".

Otra problemática que se está presentando es el aspecto de la capacitación, me queda claro que la SETEC (Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación) hace una labor brillante, pero, materialmente es imposible poder supervisar todos y cada uno de los cursos que se imparten en el país, desde los oficiales hasta los "clandestinos", y por estos últimos entiendo los que son impartidos por escuelas o institutos poco serios y por docentes o instructores no certificados.

2. Nuevo modelo de coordinación

Considero, sin intentar ser radical, sin ser imperativo, que ha llegado el momento que la SETEC haga un alto a todo su esfuerzo, empiece un momento fuerte e importante de valoraciones, de calificaciones, de avances, de proyectos, etc., etc., y que si se percata que el ritmo de implementación de las reformas en los estados se encuentra lento, tome las medidas importantes que permitan dar celeridad.

En ese orden de ideas, sería importante que se empiece a valorar el contenido de algunos códigos procesales que empiezan a alejarse de los principios de presunción de inocencia, del objetivo de las medidas cautelares, más aún, de la autoridad que le corresponde ordenar y autorizar tales medidas, sobre tópicos de las detenciones, en fin, pareciera que sutilmente se está haciendo un “fraude a la Constitución”. En estos momentos estamos en posibilidad de decir que en algunos temas, todo cambia para seguir igual.

La principal propuesta es iniciar acuerdos para ver la factibilidad constitucional y legal de emitir el Código General de Procedimientos Penales, desde luego, obligatorio a escala federal, estatal y en el Distrito Federal, y poner orden a la anarquía legal que se está presentando en el país, donde cada quien legisla los temas bajo la regla del desorden.

Lo anterior tendría que implicar reuniones a escala nacional con los gobernadores de todo el país, hayan o no implementado en su legislación secundaria la reforma, así como los presidentes de las legislaturas locales y a escala federal, para platicar, replantear, porque es obvio, esta fórmula de los integrantes de los Consejos o Comités locales de implementación de la reforma no han dado resultado, solo da la idea que cumplen requisitos y formalidades, pero no hay compromiso, o en su caso, reformular todo el proyecto, en fin, inyectarle dinamismo, movilidad.

Empiezan a surgir voces que afirman que este modelo de justicia serán nuestros nietos los que verán los frutos, y desde luego, se quedan cortos porque al ritmo que va y la falta de compromiso de algunos sectores hasta generosos se vieron en el comentario.

Desde luego que no es una tarea fácil, desde luego que se pueden herir susceptibilidades, desde luego que algunos estados sentirían que su autonomía se estaría vulnerando, desde luego que tendríamos que cambiar nuestra idiosincrasia, desde luego que son cambios en la mentalidad que no estamos acostumbrados, sin embargo, también me queda claro que todos debemos en un sentido de justicia caminar al mismo lugar, ya no podemos equivocarnos tanto, las consecuencias para el país han sido funestas.

3. Coordinación nacional

En el país existen alrededor de 2 445 municipios, además estados como Oaxaca cuenta con 570 y otros estados con sólo cinco; una división caduca consistente en autoridades municipales, estatales y federales; algunos estados tienen grandes extensiones de territorio, el poder se encuentra excesivamente centralizado y hay autoridades que se desentienden de los problemas sociales bajo argumentos que no les corresponde, se descuida a la población. En el caso del Distrito Federal tiene un atraso importante, toda vez que sigue imperando un modelo limitado de organización a través de delegaciones que ha sido rebasado por el número de población y las propias problemáticas. Es difícil, sí, pero nada se va a lograr, si la autoridad no se acerca a la ciudadanía y la ciudadanía no le da un “voto de confianza” a la autoridad.

Dentro de la institución del Ministerio Público, los convenios de colaboración que se firmen son importantes, pero lo es más la voluntad política de apoyo. Me explicaré. Se afirma que a la fecha existen miles de órdenes de aprehensión pendientes de cumplimentar, y se han presentado casos de sujetos que después de muchos años se le aprehende, y resulta que no estaba escondido, estaba trabajando. También valorar involucrar a la ciudadanía, colocando los datos de los sujetos prófugos en un lugar visible y público, además del internet, no se estaría violentando privacidad o secrecía en razón que normativamente se está autorizado.

Sostengo que cada estado debe proceder como si fuera un país, de ser necesario pedir algún documento de ingreso, registrar a los visitantes, etc., etc. Tendría que hacerlo, pero no es factible que todo el territorio sea un “escondite” para los sujetos, y en su caso, para los objetos que roban como los vehículos, será mucho trabajo, desde luego, pero en esa medida es la problemática a resolver. Reiteraré en todo momento, mientras no se implementen medidas radicales que den un “golpe de timón” a la forma tradicional de prevención del delito, será muy difícil lograr resultados favorables.

4. Reafirmemos el pacto federal

A la fecha admiro el adelanto pragmático respecto al tópico del sistema acusatorio adversarial de varios estados, entre ellos Nuevo León, Chihuahua y el Estado de México, lo que no compartiré es que legislaron (crearon su Código Procesal Penal) antes de la publicación de las reformas constitucionales.

Lo que se tuvo que hacer en las reformas constitucionales que nos ocupan a partir de la fecha 18 de junio de 2008, fue reconocer ese aspecto, y para ello, el artículo tercero transitorio estableció que en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos son válidas independientemente de la fecha en que entraron en vigor. Para tal efecto deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo.

De haber sido correcto lo que hicieron las legislaturas mencionadas, no hubiere sido necesario a nivel constitución federal, introducir el sistema acusatorio adversarial, y lo más práctico debió haber sido el que todos los estados, el Distrito Federal y el ámbito federal instrumenten sus códigos.

En fin, reitero, admiro el esfuerzo y la tenacidad con que los operadores jurídicos hacen su esfuerzo por sentar las bases de ir perfeccionando poco a poco este modelo de justicia, lo que no comparto, salvo que esté haciendo una mala interpretación, es que en este país de leyes, primero se cambie la ley secundaria y luego que la constitución se ajuste a esta. No fue lo que me enseñaron en mis clases de derecho y tampoco está acorde con lo que establece nuestra normatividad.

5. Prevención del delito

Antes de pensar en sancionar, en castigar, en investigar a las personas que cometieron una conducta delictiva es importante establecer mecanismos de prevención del delito. Tengo la idea que se mal interpreta el programa llamado “cero tolerancia”, se desprende que es agresivo, que violenta los derechos fundamentales o humanos de la ciudadanía, que vulnera sus garantías; sin embargo, tengo la idea que lo trascendente es darle contenido, y si por tal

entendemos el cabal y estricto cumplimiento de la ley, podemos inferir sus bondades. Para ello, se requiere primero volver a analizar a los clásicos de la ilustración, y segundo, tomar en cuenta una injerencia más directa del Estado en relación con la ciudadanía, como por años hemos hecho de dicha relación un desorden. Cuando se quiere regular nos sentimos invadidos, sin embargo, mientras el Estado no tenga un control estricto de los ciudadanos que incluya tenerlos debidamente identificados, desde su nombre y un historial sobre ellos, y no para agredirlos o violentarlos, sino para protegerlos, se ve complicado el retomar una verdadera seguridad pública (no imposible).

Somos más de 100 millones de habitantes en este país, en esa medida deben ser los controles y registros. El precio que se tiene que pagar por la seguridad es el “soportar” ciertas molestias, como por ejemplo, el que se nos revise nuestros vehículos con scanner para descartar armas de fuego o sustancias prohibidas, nos molestará tal invasión, sobre todo porque argumentaremos que es indignante, molesto. Sin embargo, si sabemos que con ello se puede lograr la detención de personas que lejos de ir a trabajar salen a robar, es posible que veamos con más beneplácito dichas medidas. No se olvide lo que se afirmaba del programa del alcoholímetro siendo que a la fecha ha dado buenos resultados.

6. Declaración de situación patrimonial de los particulares

Consideramos que es importante la transparencia en la información de los servidores públicos, las medidas que se imponen para que realicen sus declaraciones de situación patrimonial son válidas, al grado que es factible que se detecten aumentos considerables de su riqueza los cuales no están justificados; sin embargo, afirmamos y sostenemos que los particulares también deben y tienen que hacer lo propio, la autoridad tiene que vislumbrar e investigar a aquellas personas que no trabajan, no tienen ingresos, y sin embargo, viajan al extranjero, pasean en lugares donde se requiere una economía fuerte, permanentemente construyen y compran casas y vehículos. No prejuzgamos, no adelantamos, solo establecemos que al Estado le corresponde un control más estricto sobre tal punto. Desde luego que mucha gente se sentirá invadida: si con respecto al teléfono celular que sólo se tenían que proporcionar algunos datos hubo molestia, qué decir sobre una declaración de situación patrimonial de particulares. Es obvio, que mientras no tomemos decisiones radicales pero respetuosas de la constitución y las leyes que de ella emanen, permanentemente nos quejaremos de la inseguridad que priva en algunos lugares, pero no estaremos aportando nada para mejorar.

7. Bases de datos

Sin una base de datos se ve muy difícil tener una verdadera implementación de este modelo de justicia, es preocupante observar cómo en la era de las comunicaciones, seguimos con problemas de fluidez en la información. Si se tuvieran bases de datos y además acceso inmediato a la información sería raro el asunto que quede impune, porque, por ejemplo, si una persona llama por teléfono a otra para extorsionarla, la tecnología establece que en tiempo real prácticamente se puede ubicar el lugar donde se está haciendo la llamada, sin embargo, la burocracia habla de oficios, tiempos y hasta meses esperando la respuesta.

Se deben proporcionar a los investigadores las herramientas y las facilidades, es frustrante ver como “se le exige a la cocinera hacer jamón para comer y no le entregan los ingredientes necesarios”. Desde luego que la sociedad siempre se sentirá incomoda, siempre se inconformará, sobre todo la que no se informa, sin embargo, no se debe olvidar que prácticamente en el Distrito Federal en la calle ya no existe privacidad, ello, si se toma en cuenta que aproximadamente 13 000 cámaras de video nos vigilan; desde luego, lo hacen las 24 horas del día, los 365 días del año, y esta tendencia va creciendo.

No se debe perder de vista que el nuevo modelo procesal penal no es mágico, sus alcances son procesales y nada más, quien le atribuye que con él se logrará justicia a la sociedad, que existirá seguridad y que todos los males se resolverán, está equivocado o mal informado, porque primero no conoce los alcances y segundo, una cuestión es un deseo y otra la realidad.

8. Servicio médico forense

Sería importante que el Servicio Médico Forense dependa orgánicamente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; la lógica y la razón, pero no el derecho, indican que le debe corresponder tal responsabilidad a dicha institución, dejo igualmente para la reflexión de los especialistas profundizar en tal tema. Los servidores públicos no deben olvidar que las cosas, los objetos, los bienes son de las instituciones y no les pertenecen, están asignados al buen servicio y atención que le debemos a la sociedad.

9. La querrela y el nuevo modelo de justicia

se ha afirmado que para lograr resultados importantes es necesario hacer cambios radicales, importantes, trascendentes, y en ese sentido estamos temerosos de hacerlos quizá por dos cuestiones: por ser una sociedad que no nos gusta y no estamos acostumbrados a los “golpes de timón” y, por otra, la inquietud de las consecuencias que se pudieren presentar.

Lo anterior lo establecemos, en razón de que consideramos que si se eliminan los delitos de querrela dentro del Código Penal, *no pasaría nada* y se lograría enfocar aquellas conductas que son de impacto social y en la cual debe el Estado tomar un control total y absoluto.

A la fecha, los tipos penales que requieren como forma de persecución la manifestación expresa de una persona, implican que el Estado, para poder actuar y continuar requiere que un particular sea el que manifieste interés al respecto.

Dentro de los postulados tradicionales del derecho penal, esta reminiscencia tradicional e histórica llamada delitos de querrela debe abandonar el derecho penal.

Se llega a absurdos donde el particular realiza “extorsiones institucionalizadas”, en virtud de que para otorgar perdón pide ya sea cantidades de dinero o algunas otras exigencias, siendo que, por ejemplo, si un daño a la propiedad esta valuado en \$2 000.00 y el querellante exige \$10 000.00 pesos para otorgar perdón, por las consecuencias legales penales adversas al probable responsable ahora llamado imputado, es frecuente que ceda ante tales requerimientos, y el Ministerio Público sólo se limita a tomar la declaración del querellante donde otorga el perdón, sin entrar a vislumbrar los acuerdos económicos a que llegaron, esto no puede seguir pasando. El derecho penal, conductas que son de querrela, por su importancia o trascendencia las debe recalificar a ser de oficio, o en su caso, las debe derogar como tipo penal y tendrían que ser enviadas a la justicia cívica, de esta manera, no de manera arbitraria, sino justificada, se estaría concentrando la investigación a los asuntos que requieren toda la atención e investigación por parte del Estado.

10. Los delitos culposos y el nuevo modelo de justicia

Los delitos culposos deben ser revalorados, cuando en el Distrito Federal aparecieron los llamados delitos graves eran apenas nueve, sin embargo, a la fecha, es muy difícil dar datos de cuantos son graves, ello en razón del exceso y abuso al que se llegó. Lo más dramático lo representa el hecho de que todavía en el Distrito Federal se presentan casos donde delitos culposos son considerados graves, es decir, no se valora la conducta si no las consecuencias de la misma. Precisamos, si una persona incumplió un deber de cuidado, tuvo un descuido, una imprudencia, una falta de atención, una falta de cuidado o realizó una conducta sin tener la experiencia necesaria o la pericia suficiente, puede cometer un delito culposo, y con las consecuencias de que puede ser que se considere grave y resulta que no obtiene la libertad provisional bajo caución y, con ello, puede ser que se establezca una prisión preventiva y en su momento la remisión a un centro penitenciario; sin embargo, se supone que no está ni desadaptado ni necesita ser reinsertado en la sociedad, porque no tiene problemas de socialización.

Si esto pasa en un sistema tradicional, lo que se requiere entonces, en los delitos culposos, en todos los casos, es establecer medidas de seguridad por su peligrosidad y no penas por su culpabilidad. De lo contrario, lo que estamos haciendo es venganzas estatales. Ahora bien, existen conductas que no son culposas sino dolosas, pero que en la práctica se interpretan como culposas. Así, se han considerado, como el hecho de realizar disparos al aire, al momento de caer el proyectil, se impacta en una persona y la priva de la vida, es factible analizar el caso concreto, pero es posible pensar en un dolo eventual, porque prevé las consecuencias de sus actos y las debe aceptar, porque sabe que es un arma de fuego, sabe lo letal que resulta, sabe que existe gente alrededor, y lejos de omitir tal conducta, la lleva a cabo. O los sujetos que saben que conducirán un camión de excursión, que deben tener mantenimiento de frenos, motor, etc., alquilan su unidad y resulta que les fallan los frenos, pues indudablemente de existir muertos o heridos, no estamos ante un dolo directo, pero sí ante un eventual, donde el sujeto debe representarse que un vehículo sin manteniendo puede tener accidentes, y si este se lleva a cabo, debe aceptar tales consecuencias. En fin, los ejemplos pueden estar a discusión, pero lo que quiero destacar no es tal cuestión, sino invitar a la reflexión sobre que los delitos culposos deben proscribirse dentro de la materia penal.

1.1. Instituciones que funcionan

Existen voces que no comparten los alcances de este nuevo modelo de justicia en razón de afirmar que viene de Estados Unidos y que esa no es nuestra realidad, es decir, que ellos tienen otra economía, otra idiosincrasia, etc., etc., incluso dentro de este mundo de interpretaciones, existen quienes afirman que las ideas a implementar son del país Chile. Sostengo que no debemos de tratar de evitar una realidad, la tradición anglosajona, la tradición de juicios orales proviene de Estados Unidos. Ahora bien, eso por sí solo no es para descartar o desechar, desde luego que está matizada o modificada porque nosotros no estamos pensando en jurados, sin embargo, en esencia no deja de ser el modelo de Estados Unidos de América.

No voy a realizar una defensa de nada, no es mi papel, ni tampoco una admiración innecesaria, sin embargo, en un mundo globalizado no sólo tenemos influencia de Estados Unidos de América, sino de prácticamente en menor o mayor medida de todos los países del orbe, sin embargo, “el vecino país del norte” se encuentra unido a nosotros por historias en común, desde luego, no siempre hemos tenido la mejor suerte.

En lo que respecta a la organización interna, en el orden estatal, ellos también están conformados por estados y un Distrito Federal, también son una república federal, y esa influencia fuerte y directa la retomamos en este país. No se trata de anteponer nacionalidades, sino funcionamiento de las instituciones.

II.. PREMISAS DEL NUEVO MODELO DE JUSTICIA

1. Infraestructura

En un país con un alto índice de violencia, donde no se tiene garantizada una seguridad total y absoluta, se sugiere que se tomen medidas adicionales a las implementadas, por ejemplo, en las Salas de Juicio Oral debe existir un protocolo prácticamente de su organización y funcionamiento, se deben consensar en su construcción: los mecanismos de seguridad, su equipamiento, el número de salas alternas, la existencia de una ambulancia con paramédicos en todo momento, números de teléfonos de los hospitales más cercanos, identificación plena y absoluta de las personas que acuden, que incluya el recoger una copia de su credencial de elector, el tomar en cuenta la certificación y la colegiación etcétera.

2. Aspectos económicos

Indudablemente si no se plantifica, si no se proyecta tomando en cuenta los aspectos económicos y los alcances presupuestales, todo quedará en buenas intenciones y la lentitud en la implementación de las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008 es de pronóstico reservado.

Estamos proponiendo un Código General de Procedimientos Penales, con ello, se evitaría que exista un desfase temporal de algunos estados en este tema. Además, los que ya lo implementaron se puedan reconsiderar esos aspectos legislativos que se alejan de la teleología del nuevo modelo de justicia. Sin embargo, además, se debe valorar el unificar infraestructura y qué decir, de los sueldos, salarios, honorarios o ingresos de los operadores, es incomprensible que un defensor de oficio en el Distrito Federal su ingreso sea menor a \$20 000 pesos, y un defensor de oficio federal ascienda prácticamente a \$50 000 pesos; la diferencia no es la carga de trabajo porque, si fuera esta la razón, por el volumen en el Distrito Federal existe en general mas actividad; si fuera por el tipo de asuntos, no todo a escala federal es delitos contra la salud; en fin, el problema, si lo hacemos comparativo con respecto a todos los operadores, tomando en cuenta por estado y por ámbito local o federal, nos daremos cuenta del desorden que existe en este tema, y desde luego, esto influye mucho, porque existen servidores públicos que aún a la fecha, tienen dos trabajos. Para tal efecto, sería interesante, por ejemplo, obtener los datos de los peritos que trabajan al mismo tiempo en dos dependencias o instituciones oficiales en distintos estados (por la cercanía y además porque existen horarios de sábados, domingos y días festivos).

3. Alcances del sistema

Sin querer establecer la verdad absoluta sobre el concepto de sistema, no debemos olvidar que se refiere a un conjunto ordenado y no a un amontonamiento, esto lo establezco porque cuando hablamos del sistema acusatorio adversarial no sólo hacemos mención al Código Procesal Penal y en específico a las audiencias que se desarrollan dentro del mismo, sino al cuerpo de leyes que se relacionan con las reformas mencionadas y que en su conjunto nos dan un sistema y que el cambio de todas es tan importante para que de manera armónica el modelo de justicia sienta las bases correspondientes. Es decir, no sólo

es el aspecto procesal, sino el sistema penitenciario, los medios alternos de solución de conflictos, etc., etc., y un tema implica el otro, bajo esta perspectiva las leyes engarzadas funcionan como un engranaje.

4. La palabra es orden

La premisa fundamental para que el país salga del bache histórico de seguridad es orden, se debe privilegiar la cultura de la legalidad, no debe claudicarse en este tema, porque en la medida que nos alejamos del derecho nos acercamos al caos, a la anarquía, al desorden y la inseguridad.

III. TEMAS DEL NUEVO MODELO DE JUSTICIA

1. Rumores de la teoría del delito

Creo que por la formación que tenemos, donde aparentemente las cosas son medianamente claras, las enturbiamos para ahora si poder discutir, en ocasiones da la idea no de que para todo problema tenemos una solución, sino que, para una solución tenemos varios problemas, y eso lo establezco porque dentro de la confusión de la incorporación de este modelo de justicia, apareció la leyenda urbana jurídica que la teoría del delito desaparecía, incluso generó, que algunos abogados dejaran de interesarse sobre la dogmática y centraron su atención en el nuevo proceso penal acusatorio.

Lo que se está modificando de manera integral, al grado que en ocasiones pareciere que no queda un solo artículo “de pie” del sistema que en la práctica se la ha denominado “tradicional” en oposición al acusatorio adversarial (que tampoco sería una denominación correcta, pero no es el tema por el momento).

Lo que si podemos afirmar es que, desde el punto de vista procesal, si existe una hecatombe, una revolución jurídica, un hito o cisma; sin embargo, la materia instrumental o adjetiva no deja de ser el medio o el camino por medio del cual se actualiza la materia sustantiva, material o penal.

Prácticamente la materia penal y específicamente los códigos penales quedaron intactos y, si existieron reformas a algunos artículos son la que de “ordinario” se realizan.

Como todos sabemos, los códigos penales se dividen en dos partes, una parte general y otra especial. La primera la he dado en llamar la teoría del delito legislada, y donde se entra a temas como la conducta, la acción, la omisión, la comisión por omisión, la tipicidad, el error de tipo, el error de prohibición, la antijuridicidad y sus normas lícitas o permisivas, la culpabilidad con su contenido jurídico, etc. etc., cuestión que nos permite afirmar que si la teoría del delito legislada está en la parte general de los códigos penales y estos no han sido abrogados, entonces, continúa la teoría del delito.

2. Medios alternos de solución de conflictos

Así como en Nuevo León o Chihuahua ya existía un código procesal de corte acusatorio y adversarial antes de las reformas constitucionales, en el caso de varios estados, pero en específico en el Distrito Federal, ya existía una oficina conocida como Centro de Justicia Alternativa, que por cierto, en todo momento ha dependido del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Dentro de lo novedoso que resulta ser, el servicio de mediación en el tribunal fue creado desde el año 2003, pero se debe precisar que sus trabajos iniciaron mínimo dos años antes.

El 8 de enero de 2009 fue publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, el cual entró en vigor el 8 de marzo del año citado, es decir, primero funcionaba una oficina y después la normatividad, desde luego, las bondades de dicho lugar no se discuten, y qué decir de los extraordinarios servidores públicos que en ese lugar prestan sus servicios.

Es decir, primero debió haber existido una reforma a la Constitución como la que ahora aparece en el artículo 17 párrafo cuarto, y después las leyes secundarias y reglamentos.

Existe cierto consenso en identificar a los Medios Alternos de Solución de Conflictos (por sus siglas MASC) con las siguientes figuras, la mediación, la negociación, el de la conciliación y existe quien afirma el arbitraje.

Es interesante saber que las oficinas del referido Tribunal se denominan Centro de Justicia Alternativa y, sin embargo, en su ley y en la práctica sólo hacen uso de la mediación.

Si bien es cierto, pareciere complicado establecer que los fines de la justicia alternativa es despresurizar el sistema porque rompe con su naturaleza jurídica que busca resolver conflictos de personas, y no expedientes. También hay que reflexionar que si lo medios alternos de solución no funcionan, paralelamente “en cascada”, otros aspectos como el juicio oral y el sistema penitenciario, su pronóstico de efectividad es reservado.

Se hace imperioso y necesario establecer la gran cruzada en la sensibilización y capacitación profesional respecto a este tema, ello, porque es frecuente que académicos confundan la conciliación con la mediación.

En el caso de este país, si queremos que funcione el nuevo modelo de justicia, debemos privilegiar los medios alternos de solución de conflictos, los procedimientos abreviados, etc., de lo contrario estamos encaminados al colapso, no lo quieren ver así, no se ha planificado, no se le ha dado la importancia que esto tiene y pareciera de nueva cuenta que nos estamos lanzando a una aventura, y que lo estamos haciendo a la mexicana, es decir, a la improvisación, a solucionar lo que se presente sobre la marcha, sin planificar dichos tópicos.

3. El sistema penitenciario

Por leyes queremos ser un país mejor, no se va a poder, las leyes no cambian mentalidades, culturas, idiosincrasias, lo que se necesita es trabajar y a fondo con reflexiones, con ideas, reforzar principios, valores, ética y moral, seguir reforzando continuamente tal tópico. Esto lo comento por que el Distrito Federal a la fecha tiene una de las leyes de ejecución de sanciones penales, estoy cierto, de vanguardia mundial, pero, esperemos que se cumpla, de lo contrario será actual la afirmación de John Kenneth Turner quien afirmo que México tiene leyes como la de Estados Unidos de América, con una diferencia, que las de México no se cumplen.

Esperemos que el sistema penitenciario ahora sí y por todas se modernice, a los internos, se les proporcione un trato de personas, seres humanos, hayan hecho lo que hayan hecho y, si en su caso, están enfermos, pues darles el tratamiento médico físico o mental correspondiente.

Es tan lamentable que prácticamente toda la población conozca los excesos que se dan, y sin embargo pareciera que sólo en un principio nos indigna y posteriormente como que nos vamos acostumbrando.

En la lógica más elemental, no es justificable ni comprensible que en vez de que salga dinero de reclusorios, por actividades realizadas por el interno, sus familiares les tengan que introducir, esto es una aberración.

No nos quejemos como sociedad, veamos cómo está el sistema penitenciario y así está la sociedad, porque ellos salieron de una sociedad.

Quizá el comentario sea poco serio, pero, si la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, de fecha de publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 17 de junio de 2012, se cumpliera en sus términos, estaríamos ante uno de los mejores sistemas penitenciarios del mundo.

IV. Formación, capacitación, COLEGIACIÓN Y CERTIFICACION

1. Licenciados en derecho

Es importante establecer que es factible que el hecho de que un licenciado en derecho asista en la defensa a un imputado no garantiza una verdadera defensa, sólo la presume, es decir, el hecho de tener título presume que tiene los conocimientos jurídico penales necesarios, sin embargo, en la práctica no siempre es así.

Se debe tener especial cuidado con algunas escuelas o institutos que “abaratan” (y no me refiero a aspectos económicos sino al tiempo de preparación) los títulos y cédulas de licenciado en derecho, no es raro observar publicidad que establece que se logra tal, acudiendo un rato los

viernes en la tarde y otro rato los sábados en la mañana, afirmando que en un año se logra, y si tomamos en cuenta “las facilidades” de titulación como puede ser por promedio, por inscribirse al posgrado, etc., etc., pues ya nos imaginamos la solidez de la preparación de esto “licenciados”, que legalmente lo son, porque incluso, si se consultan sus datos en la página de la Secretaría de Educación Pública en lo que corresponde a las cédulas profesionales, si están registradas, pero su legitimación está en duda.

Pero si estamos haciendo mención de casos, donde por unas horas se acude durante un tiempo muy breve y se logra ser Licenciado en Derecho, resulta que no siempre es lo más grave y delicado, lo lamentable y preocupante y que es necesario una investigación más a fondo, es lo que se presume pasa para la obtención de grados académicos.

Se puede encontrar información de verdadero escándalo, maestros y doctores en Derecho que es factible que estén reconocidos así por la Secretaría de Educación Pública, y que es posible que nunca pisaron un salón de clases, tampoco estuvieron en una clase.

Por cierto, tengo la percepción que esta es una de las profesiones más socorridas para la expedición de documentos falsos, o en su caso, para la expedición legal a quien no acudió a clases a pesar de que el sistema era escolarizado, quizás lo explica la propia forma de ejercer nuestra actividad.

Desde luego, se presume que el problema no es de que se encuentre la formalidad en la documentación sino de acreditar que en el mundo fáctico lo que las actas establezcan se haya llevado a cabo, es decir, con cuestiones tan elementales se puede desprender datos interesantes, como el hecho de establecer cuál es la maestría o doctorado que supuestamente cursaron los alumnos, cuál fue el horario, cuáles fueron sus compañeros de clase, cuál fue el mecanismo de titulación, cuáles fueron sus maestros, establecer las listas de asistencia, en su caso, las fotos que existan respecto a su paso por dicha maestría, en fin, ubicarlos en un aspecto real dentro de todo el proceso académico. Desde luego, que no se pone en duda que una maestría o doctorado se haya impartido, sino que a alumnos regulares les incorporen alumnos “fantasmas” y que en el paquete se encuentran alumnos ordinarios y alumnos que ni los conocieron.

Desde luego que la presente no es una denuncia, por eso, la única finalidad es llevar a la reflexión, que puedo estar en una falsa apreciación de la realidad y consecuentemente dejo que sea la experiencia de cada quien lo que les indique qué realidad acontece en el tema que en este punto abordamos.

Suponiendo sin conceder, lo único que sí puedo afirmar es que se pueden presentar casos de licenciados en Derecho que no tengan una formación consistente en la materia penal que le permita llevar a cabo una defensa adecuada.

2. Nuevo modelo de capacitación

Se deben unificar los criterios de capacitación a escala nacional, si bien es cierto, las legislaciones tienen sus particularidades, las destrezas, técnicas y habilidades son únicas y se deben desarrollar tomando en cuenta las particularidades de los educandos.

Además, no se puede seguir con el modelo tradicional de estudio, exposición, polémica y discusión de los temas, sino al menos, en el caso concreto, se debe hacer simulaciones, prácticas, ejercicios, etc. Es decir, se debe privilegiar lo pragmático y dar por sentado que la teoría los alumnos ya la tienen.

En cursos diversos que hemos tenido, organizados tanto por el Departamento de Estados de Estados Unidos, como por USAID, a través de la embajada de Estados Unidos en México, hemos tenido interesantes capacitaciones. Llama la atención que no siguen el viejo modelo de capacitación, es decir, en el campo del Derecho, en México, es frecuente que el maestro se ponga al frente del grupo, explique el nuevo modelo de justicia, pasa videos de cómo son las audiencias, las explica, da sus puntos de vista, la actividad de los alumnos es el tener participaciones que pueden consistir en aportar algo o realizar preguntas, pero, en general, los alumnos siguen en su lugar impávidos. Con la tendencia de las personas de Estados Unidos, sus cursos son de práctica, de práctica y de práctica; reitero, en algunos casos, nosotros en el sistema de enseñanza tradicional, nos la pasamos discutiendo si el término procesal jurídico correcto es ayuda de memoria o refrescar memoria, cuando en fin, lo importante es el ejercicio y le llamaremos como lo indica nuestra normatividad.

Sin embargo, lo sabemos, lo conocemos pero no cambiamos, es difícil, es complicado, el pasado tradicional nos jala, y el futuro de vanguardia lo vemos lejos, debemos cambiar a un modelo de capacitación por competencias.

3. Código uniforme de consulta académica

En ese orden de ideas, se debe generalizar para las personas certificadas por SETEC, que deben tomar como punto de partida para sus clases lo establecido en el proyecto de código modelo del Proceso Penal Acusatorio elaborado por CONATRI (Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia A. C.).

No cumplir lo anterior, tendría que representar el no renovar la certificación, pareciera “rudo”, pareciera que atente contra la libertad de cátedra o incluso de expresión, pero no, finalmente las personas tienen derecho a utilizar como bibliografía obligatoria cualquier código, libro u opinión, pero no estaría obligada SETEC a respaldar con su certificación.

4. Capacitadores certificados

Así como se aplaude que SETEC haya organizado a sus capacitadores certificados tomando en cuenta si lo fueron por medio de exámenes o por méritos, y de esta forma, le den oportunidad a quien revise la documentación, que tenga elementos para su valoración, también creemos imperioso que se establezca la carrera o carreras de las personas certificadas, si todos son licenciado en Derecho o existen psicólogos, médicos, etc., etc., para seguir reforzando los perfiles, más aún, se debe considerar el colocar un resumen ejecutivo de sus actividades, formación, preparación y actualización sobre los temas que nos ocupan, para de esta forma el listado sea cada vez sólido.

Esta cuestión nos ha hecho mucho daño, debemos enfocar nuestros esfuerzos en buscar un México mejor, un país de leyes, fomentar una cultura de la legalidad, pero desde luego debe partir de nuestras leyes.

Tengo la percepción que algunos están entusiasmados, motivados y, sin embargo, algunos detractores sin sustento, sin fundamento y sin argumento tratan de desestimar los alcances de este nuevo modelo de justicia. No se trata de que todos estemos en pro, no se trata de obligar a nadie, pero tampoco se trata de sólo criticar sin aportar.

5. Certificación de servidores públicos

Si se quiere que funcione el nuevo modelo de justicia se debe impulsar el certificar a todos los servidores públicos que intervendrán y colegiar a todos los abogados que litigarán en tal sistema, de lo contrario ocurrirá que el mundo de la improvisación hará acto de presencia.

Sólo podrán participar los jueces, ministerios públicos y la defensa que estén togados, lo que nos desprenderá que dicha indumentaria fue impuesta una vez que lograron la certificación o la colegiación en su caso.

Se sugiere que sólo puedan intervenir los abogados particulares que estén colegiados y de esta manera el colegio refrendará y establecerá que su afiliado está en condiciones jurídicas, técnicas y éticas para intervenir.

Guardando todas las diferencias del caso, para los jueces y operadores de este nuevo sistema, se debe contabilizar oficialmente el número de audiencia en las que interviene y además hasta por horas.

Desde luego que la certificación también debe incluir a los Defensores Públicos o también llamados de oficio.

Se debe incluir una revisión integral de la documentación de todos los documentos, como puede ser, en el caso de los hombres, la Cartilla del Servicio Militar Nacional.

6. Colegiación de los litigantes

En el apartado de Licenciado en Derecho hemos establecido que es importante que se empiece a poner orden respecto a los operadores jurídicos, desde luego, que presumimos que si tiene título y cédula, tiene los conocimientos jurídicos, pero en específico, consideramos que deben existir filtros fuertes donde no sólo el documento como tal le permita intervenir, sino un respaldo de estar afiliado a un colegio.

Un término que ha entrado en moda jurídica es el de certificación, consideramos que el “abaratamiento” de dicho término debe finalizar, al menos por lo que hace a la seriedad, hasta donde entiendo no existe a nivel país, una oficina certificadora que establezca que un servidor público tiene las destrezas y habilidades para dicha actividad.

Hasta el momento, la certificación de SETEC es para ser capacitador certificado (docente), pero no significa que es para intervenir en las audiencias públicas.

Si no se selecciona a los operadores adecuados, se corre el riesgo de perder el objetivo del proceso acusatorio adversarial. Asimismo, corremos el riesgo de que ahora se filtren abogados, licenciados en Derecho como lo pide la constitución y las leyes secundarias pero, no conozcan las destrezas y habilidades del litigio del nuevo modelo de justicia y entonces lo que harán es practicar directamente en la audiencia, cuando de suyo, se deben tener acreditados determinados cursos.

En el caso de la colegiación ocurre lo mismo, se afirma pero no me consta que en un estado están contentos, porque servidores públicos y postulantes encontraron la “cuadratura al círculo” y las “bondades” de este modelo de justicia cuando en un principio no lo aceptaban, porque saben que si el sujeto confiesa los hechos aunque no haya intervenido en ellos, obliga a un procedimiento abreviado, y que el asunto se lleve a cabo sin necesidad de llegar a juicio oral, y por lo tanto, se le sentenciara con lo que se tiene, pero si el Ministerio Público no hizo mucho, pues se corre el riesgo de no condenar o condenar con una pena baja, lo anterior, entre muchos aspectos cuestionables desde el punto de vista ético.

Desde luego que a la fecha ya existe la idea de la colegiación obligatoria, en su momento los senadores Santiago Creel Miranda, Pedro Joaquín Coldwell, Jesús Murillo Karam y Alfonso **Sánchez** Anaya enviaron al Presidente de la Mesa Directiva de la Cámara de Senadores de la LXI legislatura, con fundamento en el artículo 71, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la iniciativa de reformas, adiciones y modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se destaca dentro de su exposición de motivos lo siguiente:

Una de las funciones del Estado, es la de asegurar a la población que, cuando acuda a solicitar los servicios de un profesionista, obtenga una prestación de calidad y conforme a los parámetros de conducta ética y profesional que rigen cada profesión.

[...]

La expedición de los títulos profesionales, tradicionalmente se ha vinculado a los estudios formalmente cursados en las instituciones educativas autorizadas para tal efecto; sin embargo, en la actualidad, en algunos casos, es posible obtener tales títulos por procedimientos diferentes, como son la adquisición de conocimientos y experiencias por medio de la práctica, sin haber cursado estudios en programas reconocidos. Asimismo, dado el uso de nuevas tecnologías y herramientas, los estudios se cursan por sistemas abiertos o conducidos a distancia, lo cual implica una mayor dificultad en la evaluación de la calidad de los conocimientos que poseen las personas que obtienen sus títulos de esa forma.

[...]

Una de las vías que históricamente se ha utilizado en nuestro país para lograr la seguridad y certidumbre que se pretende respecto de la correcta prestación de los servicios profesionales, es la colegiación de los profesionistas, la cual ha existido en México desde la segunda mitad del siglo XVIII; por ejemplo, en la prestación de servicios médicos, se ha dicho que la colegiación obligatoria es un derecho del paciente y una obligación para el médico, según considera la Asociación Europea de Médicos de Hospitales.

[...]

Los colegios de profesionistas no sólo buscan la consecución de fines estrictamente privados, lo que podría conseguirse con una simple asociación civil, sino que también pretenden garantizar que el ejercicio de la profesión de que se trate, se ajuste a las normas o reglas que aseguren, tanto la eficacia en la prestación del servicio profesional, como la eventual responsabilidad en caso de un ejercicio profesional indebido.

La colegiación necesaria, legal, universal y obligatoria cierra el círculo virtuoso de la adecuada prestación de un servicio profesional. En este sentido, los colegios de profesionistas se convierten en un instrumento para el mejor desarrollo de la persona y del orden social en general.

[...]

En efecto, la colegiación obligatoria debe establecerse en vista de la necesidad de proteger, en primer lugar y de manera principal, el interés colectivo sobre el interés particular, ya que resulta indiscutible que se requieren profesionistas adecuadamente formados, sujetos a una normatividad que regule claramente su actividad profesional y a una entidad que supervise el correcto desarrollo de su actividad profesional.

[...]

Cabe destacar que una gran parte de los Estados que integran la comunidad internacional ya contemplan la colegiación obligatoria, como son, a título de ejemplo, España, Francia, Inglaterra, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Panamá, Brasil, Argentina, Perú y otros más.

[...]

Considerando lo expuesto, la iniciativa de ley reglamentaria que se presentaría en su oportunidad, contendría los siguientes lineamientos:

[...]

- Se determinaría que son instrumentos habilitantes para el ejercicio profesional de estas profesiones, el título profesional o el diploma de especialización. Al respecto, sería necesario precisar que, dada la enorme y variada oferta educativa, que no solamente se brinda por instituciones oficiales, **sino por instituciones privadas, muchas veces orientadas por razones de mercado, el señalamiento preciso de estos instrumentos tendería a prevenir engaños, evitando que una persona pudiera acceder a la prestación de los servicios profesionales por vías distintas, menos rigurosas en las exigencias de preparación.** Esto, por otra parte, no afectaría la posibilidad de que se obtuviera otro tipo de conocimientos o se alcanzaran otros grados académicos, pues ello quedaría en un ámbito no regulado.
- Se exigiría que, para el ejercicio profesional, además de la obtención del título o diploma de especialización correspondiente, el interesado tendría que afiliarse a un colegio de profesionistas reconocido, cuyas bases mínimas de organización se determinarían en la ley. Para tal efecto, los colegios de profesionistas serían considerados como coadyuvantes de la autoridad en relación con las funciones de registro y vigilancia del ejercicio profesional, al ser los profesionistas de cada rama quienes conocerían y podrían establecer cuáles serían los conocimientos pertinentes y las mejores prácticas para el ejercicio de cada profesión.
- Se condicionaría el ejercicio profesional de aquellos profesionistas que no ejercieran de manera constante e ininterrumpida su profesión o especialidad, a la actualización de los conocimientos y al refrendo periódico de la cédula profesional, mediante la certificación que pudiera ser otorgada por los colegios o instituciones autorizados para ello, que garantizaran la aplicación de procedimientos objetivos e imparciales de evaluación.
- Se instituiría el Registro Nacional de Profesiones, con la finalidad de que la autoridad federal del ramo pudiera coordinar la actividad de todas las entidades federativas, que tendrán competencia para la aplicación de la ley, a fin de organizar, mantener actualizado y operar dicho registro, a través del cual se podría informar a la sociedad, las profesiones que serían objeto de regulación, las instituciones autorizadas para la emisión de los títulos o diplomas correspondientes y los profesionistas que los

hubieren obtenido. Asimismo, se registrarían los certificados que refrendaran la cédula y los actos relativos a la conducta profesional de quienes hubieren sido autorizados.

- [...]
- *Por otra parte, se institucionalizaría el Consejo Nacional de Certificación Profesional, dando sustento jurídico a lo que por la vía de un acuerdo administrativo tiene ya existencia. Este órgano tendría la misma función que ya le ha sido asignada, consistente en el reconocimiento de las instituciones facultadas para expedir certificaciones. Asimismo, se establecerían las bases mínimas para dicha certificación, dejando que sean las propias instituciones certificadoras de cada profesión, las que determinen los contenidos y procedimientos específicos, pues son las modalidades y exigencias de cada profesión las que deben propiciarlos.*

Llama la atención, que se vislumbra que algunas instituciones privadas, movidas por cuestiones económicas, puede ser que no tengan el rigor académico y, por lo tanto, se hace necesario la colegiación; sin embargo, se corre el riesgo que las mismas escuelas formen sus colegios y, entonces, caeríamos en un círculo vicioso que se debe erradicar.

Más aún, consideramos que además de las sanciones administrativas y penales que debe ser objeto la persona que de manera engañosa obtuvo la licenciatura, la maestría o el doctorado, se le debe retirar dicha documentación, porque no se puede convalidar con la entrega del título y la cédula el acto, y qué decir de la escuela y sus directivos los cuales deben tener sanciones ejemplares, ello, porque si no se empiezan con medidas contundentes, no se va a lograr tener profesionistas de excelencia.

Retomando la exposición de motivos, la iniciativa que se sometería a consideración por parte de la Cámara de Senadores es la siguiente:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMA EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SE ADICIONA UN TERCER PÁRRAFO AL MISMO ARTÍCULO; SE MODIFICA EL OCTAVO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 28 CONSTITUCIONAL, E IGUALMENTE SE ADICIONA LA FRACCIÓN XXIX-P AL ARTÍCULO 73 DE LA PROPIA CARTA MAGNA.

PRIMERO. Se reforma el segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y se adiciona un tercer párrafo al mismo precepto, para quedar como sigue, recorriéndose el orden de los párrafos siguientes:

“Artículo 5

El Congreso de la Unión expedirá una ley general que determine las profesiones que requieran título y colegiación para su ejercicio, así como los términos y condiciones para el funcionamiento de los colegios profesionales y establecerá las bases de coordinación entre la Federación, los Estados y el Distrito Federal.

Las profesiones que no requieran colegiación profesional, serán reguladas por la ley que cada entidad federativa emita, la cual determinará cuales son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deben llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.”

SEGUNDO. Se reforma el octavo párrafo del artículo 28 constitucional, para quedar como sigue:

“Artículo 28.

No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses, *los colegios profesionales a que se refiere el artículo 5 de esta constitución* y las asociaciones o sociedades cooperativas de productores para que, en defensa de sus intereses o del interés general, vendan directamente en los mercados extranjeros los productos nacionales o industriales que sean la

principal fuente de riqueza de la región en que se produzcan o que no sean artículos de primera necesidad, siempre que dichas asociaciones estén bajo vigilancia o amparo del gobierno federal o de los estados, y previa autorización que al efecto se obtenga de las legislaturas respectivas en cada caso. Las mismas legislaturas, por sí o a propuesta del Ejecutivo podrán derogar, cuando así lo exijan las necesidades públicas, las autorizaciones concedidas para la formación de asociaciones de que se trata.”

TERCERO. Se adiciona la fracción xxix-P al artículo 73 de la propia Carta Magna, para quedar como sigue:

“Artículo 73

xxix-P. Para expedir leyes que establezcan la concurrencia entre la federación, los estados, municipios y el Distrito Federal, en materia de colegiación obligatoria para el ejercicio profesional.”

TRANSITORIOS

Primero.- El presente decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

Segundo.- El Congreso de la Unión deberá expedir la ley reglamentaria en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este Decreto.

En la sede del Senado de la República, a los diecinueve días del mes de octubre de dos mil diez.

V. OPERADORES JURÍDICOS

1. Jueces

Es importante establecer como en las audiencias reales de juicio oral que ya se han llevado a cabo en este país, algunos jueces abusan de escribir, consideramos que se debe clarificar este punto y además consensar criterios para evitar este tipo de distractores.

2. Autonomía del Ministerio Público

Consideramos que mientras la Institución del Ministerio Público no se independice y logre ser un órgano autónomo, no se obtendrán los resultados esperados, es uno de esos aspectos curiosos donde prácticamente existe un consenso en este tema y sin embargo, no se hace nada. Dejo solo como una reflexión esta afirmación, cada quien tendrá que sacar sus propias conclusiones surgidas de sus experiencias.

3. Policía única

Se debe considerar la implementación de una policía única, lugares como Colombia, España, Francia y Chile han sido una de las premisas para el funcionamiento del modelo de justicia por audiencias públicas. Además, debe existir un sueldo digno para los operadores de este nuevo modelo de justicia, el grado de preparación y capacitación es muy fuerte, y qué decir de los exámenes de control de confianza, pues en automático, debe considerarse mejoras en sus ingresos, en sus prestaciones, en fin, en su calidad de vida. El grado de atraso académico y económico de algunos policías nos permite establecer que se debe reforzar este tema.

Premisa fundamental es que ahora sí, de manera formal y proyectada, la policía ministerial o de investigación haga exclusivamente esta función, y que la policía preventiva precisamente cumpla dicha responsabilidad; el patrullaje, bajo cualquier justificación que no sea legal, de los elementos investigadores, los distrae de sus actividades señaladas en la Constitución.

Reiteramos, es importante canalizar a los policías de investigación, precisamente a dicha actividad no se les debe asignar funciones administrativas, además, este mecanismo de que la calle sea su oficina se debe revalorar.

Asimismo, se deben realizar estudios por profesionales que primero orienten a las procuradurías sobre los mejores mecanismos de administrar recursos humanos, segundo, proyectar diversos horarios que permitan no descuidar la función encomendada, y que los elementos tengan los descansos correspondientes y, por último, reforzar aspectos de prestaciones de los policías.

En septiembre de 2011 se estableció que los policías estatales de Aguascalientes son los que tienen el sueldo más alto según el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública de la Secretaría de Gobernación. Sus ingresos mensuales son de 18 173 pesos, y los salarios más bajos los tienen los policías de Quintana Roo con 4 894 pesos. No es entendible cómo con estos últimos ingresos se pueda tener una calidad de vida digna. Ahora bien, los datos, entiendo, son de los policías estatales, pero los de los municipales, su pago es más bajo aún.

Los policías en el lugar de los hechos o lugar de hallazgo, son quienes están tomando la “batuta”, los ministerios públicos en caso de acudir, se afirma, pasan a formar parte de los testigos, se desprende que deben ser unos investigadores muy preparados, muy actualizados y con conocimientos profundos de la criminalística.

Tendremos que reorganizar las funciones en el Distrito Federal en caso de que se decida por la fórmula de que sea el policía el que lleva a cabo las diligencias en el lugar de los hechos. De esta forma legalmente se deben tomar en cuenta las nuevas funciones de algunos peritos. No se olvide que en el Distrito Federal son más de mil, y que si bien es cierto, existen áreas tan especializadas que en ese tenor no sufrirán modificaciones, existirán otras, que es factible que sí, desde luego, sin demeritar el trabajo de nadie, el sacar una foto, con las exigencias legales, es algo que es posible que un policía realice, pero hacer labores de laboratorio, no.

4. *Oficiales secretarios del Ministerio Público*

En el Distrito Federal a la fecha existen aproximadamente 2 500 oficiales secretarios del Ministerio Público, los cuales no tienen nombramiento de Ministerio Público. Sin embargo, en el nuevo modelo de justicia no están contemplados, legalmente no tendrían función alguna, serían una especie de asistentes administrativos, no obstante, dada la experiencia, formación, preparación y requisitos de ingresos y promoción de dichos servidores públicos, consideramos que se les puede aprovechar mejor. Por ello, creemos que debe crearse otra especie de Ministerio Público, a la fecha existe el Ministerio Público, el Ministerio Público Supervisor, el Responsable de Agencia, el Fiscal, el Subprocurador y el Procurador, por lo tanto debe ser un Ministerio Público Adjunto.

Luego entonces, todavía no se conoce que sucederá con ellos, con su nueva función, con su nueva actividad, seguramente las autoridades del Distrito Federal, ya deben tener un proyecto laboral, es posible que ganando lo mismo (por cuestiones presupuestales) los incorporen como ministerios públicos "adjuntos", se tiene la fortuna en el Distrito Federal, que hace aproximadamente una década, se regularizó el hecho de que prácticamente todos los oficiales secretarios tuvieran la carrera de licenciado en Derecho (algunos trunca). Por lo que es factible que de aproximadamente 2 500 servidores públicos con este nombramiento (números cerrados) un poco más de mil se encuentren titulados. El problema a afrontar y resolver son las funciones y responsabilidades de los que no estén titulados.

5. *Peritos*

Respecto a los peritos, en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal existe una población de poco más de mil peritos, los cuales tienen muchas inquietudes y preguntas respecto a su verdadera y real participación en este nuevo modelo de justicia. Se tiene la percepción que no se les han dado las capacitaciones necesarias, los han soslayado.

Una de las interrogantes más importantes que existen es respecto a la especialidad de criminalística, toda vez que las leyes están dando este papel a los policías de investigación o ministeriales, cuestión que, por cierto, consideramos es un desacierto en el caso de la república mexicana, porque si bien es cierto, en otros países, su tradición y formación es

que los policías sean los que intervienen en el lugar de los hechos o del hallazgo (en alguna literatura conocido como escena del crimen), al grado que son los que además de observar y preservar dicho lugar, también hacen labores de levantamiento, embalaje, etiquetado y traslado a las oficinas y laboratorio; sin embargo, en el caso nuestro, tenemos expertos en esa materia que son peritos, si en otros países no tienen estos peritos con las funciones citadas, pues desde luego que se justifica que los policías sean los que hagan dichas actividades, pero, si nosotros si tenemos, que razón lógica tiene el excluirlos y asignarle estas funciones a policías que no fueron formados ni capacitados para tal cuestión.

La problemática anterior no se presenta con los peritos que es necesaria cierta formación profesional para su actividad como la de los biólogos, químicos, médicos, etcétera.

No quiero dejar pasar por alto que a escala nacional (en los estados) tengo la impresión, que existe una impresionante improvisación de los peritos. Puede ser que tengamos casos que incluso su nivel académico sea deficiente, además que, es posible que, en virtud de que el sistema correspondiente era muy permisivo, se presenten casos donde el perfil, el ingreso, actualización sean muy deficientes, es más, es posible que existan peritos con nombramiento que su formación nada tiene que ver con su especialidad. Pero en fin, esta cuestión le corresponde a otra oficina depurarlos, corroborarlos, y en su caso, tomar las medidas correspondientes como el hecho de formarlos, prepararlos, capacitarlos y actualizarlos. Esta es una de las bondades de este nuevo modelo de justicia, que no sólo se queda en el nombramiento del servidor público, sino en su preparación.

V. JUICIOS ORALES

1. El mito de los juicios orales

En un curso taller sobre cadena de custodia que se llevó a cabo en Puerto Vallarta Jalisco, los días 17 y 18 de mayo de 2012, José Esquivel Junior, Fiscal Federal de Estados Unidos de América, comentó que sólo aproximadamente 3% de los casos llegan a juicio oral, siendo que Carlos Acosta, Fiscal Estatal del país mencionado, precisó que por lo que hace a sus ámbitos de competencia, sólo 5% tienen ese destino.

Sin cansar con datos estadísticos, he de manifestar que en los estados donde ya se lleva a cabo este modelo de justicia desde luego que no están dentro de estas cifras.

2. Retomar temas

Como una cuestión curiosa, es interesante ver cómo hemos soslayado de manera importante la fase de investigación y la intermedia, llama más la atención la fase de juicio oral o debate.

Si tomamos en cuenta que se espera que de 3% al 5% de los hechos que se hagan del conocimiento del Ministerio Público llegue a juicio oral, la restante cantidad de asuntos se quedarán en la fase de investigación y la intermedia (o de preparación del juicio oral), sin embargo, estos últimos temas, considero, no se les ha dado el lugar tan importante en este nuevo modelo de justicia, lo cual se traduciría en cursos y talleres.

3. Cadena de custodia

Relacionado con el tema de la cadena de custodia, el suscrito le preguntó a los instructores de un curso llevado a cabo en Puerto Vallarta, Jalisco, los días 17 y 18 de mayo de 2012 (José Esquivel Junior, Fiscal Federal; Carlos Acosta, Fiscal Estatal; Chris Mendoza, Policía de Investigación, y Miguel Ramírez, policía de Investigación, todos ellos en funciones en Estados Unidos de América), si en dicho país la idiosincrasia de la ciudadanía respeta el lugar de los hechos o del hallazgo, y para clarificar mi pregunta les indicaba que en este país, en específico en el Distrito Federal, cuando una persona perdía la vida de manera violenta, y se encuentra en un lugar público (o hasta en su casa) los vecinos le ponen una sábana blanca (hasta en los lugares más alejados siempre se encontrará una sábana blanca), en ocasiones, le ponen veladoras “al difunto” y, en otros casos, además de lo anterior, hasta se encuentran haciendo rezos de cuerpo presente; la respuesta fue interesante, se indicó que no tienen esas “costumbres fúnebres”.

Lo anterior es un reto a superar, es decir, sensibilizar a la ciudadanía y a los medios de comunicación de tal manera que los primeros por las vías y canales correspondientes puedan ser informados, y los segundos, garantizarles su derecho a la información, que

en ese momento dejen trabajar a los especialistas, porque de lo contrario, el lugar se contaminará y se dificultará encontrar al imputado, y además el objetivo de la cadena de custodia, no sólo es que a partir de que llegó la autoridad puedan los eslabones ser debidamente precisados, sino que se garantice que el sitio no fue modificado y que exista una verdadera preservación y conservación del lugar tal como lo dejó la persona que cometió la conducta que se investiga.

VI. DAÑO COLATERAL

1. Estigmas constitucionales

Dentro de estas reformas constitucionales, sutilmente se introdujo al artículo 123 una modificación muy preocupante, la cual dentro del mundo del derecho, de los constitucionalistas, de los expertos en derechos humanos, debió ser sometido a debates fuertes; sin embargo, a la fecha no ha pasado nada.

Me estoy refiriendo al punto donde dice:

xiii. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se registrarán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. *Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.*

Las autoridades del orden federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, a fin de propiciar el fortalecimiento del sistema de seguridad social del personal del Ministerio Público, de las

corporaciones policiales y de los servicios periciales, de sus familias y dependientes, instrumentarán sistemas complementarios de seguridad social.

Dicho numeral hasta al más experimentado lo debe ruborizar; es increíble, es inconcebible, el estigma, la marca, el señalamiento a determinados servidores públicos.

El que se encuentre en la Constitución, no significa que no atente en contra de los más elementales aspectos sobre los temas de derechos humanos, de derechos fundamentales.

En dicho numeral se hace mención de agentes del Ministerio Público, peritos y miembros de las instituciones policiales. Me queda claro la trilogía de investigación a nivel averiguación (se incluyen todas las policías, no sólo la investigadora). Es interesante que se haya hecho caso omiso a las autoridades que intervienen dentro del proceso penal como lo puede ser los jueces penales, los magistrados, los defensores de oficio, etc., más aún, se soslaya también el caso de los servidores públicos del sistema penitenciario, me queda claro, que no fue un olvido, sino se consideró que dichas autoridades no podrán ser separados de sus cargos a pesar de que no cumplan con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, y que en caso de ser removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones, se puede ordenar su reinstalación, claro, entiendo y no es sarcasmo, porque se presume su probidad, desde luego, que esto último es válido, es correcto, es justo, no se trata de decir, "como a los ministerios públicos, policías y peritos, les vulneran sus derechos de dignidad más elementales, entonces, también incluyan al poder judicial u a otros servidores públicos", desde luego que no, lo que esperemos que se haga a la brevedad, es que se realice una verdadera discusión sobre el tema y consecuentemente sea modificada dicha redacción en la Constitución.

La sociedad no se va a pronunciar a favor de quitar este estigma a los ministerios públicos, a los peritos y a los policías, por la triste fama, en ocasiones por la animadversión que le tiene a las procuradurías, pero, esta cuestión es de elemental justicia y no de arbitrariedades constitucionales.

El problema no es que sean separados o removidos del cargo, eso es claro y hasta válido, desde luego, previo procedimiento de responsabilidad; lo preocupante es que el documento constitucional dice que si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho sin que en ningún caso proceda a su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido. Este artículo, es y seguirá siendo un lastre, una vergüenza en la lucha de los derechos laborales de las personas, desde luego que aprovecha una fama (bien o mal ganada) de servidores públicos en estos ámbitos. La sociedad en términos generales no tiene una buena opinión de los ministerios públicos, de los policías y de los peritos, pero el estigma que hace la ley fundamental es vergonzoso, la lógica se impone, el derecho ha sido mancillado, en cualquier lugar, en cualquier contexto, si una persona no cometió, no hizo lo que se le atribuye, pues lo que procede es su reinstalación.

Si este artículo surgió de aquellos servidores públicos deshonestos que por deficiencias legales, y porque la autoridad sancionadora no cumplía con el debido procedimiento y fundamentación, llegando al extremo de la nulidad de actuaciones y la reinstalación, pues en vez de justificar el mal trabajo, lo que debe imperar es que las autoridades sancionadoras hagan bien su trabajo, funden y motiven las sanciones.

No se debe permitir que nuestra Constitución, que tiene sangre de mexicanos que lucharon por ella, se vea mancillada por personas que una vez que mostraron su incapacidad de trabajo, busquen que la Constitución les supla sus deficiencias.

Entiendo que si a un servidor público deshonesto o que no cumplió con el código de conducta que entre otros, establece el artículo 47 de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, se le aplicó como sanción la destitución, y si la causa fue

acreditada y además se le cumplió el debido proceso, aunque el servidor público interponga los recursos que en ley tiene derecho, no estará en condiciones de obtener la nulidad de dicha resolución y, por lo tanto, no se reinstalará.

Cuando esa bella dama llamada Constitución es violada en su esencia, en su finalidad, en su aspecto teleológico, entiendo que quien la defiende es un caballero llamado juicio de amparo; sin embargo, con la redacción del numeral que nos ocupa, le amarraron las manos, no la puede ayudar.

No se puede alegar que dicho numeral es inconstitucional porque precisamente esta en la Constitución, la otra alternativa que tenemos es hacer eco de la nueva redacción del artículo primero de la Carta Magna, que posibilita el hecho de hacer valer instrumentos internacionales relacionados con los derechos humanos; el objetivo en todo momento es restablecer una tradición jurídica donde impere la razón, la justicia y el derecho.

2. Extinción de domino

En Chihuahua anuncian en el mes de junio de 2012 que aplicarán su primer caso de extinción de dominio. Cuando en Colombia inició, por miles se contaban los bienes afectados bajo tal figura e incluía aviones, barcos, edificios, dólares, empresas, acciones de propietarios de equipos de futbol, vehículos, etcétera.

La Procuraduría General de la República, del 16 de marzo de 2011 al 25 de octubre de 2011 (si tomamos en cuenta el número consecutivo) tiene 24 trámites de extinción de dominio.

En el Distrito Federal hasta el 9 de diciembre de 2011 se presentaron 105 procesos ante el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal que representan un valor de 612 millones de pesos, de los cuales se han resuelto 18 sentencias de forma definitiva.

Nos debe quedar claro que entendemos que el Distrito Federal es el más avanzado en esta materia, sin embargo, por mucho, no se acerca a las cifras planteadas en el país de origen. Varios factores se pueden considerar, como puede ser el caso de nuestra inexperiencia,

otro aspecto a considerar es que no existe ni el personal ni la infraestructura necesaria para sostener miles de procesos ante los jueces especializados en extinción de dominio, entre otros.

Por cierto, existe una tendencia para aplicar la extinción de dominio, prácticamente en todos los casos en inmuebles, y en menor medida vehículos y dinero, sin embargo, es limitar la fuerza de dicha institución, creemos que no se ha explotado en sus términos los alcances de la misma.

Con respecto a bienes muebles que no tengan un valor muy importante, se debe legislar de tal manera que los candados y requisitos no sean tan onerosos, porque a la fecha, resulta ser más caro el trámite que el bien, y por lo tanto, genera desestimar tal aspecto.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, hasta junio de 2012, establece que procederá la extinción de dominio en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, lo que genera preocupación y hasta suspicacia. No es comprensible, entendible ni justificable, que no se hayan considerado todos los delitos que generan un incremento de patrimonio de los sujetos activos. Me explicaré, prácticamente en el Distrito Federal, y en el país, la conducta que más daña por su frecuencia es el robo. Se puede afirmar de manera muy general que de diez conductas que se denuncian siete y hasta ocho se relacionan con el robo, y sin embargo, no se contempla en la extinción de dominio. Asimismo, el fraude que en ocasiones alcanza cifras escandalosas, tampoco se tomó en cuenta, y qué decir de la extorsión una conducta tan actual sobre todo por aquellas famosas llamadas que se hacen para coaccionar la voluntad de las personas, exigiéndoles depositar ciertas cantidad de dinero; tampoco son consideradas aspectos como el cohecho, que si bien es cierto no es un tipo penal patrimonial, sino que vulnera el debido y adecuado servicio público, se asocia al incremento del patrimonio de un sujeto y la disminución del otro.

VII. UN CASO PARTICULAR

1. El Distrito Federal

En el caso del Distrito Federal, sería importante que en algún momento un especialista busque esta información; cuando un agente del Ministerio Público decide ejercitar acción penal con detenido ante un juzgado penal, la posibilidad de que se ratifique de legal la detención y que el sujeto sea procesado, es muy, pero muy alta en relación a los asuntos que se consignaron sin detenido, es decir, las objeciones que se realizan de asuntos sin detenido es muy superior a los que se realizan sin detenido. Existen leyendas urbanas que establecen que los juzgados penales al ser pocos en relación al número de agencias del Ministerio Público y su capacidad en proporción a la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tienen que tomar medidas que generen un equilibrio en su carga de trabajo. Para ello, no permiten que el número de asunto en instrucción supere de manera importante al personal que está destinado en los juzgados, cierto o no, desde luego que lo anterior no lo puedo afirmar, pero en su caso, se debería buscar los números y las cifras; lo que sí es interesante, es que un mismo Ministerio Público, los asuntos que consigna con detenido, por mucho, tiene mejores resultados que los que consigna sin detenido. Dato curioso o interesante.

Lo anterior, entiendo, es poco serio, pero me sirve para ilustrar la carga de trabajo no sólo en los tribunales, sino que en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a la fecha, aproximadamente se inician al día 500 averiguaciones previas, lo que implica un aproximado de 15 000 al mes. Desde luego que no todas son relevantes para el derecho penal, no todas son consignadas, pero todas se iniciaron y en todas varios servidores públicos fueron distraídos para su atención.

En términos concretos, en el mes de marzo de 2012 en el Distrito Federal fueron iniciadas 17 663, lo cual nos da un promedio diario de 569.8, siendo que del fuero común fueron 16 078 y del fuero federal 518.6.¹

¹ Datos publicados en la página de Internet de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Tan sólo en Iztapalapa con una población en el **año 2010**, de 1 815 786 habitantes² se iniciaron 2 646 indagatorias, con un promedio diario de 85.35. Si se toma el número de averiguaciones previas por cada 10 000 habitantes, Iztapalapa no sería el primer lugar sino Cuauhtémoc con 2 437, con un promedio diario de 78.61.

Ante estos números, se hace importante considerar estas cifras para efectos de proyectar personal, infraestructura, y además, debe existir físicamente por cada delegación, una sala de audiencias incluyendo, desde luego, la de juicio oral.

2. Reflexiones finales

En fin, esperemos que a corto y mediano plazos, ahora sí empecemos a darle la importancia que reviste tal tema. Desde luego, existen voces importantes detractores de este modelo de justicia, yo lo único que pediría es que se le dé la oportunidad de mostrarse y que si da resultados estoy cierto, se quedará, de lo contrario, estará tocando retirada, pero no a priori descalifiquemos, porque quizás y solo quizá, a algunos, este nuevo modelo de justicia nos quita el “principio de confort o de comodidad”, y es más fácil seguir haciendo lo que por años realizamos aunque no funcione. Asimismo, en los procesos educativos también es más cómodo, por raro que parezca, tomar el control prácticamente absoluto de los temas y de las clases que darles a los alumnos la posibilidad de ir mostrando sus potencialidades y su capacidad de trabajo.

Tenemos todo, absolutamente todo para salir adelante en todos los aspectos, solo nos falta ser organizados, ser unidos, ser solidarios. El precio que hemos pagado por estar desunidos en pleitos y conflictos como país, como sociedad ha sido muy grande, lo menos que nos ha pasado es perder prácticamente 3 millones de kilómetros cuadrados, cuánto daño nos han hecho, discursos de que somos más los buenos que los malos, que somos un país solidario, etc., etc., creo que ha llegado el momento de no ser negativo, sino realista y empezar la marcha ascendente como sociedad.

Comprendo que dentro del presente, hago propuestas que a su lectura parecen ser muy radicales, que parecen exageraciones, como la forma de abordar los delitos de querrela o

² INEGI, Censo de Población y Vivienda 2010.

los tipos culposos, ruego el beneficio de la duda, con la esperanza que al menos merezcan un análisis y reflexión y que no se desestimen de manera automática bajo el argumento que parecen aberraciones jurídicas.

Ha llegado el momento de que los simuladores del derecho (tal como los nombró el doctor Ignacio Burgoa Orihuela), dejen de hacer tanto daño a esta noble profesión, tienen la habilidad de hacer creer que saben; históricamente, la normatividad nos está dando una herramienta, está en nosotros saberla utilizar.

Mientras no pasemos del discurso, mientras no nos atrevamos a realizar verdaderos cambios y modificaciones, mientras no exista un verdadero compromiso, mientras no actuemos con ética y lealtad; no lograremos el objetivo buscado que es una mejor justicia, que nos conlleva a un estado de derecho dentro de una sociedad con paz, armonía y felicidad.

Entiendo que no todo lo asentado aquí se pueda compartir o estar de acuerdo, desde luego la finalidad no es imponer, sino convencer, pero aún, si esto último no lo logramos, con el hecho de crear reflexión sobre algunos aspectos aquí comentados, creemos que podemos decir que cumplimos nuestro objetivo.

Asimismo, quien ha escrito, no me dejará mentir que en ocasiones se hacen comentarios que pueden generar molestia en alguien, sin embargo, no me movió más que el afán de ser claro y nunca el afectar a nadie, a pesar de lo anterior, me disculpo si no tuve tacto o sensibilidad para escribir.

Estoy convencido que el problema de nuestro país no es de leyes, es de personas; tratemos, intentemos, en el ámbito que nos toca desarrollarnos, ser cada día mejor, para que, algún día, llegado el momento donde la luz del camino se apague, podamos decir, parafraseando a Amado Nervo: "Vida, nada te debo, vida, nada me debes, vida, estamos en paz..."

Conductas delictivas,
Pueden empezar,
De manera insignificante,
Como el grafitear. . .

(JGAA 1969-)

BIBLIOGRAFÍA

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*
- *Datos de INEGI en su Censo de Población y Vivienda, 2010.*
- *Datos publicados en la página de Internet de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.*
- *Kelsen, Hans, Teoría general del derecho y del Estado, México, UNAM, 5a. reimpr., 1995.*
- *Kenneth Turner, John, México bárbaro, México, Editorial Época, 1998.*
- *Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, de fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 17 de junio de 2011.*
- *Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, de fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 8 de diciembre de 2008.*
- *Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 8 de enero de 2008.*
- *Ley de Justicia alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal, de fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Gobierno del Distrito Federal el 3 de abril de 2012.*

- *Ley Federal de Extinción de Dominio, de fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de mayo de 2009.*
- *Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores públicos.*
- *Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha de publicación en el Diario Oficial de la Federación el día 30 de noviembre de 2010.*
- *Reglamento de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, de fecha de publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 24 de marzo de 2009.*

CONSIDERACIONES SOBRE LA ETAPA PRELIMINAR O
DE INVESTIGACIÓN EN EL NUEVO PROCESO PENAL MEXICANO

JAVIER GARCÍA GÓMEZ



“Si el hombre fracasa en conciliar la justicia y la libertad, fracasa en todo”.

Albert Camus.

INTRODUCCIÓN

el nuevo proceso penal se estructura a través de tres etapas diferenciadas, cada una de las cuales tiene sus actos procesales y objetivos propios, siendo las mismas: la etapa preliminar o de investigación; la etapa intermedia o de preparación a juicio oral, y la etapa de juicio oral. No obstante, es necesario destacar que la iniciativa de Código Federal de Procedimientos Penales, presentada el 22 de septiembre de 2011, sugiere una clasificación procesal por etapas diferente a la utilizada por la mayoría de las entidades. Así, el artículo 164 de la iniciativa en cuestión menciona las siguientes etapas:

- i. La de investigación inicial, que abarca desde la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente hasta el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes;
- ii. La del proceso, que comprende las siguientes fases:
 - a) La de control previo, que comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control, hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso;
 - b) La de investigación formalizada, que comprenderá desde que se notifique al imputado el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación;
 - c) La intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral, y
 - d) La de juicio oral, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso, y
- iii. La segunda instancia, en que se efectúan las diligencias y actos tendentes a resolver los medios de impugnación.

En este sentido, lo que en el presente trabajo, en coincidencia con la mayoría de los códigos procesales penales de las entidades, será la etapa preliminar o de investigación, en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales será la etapa de investigación inicial y las fases de control previo y de investigación formalizada de la etapa del proceso. Esta clasificación presentada por la iniciativa del código federal obedece, desde nuestro punto de vista, a mantener una estructura similar a la del sistema tradicional, es decir, la averiguación previa coincidiría con la investigación inicial y la de preinstrucción con la etapa de control previo.

Generalmente la etapa preliminar o de investigación resulta ser la etapa más larga de todas, esto en virtud de que en la misma se realiza el mayor número de actos procesales por diversos órganos operadores, como es el caso de la integración completa de la carpeta de investigación, la fijación de las teorías del caso de cada una de las partes y las salidas alternas y los mecanismos de aceleración, en caso de existir, probablemente tengan lugar en esta etapa.

Comparando esta etapa con el sistema de justicia penal tradicional anterior a la reforma, podríamos relacionarla con la etapa de averiguación previa. No obstante, resulta ingenuo señalar que la etapa de averiguación previa tiene el mismo contenido que la etapa de investigación, pues como analizaremos en este trabajo, la etapa de investigación es más compleja y se organiza en parámetros distintos.

Entre las *diferencias medulares que encontramos entre la averiguación previa y la etapa de investigación*, sin ser exhaustivos, encontramos:

- a) La etapa de averiguación previa concluye con la consignación, mientras que la investigación no concluye con la formulación de la imputación o con la judicialización de la investigación;

- b) La etapa de averiguación previa se realiza predominantemente de forma escrita, mientras que la investigación si bien se estructura en su mayoría a través de una carpeta de investigación escrita, también se cuenta con determinadas audiencias que naturalmente son orales;
- c) En la etapa de averiguación previa no se cuenta con la presencia de una autoridad jurisdiccional, mientras que en la investigación el juez de control adquiere un importante protagonismo en la misma;
- d) En la averiguación previa resultan excepcionales las salidas alternas al sistema, mientras que en la investigación las salidas alternas tienen una variedad e importancia significativa y;
- e) Las diligencias realizadas en la averiguación previa poseen validez como medios probatorios, mientras que en la etapa de investigación las actuaciones no cuentan con ningún valor probatorio.

Podríamos conceptualizar esta etapa en los siguientes términos: Es la etapa a cargo, en un inicio, del Ministerio Público de forma autónoma, y una vez que se formalice la investigación, del juez de control, por medio de la cual se obtienen los elementos probatorios que permitan esclarecer los hechos, a través de diligencias de investigación realizadas por la policía, los peritos y el ministerio público, bajo la dirección funcional de este; se garantice el pleno derecho de defensa; se explore la posibilidad de una salida alterna y; se sienten las bases que determinarán el desarrollo del proceso.

OBJETO DE LA ETAPA DE LA INVESTIGACIÓN

De acuerdo con el concepto de la etapa de investigación presentado anteriormente, y siguiendo los planteamientos de Horvitz y López,¹ podríamos señalar que la etapa de investigación tiene el siguiente objeto:

¹ María Inés Horvitz y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. i, p. 471.

1. Realizar las diligencias de investigación necesarias para obtener los elementos probatorios necesarios para obtener la vinculación a proceso y eventualmente las pruebas que se presentarán en el juicio oral.
2. Garantizar el derecho de defensa adecuada y el acceso a la carpeta de investigación a partir de que el imputado se encuentre detenido o bien esté citado a audiencia.
3. Explorar la posibilidad de alcanzar salidas alternativas o de aplicar mecanismos de aceleración cuando procedan y sean determinados por las partes como convenientes.
4. Sentar las bases sobre las que se desarrollará en proceso penal, impidiendo que casos infundados trasciendan de esta etapa.

FASES DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

La etapa de investigación en el nuevo sistema de justicia penal se suele dividir en dos fases o subetapas: la fase de investigación desformalizada y la fase de investigación formalizada.

La *investigación desformalizada* será aquella a cargo del ministerio público, que tiene su inicio con la llamada *noticia criminal* y su término con el auto de vinculación a proceso. Se caracteriza por ser la única oportunidad para aplicar las llamadas facultades discrecionales del ministerio público, con excepción de criterios de oportunidad que pueden aplicarse incluso de forma posterior; por carecer de un plazo inferior al correspondiente a la prescripción del delito; por ser la fase en la que ocurre la detención imputativa; porque en la parte inicial de esta fase aún no están constituidas las partes procesales y cuya constitución formal depende exclusivamente de su conclusión con un auto de vinculación a proceso; por ser confidencial la carpeta de investigación, a menos hasta que no exista una detención o una citación para audiencia al imputado y; porque la presencia del juez de control en su inicio es eventual (las autorizaciones que realice al Ministerio Público como la orden de cateo o la orden de aprehensión) y sólo en su fase final se dan las audiencias con presencia del juez de control y las partes (audiencia de control de la legalidad de la detención, de formulación de imputación y de vinculación a proceso).

La *investigación formalizada* será aquella a cargo del juez de control, que inicia con el auto de vinculación a proceso y que concluye con la presentación de la acusación después del cierre de la investigación. Algunas características de esta etapa son: que es una continuación de la etapa de investigación desformalizada, en el sentido de que la investigación inició en aquella y concluye con esta fase; se encuentra plenamente constituida la defensa del imputado y definidas las partes; sólo en esta etapa se pueden aplicar las medidas cautelares en estricto sentido; la carpeta de investigación es pública para todos los intervinientes del proceso; esta fase está sujeta temporalmente a un plazo judicial que no puede exceder en ningún caso del plazo legal y; que a partir de esta etapa se da una presencia ininterrumpida del juez de control hasta el auto de apertura a juicio oral o cualquier otra forma de terminación anticipada.

ACTO PROCESAL DIFERENCIADOR DE LAS FASES

Es necesario tratar de inquirir sobre el acto que pone fin a la investigación desformalizada y, por tanto da inicio a la investigación formalizada. En este punto se pueden señalar tres alternativas, la número uno sería la primera audiencia ante el juez de control en la cual participen tanto el ministerio público como el imputado con su defensor (suele ser la audiencia de control de la legalidad de la detención o de formulación de imputación, cuando no hay detenido); una segunda alternativa, sería la formulación de la imputación, y por último el auto de vinculación a proceso.

Antes de comenzar con la disertación de que acto consideramos que es el que marca el paso de una fase a la siguiente, creemos oportuno señalar que en realidad se trata de una discusión; si bien importante, resulta innecesaria para comprender el funcionamiento del sistema y que al final de cuentas todo va a redundar en los efectos que se le quieran señalar a la *formalización de la investigación*, de tal forma que creemos más idóneo, para evitar confusiones, señalar que cada uno de los actos mencionados tienen efectos concretos, más que determinar que el inicio de la fase formalizada tiene un efecto concreto.

Otro punto preliminar a considerar, y que hace problemático la estructuración didáctica de nuestro sistema de justicia penal, consiste en que el modelo utilizado para definir el sistema en las entidades y la federación es el sistema de justicia criminal chileno, lo que resultó en un procedimiento de reforma que podríamos sintetizar como sigue: las entidades de Chihuahua

y Oaxaca optaron por reformar su sistema y al hacerlo se basaron en el sistema chileno, el cual no consideraba el auto de formal prisión, ni el de vinculación a proceso, sino únicamente una audiencia denominada de formalización de la investigación, en la cual, salvo el caso de que se impusieren medidas cautelares, no se requiere de una decisión por parte del juez de garantías (equivalente al juez de control) que implicara la probabilidad de que hubieren elementos suficientes para realizar un juicio (lo que, guardadas las debidas proporciones, significa el auto de vinculación a proceso). Esto obligó a que las entidades mencionadas, tratando de adecuar el auto de formal prisión a la audiencia de formalización de la investigación, crearan las audiencias de formulación de la imputación y de vinculación a proceso. Posteriormente la reforma constitucional federal del 18 de junio de 2008 se fundamentó en las reformas realizadas a las entidades mencionadas, lo que trajo como consecuencia el mantenimiento de esta figura del auto de vinculación a proceso, a nuestro juicio dispensable y obligando a la misma federación así como a las entidades a idear la mejor forma de regular este auto y las audiencias relacionadas.

Realizadas las consideraciones anteriores, la primera alternativa es considerar que la *formalización de la investigación coincide con el desarrollo de la primera audiencia que cuente con la presencia del fiscal, del imputado y la defensa*, puesto que en virtud de esto el juez de control comenzaría a tomar una especie de control dentro del proceso, lo que además tiene como efecto el inicio del derecho de defensa, así como de poder consultar la carpeta de investigación por los intervinientes y que de acuerdo con algunos códigos en este momento se perderían algunas de las facultades discrecionales del fiscal.² Las desventajas de considerar esta audiencia como inicio de la fase formalizada resultan en que en este momento la formulación de la imputación aún no se ha realizado, lo que redundaría en no haberse determinado de forma clara los cargos que se le atribuyen al imputado; en no haberse vinculado a proceso, que redundaría en que el juez de control aún no puede considerarse como sujeto procesal continuo, más allá de las intervenciones aleatorias para autorizar diligencias de investigación; y finalmente, en este momento aún no se ha determinado un plazo para realizar la investigación. En suma, si no existe una vinculación a proceso, el proceso quedaría casi en los mismos términos que mantenía antes de que se realizara esta primera audiencia.

² Aunque nosotros, como señalaremos posteriormente y basados, en parte, en la argumentación realizada en esta sección, no creemos que deba tener este efecto.

Al estimar que la *formalización de la investigación coincide con la formulación de la imputación*, se podrían agregar a los argumentos señalados en el párrafo anterior, la constitución de las partes procesales, en particular la plena vigencia del derecho de defensa; los efectos que algunos códigos señalan a la formalización de la investigación como es el caso de la suspensión de la prescripción de la acción penal³ y la pérdida de la facultad discrecional de archivar temporalmente la investigación y; que a partir de la formulación de la imputación se hace vigente el derecho del imputado de conocer los hechos que le atribuyen. Como inconvenientes encontramos los mismos expresados en el párrafo anterior como consecuencia de no haberse vinculado a proceso, destacándose la limitada participación del juez de control, el restablecimiento del proceso al estado anterior y la ausencia aún de un plazo para realizar la investigación.

Finalmente, si consideramos que la *formalización de la investigación coincide con el auto de vinculación a proceso*, podríamos argumentar primordialmente que a partir de este momento se encuentra una definición estimada con antecedentes o datos de prueba específicos de cuáles serán los hechos sobre los que versará el proceso y en particular el juicio oral; se cuenta ya con una presencia ininterrumpida del juez de control hasta el auto de apertura a juicio oral, y es inevitable la fijación de un plazo para el desarrollo de la investigación. Las desventajas de asignar a este acto procesal como equivalente a la formalización repercute en que efectivamente la presencia del juez de control es anterior a este acto, no obstante repetimos que esta participación no se hace continua hasta el auto de vinculación a proceso, y que existen efectos procesales anteriores a la vinculación a proceso como son la pérdida del carácter confidencial de la carpeta de investigación.

Algunos autores y académicos prefieren utilizar el término de *judicialización de la investigación* en lugar del de formalización de la investigación. Para efectos de este trabajo entenderemos como idénticos a estos términos, de tal forma que los argumentos esgrimidos resultan igualmente válidos. Agregando de que si partimos del término de judicialización es más fácil entender que la formalización se fundamente sobre todo en la presencia ininterrumpida del juez de control en el proceso.

³ Nosotros nos manifestamos en contra de los códigos procesales penales que determinan este efecto a la formulación de la imputación y no a la vinculación a proceso. Esto, porque hemos señalado que una característica de la investigación desformalizada es que no se cuenta con un plazo para la investigación más allá de la prescripción del delito. Ahora bien, supongamos que el fiscal formule imputación y no solicite la vinculación a proceso, esto traerá como consecuencia que para el caso en cuestión, al asignársele el efecto de suspensión de la prescripción y carecerse de un plazo de investigación por no vincularse a proceso, jamás prescribiría, por más absurdo que parezca.

Concluyendo, nos inclinamos más por considerar que la formalización o judicialización de la investigación ocurre con el auto de vinculación a proceso, pues pensamos que los efectos más importantes que se deben de apreciar son la presencia ininterrumpida del juez de control y la fijación de un plazo de investigación. No obstante, repetimos que a final de cuentas se trata nada más de una cuestión terminológica, que más allá de su uso didáctico, cuenta con poca relevancia jurídica, siendo igualmente válidas otras teorías que identifican la formalización con efectos diferentes a los escogidos como determinantes en el presente trabajo.

I. FORMAS DE INICIO DEL PROCESO (NOTICIA CRIMINAL)

La *noticia criminal* es el mecanismo a través del cual la autoridad investigadora se entera de la comisión de un hecho posiblemente delictivo.

Tanto en el sistema anterior como el actual, la noticia criminal se realiza a través de la denuncia o la querrela. No obstante, tanto la doctrina como la práctica han indicado actos que si bien podríamos encuadrar en los términos de denuncia y querrela, no son propiamente tales. En este sentido encontramos la detención en flagrancia, la constitución como acusador particular,⁴ la denuncia anónima y cualquier otra fuente informal.

1. Denuncia

La *denuncia* será el mecanismo por medio del cual cualquier persona, independientemente de si cuenta con el carácter de víctima o no, informa al Ministerio Público o a la policía de la comisión de un hecho posiblemente delictivo que se persigue de oficio.

Lo que hace la diferencia entre la denuncia y la querrela es el tipo de acción penal que le corresponde, así, la *denuncia* será cuando la acción penal pública sea oficiosa y *querrela* cuando la acción penal pública sea a instancia de parte.

En el caso de la denuncia verbal, los códigos señalan que se levantará un acta en presencia del denunciante, quien la firmará junto con el servidor público que la reciba.

Un aspecto importante a destacar relacionado con la denuncia es el derecho de resguardo de identidad establecido en la fracción v del apartado C del artículo 20 constitucional a favor de la víctima cuando sean menores de edad, se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada.

⁴ Acusador particular es la denominación que encontramos en el código modelo y la cual utilizaremos en su mayoría en este trabajo, no obstante, otros códigos utilizan el de acusador coadyuvante (Chihuahua y Oaxaca, entre otros), parte coadyuvante (Yucatán) o víctima u ofendido (iniciativa de código federal).

2. La denuncia como derecho u obligación

En general, se entiende que la denuncia es un derecho o facultad que tienen las personas para promover el inicio de la persecución penal, de tal forma que no se les puede imponer una responsabilidad por el hecho de no denunciar.⁵ Derecho que equivale a la acción pública que señala García Máñez.⁶

No obstante, existen ciertas personas que por su rango o posición se les estima responsables de proteger determinado espacio o función pública, por lo que para estos la denuncia constituye una verdadera obligación que en caso de incumplir podría acarrear una responsabilidad civil, administrativa o incluso penal, como es el caso de policías, miembros de las fuerzas armadas y fiscales, entre otros.⁷

Asimismo, la obligación a denunciar cuenta con tres excepciones, siendo la primera que la denuncia de uno de los obligados eximirá al resto, la segunda el caso del principio de no autoincriminación, es decir, la excepción de la obligación de declarar (y por tanto, de denunciar) cuando se arriesgue la persecución penal propia, del cónyuge, concubina, concubinario o pariente dentro del tercer grado de consanguinidad o por adopción, o segundo de afinidad, y la tercera cuando los hechos fueron conocidos bajo secreto profesional.

3. Derechos y responsabilidades del denunciante

Como regla general el denunciante no adquiere algún derecho más allá del poder denunciar, es decir, no cuenta con facultades como la de conocer la carpeta de investigación o impugnar las decisiones que tome el fiscal o el juez de control durante el proceso. No obstante, si el denunciante tiene el carácter de víctima, tendrá los derechos correspondientes, pero por el hecho de ser víctima, no por el hecho de denunciar.

5 Cabe precisar que la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, de forma característica, establece en su art. 174 que " Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un hecho que la ley señale como delito, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público, y en caso de urgencia, ante cualquier funcionario o agente de policía".

6 Eduardo García Máñez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 2005, p. x.

7 Art. 208 del Código Procesal Penal de Yucatán, y 214 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua. En el caso de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales no existe esta lista, debido a que todos están obligados de acuerdo al art. 174.

En relación con las responsabilidades, de acuerdo con el artículo 209 del Código Procesal Penal para el estado de Yucatán,⁸ el denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. Como ejemplo podríamos señalar la comisión del delito de calumnia.

4. La querrela

Se entiende por *querrela* a la expresión de voluntad de la víctima del delito, o de sus representantes, mediante la cual se manifiesta, expresa o tácitamente, su deseo de que se ejerza la acción penal, cuando la persecución del delito que se denuncia depende de instancia de parte.⁹

Como destacamos anteriormente y se desprende de la definición, la querrela se diferencia de la denuncia, en el sentido de que la misma tiene que ser realizada por la víctima y es un requisito de procedibilidad para la persecución penal, de tal forma que si no se realiza el Ministerio Público no estaría facultado para realizar la investigación.

El estado de Yucatán regula una especie de *querrela ficta*, la cual desde nuestra perspectiva es entendible pero que parece difícil de justificar constitucionalmente. La disposición en cuestión se encuentra en el párrafo segundo del artículo 210 que señala: “Cuando con motivo del tránsito de vehículos culposamente se cause lesión y la víctima quede en estado de inconsciencia o imposibilitado para formular su querrela y no tenga quien lo represente legal o convencionalmente, se entenderá que su deseo es querrellarse.”

La definición de los delitos que requieren instancia de parte para su persecución se suelen definir en el código penal, no obstante algunos códigos como el de Chihuahua enlistan en el mismo Código Procesal Penal los delitos en cuestión.¹⁰

8 Ni en el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, ni en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales se establecen explícitamente disposiciones similares.

9 Artículo 210 del Código Procesal Penal de Yucatán, 218 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 177 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales. Esta última coincide en lo esencial con la definición, no obstante, agrega que esta manifestación debe ser ante el Ministerio Público.

10 Artículo 219. Delito que es perseguido por querrela. Es necesaria la querrela, y sin ella no podrá procederse contra los responsables, cuando se trate de delitos que atentan contra el cumplimiento de la obligación alimentaria, lesiones que tardan en sanar menos de quince días, lesiones que tardan más de quince días y menos de sesenta, peligro de contagio, amenazas, allanamiento de vivienda, despacho, oficina o establecimiento mercantil, revelación de secretos, estupro, abusos sexuales, excepto los contemplados en los arts. 174 y 175 del Código Penal, hostigamiento sexual, procreación asistida e inseminación artificial, en los términos del artículo 151 del Código Penal, privación de la libertad con fines sexuales, abuso de confianza, fraude, daños, despojo, extorsión, en lo previsto en el primer párrafo del art. 231 del Código Penal, administración fraudulenta y falsificación de documentos, de acuerdo con el párrafo segundo del art. 330 del Código Penal.

Asimismo, se requerirá querrela en los delitos de robo, robo de ganado y encubrimiento por receptación de estos, cuando los mismos sean cometidos por el

Cuando el delito sea perseguible a instancia de parte, hemos señalado que la autoridad no puede actuar hasta que no sea presentada la querrela. Sin embargo, los códigos procesales penales suelen autorizar a las autoridades a practicar las *diligencias urgentes* que impidan que el hecho continúe y las destinadas a conservar los datos o medio de prueba, siempre que no afecten el interés de la víctima.¹¹

5. Fuentes informales

Las fuentes informales de la noticia criminal son aquellas que generalmente no están reconocidas por los códigos procesales, pero que son reconocidas por la doctrina y la práctica jurídica. Sin ser exhaustivos, enlistamos la detención en flagrancia, la denuncia anónima y la denuncia como consecuencia de la acusación particular o coadyuvante.

El artículo 173 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales señala en su párrafo tercero una disposición que podría servirnos para fundamentar tanto la denuncia anónima como cualquier fuente informal de noticia criminal. El párrafo en cuestión indica en la parte conducente que el Ministerio Público y la policía están obligados a proceder sin mayores trámites a la investigación de los hechos que la ley señale como delitos que tengan noticia. Esta disposición resulta abierta para poder fundamentar cualquier fuente informal, no obstante, creemos necesario que la disposición debe precisar que la autoridad investigadora podrá investigar sólo los delitos que se persigan de oficio.

La *denuncia anónima* es un mecanismo de noticia criminal, por medio del cual la autoridad conoce de la existencia de un hecho posiblemente delictivo, sin conocer la identidad del autor de la noticia.

La denuncia anónima no está regulada de forma expresa por los códigos de Yucatán o de Chihuahua, pero la iniciativa del código federal señala en el párrafo cuarto del artículo 173 que dispone la obligación de la policía de constatar la veracidad de los datos aportados mediante las diligencias de investigación que consideren conducentes para este efecto.

ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad y afinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado. Igualmente, se requerirá querrela para la persecución de terceros que hubiesen incurrido en la ejecución del delito con los sujetos que se mencionan con antelación.

11. Artículos 60 de Yucatán y 220 de Chihuahua. En caso de la iniciativa de Código Federal no encontramos disposición expresa.

La *detención en flagrancia* constituye una forma de detención imputativa, pero también es una forma de inicio de la persecución penal, puesto que difícilmente precedería la denuncia o la querrela a la detención en flagrancia. En el caso de esta hipótesis, la autoridad que practica la detención formaliza la denuncia, o bien la víctima se presenta para formalizar su querrela, pero es indudable que la noticia criminal resulta en la práctica anterior a esta denuncia o querrela.

La *acusación particular o coadyuvante o la solicitud de constituirse como parte coadyuvante*, puede ser el acto que dé inicio a la persecución penal.¹² Así, el artículo 103 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán señala que la solicitud para constituirse como parte coadyuvante es presentada por la víctima o su representante ante el juez de control, quien una vez admitida la remitirá al Ministerio Público, quien en caso de no haber recibido anteriormente la denuncia o la querrela, reconocerá los efectos de estas en la solicitud admitida.

6. Trámite de la Denuncia

Cuando sea la *policía la que recibe la denuncia* esta deberá informar de manera inmediata al Ministerio Público.¹³ En el estado de Yucatán se establece un plazo máximo de seis horas para definir la inmediatez de esta comunicación. Una vez que el Ministerio Público recibe la denuncia, este adquiere la dirección funcional de la investigación. No obstante, la policía se encuentra facultada para realizar las denominadas *actuaciones urgentes de la policía en la investigación*.

Una vez que el Ministerio Público recibe la comunicación de la recepción de la denuncia por parte de la policía o bien habiendo recibido la denuncia, debe de iniciar la investigación del hecho a través de los medios de investigación correspondientes. Reiteramos que a partir de este momento esta autoridad cuenta con la *dirección funcional de la investigación*, lo que se traduce en la facultad de dirigir a las autoridades policiales, sean ministeriales o preventivas, en la práctica de diligencias de investigación.

12 En el caso del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua y de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales no existen disposiciones similares explícitas.

13 Artículos 96 del Código Procesal Penal de Yucatán, 114 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 176 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

Constantino Rivera señala que una vez recibida la noticia criminal se debe llevar a cabo un acuerdo de inicio,¹⁴ que sería el primer acto de autoridad del agente del Ministerio Público que integrará la carpeta de investigación. Consideramos que la existencia o no de este acto es intrascendente, esto en virtud de que consideramos que las procuradurías o fiscalías generales cuentan con autonomía para determinar la gestión de su carpeta de investigación, a menos que la ley lo señale expresamente, que no es el caso.

En otro texto, Bardales y Constantino¹⁵ señalan que el acuerdo de inicio debe contener la asignación del número de carpeta de investigación y registro en el libro de gobierno; fecha, lugar y hora en que se da inicio a la carpeta de investigación; datos del denunciante; datos del denunciado; circunstancias que motivaron el inicio de la carpeta de investigación. Como se puede observar los datos que integran el acuerdo se encuentran en su mayoría en la denuncia y los que no, podrían integrarla. Por lo que reiteramos que este acuerdo es innecesario, no obstante, estimamos válido que la institución ministerial correspondiente opte por establecerlo o no.

II. LA INVESTIGACIÓN

1. La Dirección Funcional de la Investigación

El Ministerio Público es el responsable de la investigación, no obstante, para cumplir con esta función, cuenta con el auxilio de las autoridades policiales, independientemente de su pertenencia o no a la misma dependencia donde se adscribe la función ministerial. Esto es lo que se debe interpretar del párrafo primero del artículo 21 constitucional.

Para ejercitar esta dirección funcional, consideramos que el Ministerio Público cuenta con un instrumento que podríamos denominar de forma genérica como *instrucciones*. Las instrucciones, desde nuestro punto de vista, pueden ser generales o particulares.

Las *instrucciones generales del Ministerio Público* son aquellas realizadas por el titular de la institución (procurador general o fiscal general), o por algún alto funcionario de la misma (como subprocuradores o vicefiscales), por medio de las cuales determinan el funcionamiento

14 Camilo Constantino Rivera, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Magister, 2009, p. 43.

15 Erika Bardales y Camilo Constantino, "La carpeta de investigación en el proceso penal acusatorio", *Revista Astrea*, núm. 1, agosto de 2010, p. x.

de la institución, en particular de los fiscales y policías en materia de investigación. Instrucción que aplica, por ende, para todos los funcionarios y en todos los casos descritos por la misma instrucción. Por ejemplo, podemos señalar la regulación que hace la fiscalía sobre los criterios de oportunidad.¹⁶

Las *instrucciones particulares del Ministerio Público*, son aquellas realizadas por el fiscal encargado de la investigación a las autoridades policiales para realizar determinados actos de investigación, o bien para encomendar en general una investigación. Sobre este particular estimamos prudente que tanto el titular del Ministerio Público como los altos mandos no sólo no deben inmiscuirse en el desarrollo de los actos de investigación, sino que incluso deberían ser prohibidas las instrucciones particulares sobre casos específicos.

2. Actuaciones urgentes de la policía en la investigación

Las actuaciones urgentes de la policía en la investigación justifican el plazo de seis horas establecido en el estado de Yucatán y señalado en la sección anterior. Estas actuaciones se refieren a las facultades con que cuenta la policía para realizar diligencias procesales, en particular en materia de investigación, aún sin autorización del Ministerio Público. En otras palabras, la policía sólo puede actuar dentro del proceso penal cuando exista una instrucción general o particular del Ministerio Público y, excepcionalmente, en el caso de actuaciones urgentes o de actuaciones que por su naturaleza no requieren autorización.

El Código Procesal Penal de Yucatán, en su artículo 95, establece un listado de facultades policiales que no requieren autorización. Estas facultades las podemos clasificar en facultades cuya naturaleza hace innecesaria la instrucción previa y facultades que surgen en caso de urgencia.

Entre las facultades cuya naturaleza hace innecesaria la instrucción previa situamos: a) la recepción de denuncias; b) realizar las detenciones en términos que permita la ley, y c) prestar el auxilio que requieran las víctimas y proteger a los testigos.

¹⁶ Así, el artículo 212 del Código de Procedimientos Penales de Yucatán señala: "El fiscal investigador debe aplicar criterios de oportunidad y otras facultades discrecionales sobre la base de razones objetivas, valorando las pautas descritas en cada caso, según los criterios generales que al efecto haya dispuesto el fiscal general". Disposición que corresponde con el art. 83 del código de Chihuahua y que no encontramos en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

Ahora bien, las facultades urgentes pueden aplicarse, desde nuestro punto de vista, sólo en *tres circunstancias específicas*. La primera de estas tiene lugar en el caso de flagrancia, la segunda sería el caso de denuncias realizadas ante la policía y que como consecuencia se estime la realización de actuaciones urgentes y, la última, en el caso de que la policía sea la primera en llegar al lugar de los hechos.

Las *actuaciones urgentes de la policía en la investigación* son actos que la policía puede realizar en materia de investigación aún sin contar con autorización previa del fiscal, debido a que existen circunstancias de imperiosa necesidad, que en caso de no actuarse acarrearían deficiencias en la investigación.

Las actuaciones urgentes de la policía son las siguientes: impedir que los hechos produzcan consecuencias ulteriores, resguardar el sitio del suceso, recoger, identificar y conservar los objetos, documentos o instrumentos que corran riesgo de contaminarse, practicar las diligencias orientadas a la identificación física de los autores y partícipes del hecho punible; identificar a los testigos y consignar las declaraciones que estos presentaren voluntariamente, cuando se encuentren en el lugar de los hechos y como regla general reunir toda la información de urgencia que en caso de esperar las instrucciones del fiscal pudiera contaminarse, perderse o limitarse.

3. Salidas alternas

No se analizará en el presente trabajo el contenido y alcance de las salidas alternas y los mecanismos de aceleración, pero es necesario referir que esta etapa es generalmente la idónea para su aplicación.

Podemos clasificar las salidas alternas, dependiendo si son previas o posteriores a la vinculación a proceso. En relación con los mecanismos previos a la vinculación, el fiscal puede promover acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado o hacer uso de sus facultades discrecionales (abstenerse de investigar, no ejercicio de la acción penal, archivo provisional o temporal y aplicar criterios de oportunidad).

Una vez vinculado a proceso se pueden todavía promover acuerdos reparatorios y aplicar criterios de oportunidad. Asimismo se puede promover la suspensión condicional del proceso.

En relación con los mecanismos de aceleración, el fiscal puede promover antes de la vinculación el procedimiento monitorio y posterior a la vinculación a proceso, el juicio inmediato y el procedimiento abreviado.

4. Medios de investigación

El Ministerio Público tiene encomendado realizar la investigación objetiva de los hechos, actividad que deberá realizar con el auxilio de los policías investigadores y los peritos, manteniendo la dirección funcional de la investigación.¹⁷

La investigación, en términos generales, puede ser realizada por cualquier medio. No obstante, los códigos procesales penales regulan de forma específica determinadas diligencias de investigación que requieren disposiciones especiales.

Los *medios de investigación* son aquellas diligencias que integran la carpeta de investigación, a través de las cuales el Ministerio Público adquiere los elementos probatorios que le permitirán fundar sus peticiones y eventualmente su acusación en el juicio oral.

Con base en la definición anterior, destacamos que los medios de investigación no son pruebas o medios de prueba, pues estos se obtienen precisamente gracias a los medios de investigación. Es decir, el medio de prueba que eventualmente será ofrecido no será el medio de investigación, como por ejemplo el cateo, sino lo obtenido con el medio, como sería el objeto relacionado con el delito que se encontrare al practicarse el cateo.

No es el objeto del presente capítulo ni de este trabajo exponer de manera exhaustiva todos los medios de investigación o diseñar un modelo idóneo de investigación, sino que nos limitaremos a exponer de manera breve los medios de investigación que suelen ser regulados por los códigos.

¹⁷ Esto es lo que algunos autores denominan como trilogía investigadora. Camilo Constantino Rivera, *Introducción*, op. cit., p. 47.

El objeto de la regulación de los medios de investigación por parte de los códigos procesales penales es establecer un estándar o parámetro de validez de los medios de investigación, de tal forma que si un medio de investigación no se ajusta a las reglas señaladas en el código deberá ser *declarado nulo por el juez de control*, en una audiencia solicitada para tal efecto.

a) Medios de investigación autónomos y medios que requieren autorización judicial

Es importante destacar que una función del juez de control de conformidad al mismo artículo 16 constitucional es autorizar los medios de investigación que necesiten esta autorización para realizarse. Los medios de investigación los podemos clasificar en *medios de investigación autónomos* y en *medios de investigación que requieren autorización judicial*.

En este orden de ideas, los medios de investigación autónomos regulados en los códigos¹⁸ son, entre otros, la inspección de lugares, de personas, vehículos, documentos y vestimentas, medidas de vigilancia, identificación de cadáveres, entrevista a testigos y al imputado, práctica de peritajes, peritajes especiales e irreproducibles, reconstrucción del hecho, reconocimiento de personas y fotografías, etcétera.

Los medios de investigación que requieren autorización judicial son el cateo, la exhumación de cadáveres, la revisión corporal a persona renuente,¹⁹ obligar a declarar a testigos renuentes,²⁰ intervención de comunicaciones y cualquier otra actividad de investigación que requiera para su éxito la aplicación de cualquier medio de apremio.

18 Evidentemente en este apartado existen variaciones importantes en los códigos. Pero partimos de que en este apartado estamos sólo poniendo reglas generales del medio de investigación, dejando en general las particularidades fuera de la explicación. Los artículos en los cuales se regulan los medios de investigación son del 228 al 263 en el Código Procesal Penal de Yucatán, 237 al 266 del Código Procesal Penal de Chihuahua, y 295 a 347 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

19 Cuando sea necesario hacer una revisión corporal y la persona no otorgue su consentimiento, el fiscal puede solicitar al juez que autorice la diligencia. Ahora bien, esta autorización implicará que se puedan aplicar medios de apremio, es decir, el arresto y la multa. Efectivamente también encontramos el uso de fuerza pública como medio de apremio, pero lo apreciamos injustificado.

20 Cuando un testigo no desea declarar, tanto si se encuentra ante el fiscal en la etapa de investigación o ante el tribunal de juicio oral en la etapa correspondiente, el código señala el siguiente procedimiento: si el testigo no asiste a la primera citación, se le hará comparecer por medio de la fuerza pública (en este punto el fiscal deberá solicitar la autorización al juez de control), si se niega a declarar sin derecho a hacerlo, se le arrestará hasta por doce horas y en caso de persistir en su actitud, se promoverá acción penal por el delito que corresponda, que puede ser el delito de obstaculización de justicia, que en su caso deberá ser regulado.

5. La secrecía de la investigación

Estimamos que la investigación del fiscal en su fase desformalizada es confidencial, aunque algunos códigos como el del estado de Chihuahua señala que se puede acceder a la investigación en cualquier momento (*vid infra* 3.19). Independientemente del estatus de confidencial o no de la investigación, el Ministerio Público puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidos en secreto respecto de los intervinientes por un periodo de 40 días, que podrán prorrogarse cuando el juez de control lo autorice. Asimismo, los intervinientes pueden solicitar al juez que ponga término al secreto o límite.

Por otro lado, también cabe señalar la posibilidad de practicar diligencias sin conocimiento del imputado de forma posterior a la vinculación a proceso, para lo cual el fiscal debe solicitarlo al juez de control, quien podrá autorizarlo cuando la reserva resulte indispensable.

6. Participación de los intervinientes en los medios de investigación e investigación privada

Los intervinientes, entendiendo como tales al imputado, el defensor, la víctima y su representante legal y el tercero objetivamente responsable, cuentan con ciertas facultades que les permiten participar de forma directa o indirecta en la integración de la carpeta de investigación.

En primer lugar, se faculta a todos los intervinientes para *asistir a las diligencias de investigación*²¹ practicadas por el ministerio público o la policía, señalándose como límite a este derecho de participar el que el fiscal lo estime útil o conveniente. Esta limitante nos parece vaga y contradictoria, anulando el valor como derecho de esta posibilidad, ocasionando que pueda ser considerado en cambio como una facultad del fiscal para lograr una mejor investigación.

21 Artículo 223 del Código Procesal Penal de Yucatán, en el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales no se mencionan.

En segundo lugar, los intervinientes pueden *solicitar al ministerio público la realización de todas aquellas diligencias*²² que consideren necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos. Sin embargo, esta facultad no vincula al Ministerio Público, incluso cuando son recomendadas por el juez de control,²³ quedando totalmente a su arbitrio la decisión de realizar o no las mismas.

En tercer lugar, y en consonancia con el párrafo anterior, tanto el imputado como la víctima y sus representantes pueden solicitar la *reapertura de la investigación*. En este punto es necesario precisar la distinción entre dos figuras que reciben la misma denominación pero que tienen una funcionalidad diversa, así existe el procedimiento de reapertura de investigación consecuente del archivo temporal y que consiste en que la víctima le solicite al fiscal, cuando este haya determinado el archivo, la realización de determinada diligencia de investigación y la que ahora nos compete y que consiste en el procedimiento por medio del cual la víctima o el imputado le solicitan al juez de control la realización de determinadas diligencias de investigación previamente solicitadas al fiscal del ministerio público y no realizadas (véase el apartado sobre la reapertura de la investigación).

Finalmente, debemos hacer una especial referencia a la llamada *investigación privada*, sea ésta realizada por la defensa o por la víctima. Se debe admitir la legitimidad de este tipo de investigaciones siempre que no se afecten los derechos de las personas. No obstante, si la investigación de la defensa llegase a afectar los derechos de cualquier persona el efecto no será la nulidad de lo actuado como cuando ocurre en la investigación realizada para acusar, sea pública (Ministerio Público) o privada (víctima). Es decir, el medio probatorio obtenido de un acto de investigación de la defensa que viole los derechos fundamentales de cualquier persona podrá utilizarse en el juicio oral, pero también podrá producir una responsabilidad civil, penal u de otra naturaleza. Por ejemplo, si la defensa obtiene por medio de tortura información que le permite allegarse de pruebas para el juicio oral, podrá presentarlas, pero también se le deberá juzgar por los delitos en los que hubiere incurrido al practicar la tortura. Asimismo, la investigación privada cuenta con ciertas *facultades indirectas de apremio*²⁴ con las que puede garantizar la realización de determinadas diligencias de investigación, estando facultado para solicitar al juez de control que dicte las

22 Artículo 223 del Código Procesal Penal de Yucatán, 232 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 167 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales (que no autoriza al tercero objetivamente responsable).

23 El artículo 112 del Código Procesal Penal de Yucatán establece la posibilidad de que el juez de control recomiende al fiscal la práctica de ciertas diligencias.

24 Artículos 223 del Código Procesal Penal para Yucatán, 150 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 290 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

instrucciones necesarias para que sus peritos puedan examinar los objetos, documentos o lugares que requieran, así como garantizar que se pueda entrevistar con las personas que se niegan a recibirlo.

7. Control judicial de los medios de investigación

Los medios de investigación están sujetos a diversos mecanismos tendentes a garantizar su legalidad, objetividad e integridad. En este orden de ideas, destaca la necesidad de que ciertos medios de investigación para poder ser realizados *sean autorizados previamente por el juez de control* tal como el cateo y la intervención de comunicaciones (*Vid infra 3.4.2*); asimismo, los intervinientes cuentan con una facultad de *impugnar los medios de investigación*²⁵ adoptados por el fiscal o la policía ante el juez de control, lo que incluiría, desde nuestra interpretación, impugnar incluso aquellos medios de investigación que han sido decididos por el fiscal aún cuando no hayan sido ejecutados; si ya han sido ejecutados, correspondería la *nulidad del acto* en una audiencia determinada para tal efecto o en el marco de otra audiencia; finalmente, también se debe destacar que los intervinientes están facultados a solicitar al juez de control *la reapertura de la investigación* (véase este apartado *infra*).

El Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán en su artículo 224 establece un *medio de control previo a la imputación*, que ocurre cuando el imputado considera que se está efectuando una investigación en su contra, sin que previamente se le haya formulado imputación. Por ende, este medio de control consiste en que el imputado puede solicitar al juez de control que ordene al fiscal se le informe de los hechos objeto de ella e incluso que se fije un plazo para que se formalice la investigación.

8. Prueba anticipada

La *prueba anticipada* es aquel medio de prueba que por causas de extrema necesidad no se puede desahogar en el juicio oral, desahogándose de forma previa ante órgano jurisdiccional y de conformidad a las reglas previstas para el juicio oral.

25 Arts. 263 del Código Procesal Penal para Yucatán, y 254 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua.

La prueba anticipada es una excepción procesal y por ello está sujeto a reglas especiales. En relación con la *oportunidad* para realizarla nosotros estimamos que debe proceder antes de la instalación del juicio oral y de forma posterior a la vinculación a proceso, pues de forma previa a esta resolución aún no existen datos de prueba presentados para considerar que exista siquiera un delito. El Código Procesal Penal del Estado de Yucatán señala que su procedencia es posterior a la formalización de la investigación, lo que nos parece preferible a la posibilidad de poderse realizar en cualquier momento como establecen el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.²⁶ Nuestra crítica a estos códigos obedece a que antes de la formulación de la imputación no existe un imputado concreto y, por lo tanto, un defensor que pueda plantearse una teoría del caso coherente que permita un conainterrogatorio acorde. La exigencia de estos códigos de que se presente un defensor de oficio cuando no existe imputado desvirtúa los principios del juicio oral pues podría ocurrir que el conainterrogatorio del defensor improvisado, que naturalmente no se ha comunicado con el imputado, resulte perjudicial para la defensa.

Los *requisitos de procedencia de la prueba anticipada*²⁷ son: que sea practicada ante un órgano jurisdiccional; que sea solicitado por algunas de las partes; que sea por motivos fundados, de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y que se practique en audiencia pública y con observancia de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

En relación con el requisito de *los motivos fundados de extrema necesidad*, los códigos consideran en específico diversas hipótesis: a) imposibilidad de concurrir a la audiencia de juicio oral por tener que ausentarse a larga distancia o vivir fuera del territorio del estado o del extranjero; b) exista motivo que hiciere temer su muerte, incapacidad física o mental que le impidiese declarar; c) la declaración de menores de edad; d) el uso de determinadas diligencias de investigación, y e) la prueba pericial irreproducible o preconstituida.

De las cinco causales anteriores, a nosotros nos parece que sólo son causas legítimas las dos primeras, que son las únicas reconocidas por el estado de Yucatán y también reconocidas, entre otras, por el Código Procesal Penal de Chihuahua y la iniciativa del Código Federal.

26 Artículo 264 del Código Procesal Penal de Yucatán, 268 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 348 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

27 Artículo 264 del Código Procesal Penal de Yucatán, y 348 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales. En Chihuahua no existe una disposición específica que sintetice los requisitos.

Incluso, en el caso de Yucatán, el artículo 266 establece la posibilidad de utilizar mecanismos como la videoconferencia para el desahogo de esta prueba.

La causal de la declaración de menores de edad es reconocida en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 349 y su objeto es proteger la integridad del desarrollo psicológico del menor. Nosotros comprendemos esta causal, pero también es de precisar que declarar bajo el formato de la prueba anticipada o el formato ordinario utilizado dentro del juicio oral es idéntico salvo por el momento en que se realiza, precisando además de que algunos códigos establecen reglas específicas para el desahogo de las declaraciones de testigos menores de edad.

En lo que se refiere al uso de determinadas diligencias de investigación, nos parece de suma peligrosidad, pues se trata de una causal que quebranta los mismos principios de la prueba anticipada, entre los que destacan la ausencia de un órgano jurisdiccional, de un defensor (y por tanto del conainterrogatorio, mecanismo idóneo para confrontar las pruebas) y de los principios que rigen el juicio oral. El código de Yucatán no reconoce esta posibilidad, pero el de Chihuahua en su artículo 267 señala: “Se considera prueba anticipada los registros donde consten las declaraciones de coimputados que contengan testimonios de hechos atribuibles a un tercero o a un coimputado” y la iniciativa del Código Federal en su artículo 352 señala que será prueba anticipada la entrevista de testigos videograbada cuando el testigo fallezca con posterioridad a la entrevista; padezca una enfermedad grave que le impida declarar, corroborada pericialmente; sufra una enfermedad mental posterior a la entrevista que le impida recordarlo, corroborado pericialmente, o; sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o hecho delictivo de similar naturaleza.

Además, la iniciativa reconoce en su artículo 373 un cúmulo amplísimo de pruebas que a pesar de no referirse a ellas como pruebas anticipadas, en su mayoría no son otra cosa. Estas son:

- a) La prueba documental;
- b) Los registros sobre declaraciones de imputados, sentenciados, ambos en un proceso acusatorio, relacionados con el hecho punible objeto del debate, prestadas de conformidad con las reglas pertinentes ante el juez, sin perjuicio de que ellos declaren en el debate;

- c) Los dictámenes de peritos, sin perjuicio de la facultad de los sujetos que intervienen en el proceso de solicitar la declaración del perito en el debate. Esta facultad no será aplicable en el caso de que los peritos hayan fallecido, o cuando existan condiciones objetivas que hagan suponer que estén ausentes del país o se ignore su residencia actual;

Cuando se solicite la declaración en el debate en términos del párrafo anterior de peritos adscritos a una institución o dependencia oficial y ésta acredite que ya no laboran para la misma o ya no desempeñan la función, en ejercicio de la cual emitieron los dictámenes, se procederá al desahogo por lectura del dictamen en los términos previstos en este artículo, y;

- d) Las declaraciones producidas por comisión, exhorto o informe, cuando el acto se haya registrado por cualquier medio que permita su reproducción o lectura y el informante no pueda ser hecho comparecer el debate.

Finalmente, la causal de prueba pericial irreproducible no se trata propiamente de una prueba anticipada, sino simplemente de un medio de investigación que requiere reglas especiales, a pesar de que algunos códigos establezcan estas disposiciones en el capítulo de prueba anticipada como es el de Chihuahua.

El órgano jurisdiccional competente para el desahogo de una prueba anticipada es por regla general el juez de control, no obstante si la solicitud surge entre el auto de apertura a juicio oral y la instalación del mismo. La iniciativa del código federal señala que conocerá el tribunal de juicio oral, y los códigos de Chihuahua y Yucatán no señalan un órgano de forma explícita, pero al referirse siempre al juez nos induce a interpretar que el juez de control será el competente en todos los casos, incluyendo en esta hipótesis.

El *procedimiento de la prueba anticipada* lo podemos sintetizar como sigue: una de las partes solicita al órgano jurisdiccional que cite a audiencia para el desahogo de prueba anticipada, el juez cita a las partes (si no hay imputado el código de Chihuahua y el Federal señalan que se convocará a un defensor de oficio), y en la audiencia el solicitante explicará al juez las razones para el anticipo de la prueba, debiendo el juez admitir o desechar la

solicitud, si se admite se desahoga la prueba anticipada tal como se hubiera desahogado en el juicio oral, debiéndose registrar en su totalidad y quedando el registro bajo responsabilidad del ministerio público, *si la causa que hizo necesario el anticipo de prueba no persiste en el juicio oral, deberá desahogarse en esta audiencia.*²⁸

La prueba anticipada deberá ofrecerse en el momento procesal oportuno de la etapa intermedia y presentarse en el juicio oral.

9. Registro de la investigación (la carpeta de investigación, el acceso y el registro de la investigación privada)

La carpeta de investigación es el nombre que suele darse al medio utilizado por el Ministerio Público para registrar la investigación. La denominación de la carpeta de investigación es utilizado habitualmente pero cada entidad puede utilizar la denominación que decida, como puede ser el legajo de investigación, el expediente de investigación, etcétera.

En la carpeta de investigación se deben registrar todas las actuaciones y determinaciones que realice el Ministerio Público y la policía en materia de investigación. Debiendo integrarse a partir de la denuncia o de cualquier acto previo a esta como podría ser el registro de la detención en flagrancia o similar hasta la acusación del fiscal o cualquier determinación que implique la terminación anticipada del proceso.

En relación con el medio de registro estimamos que debe ser preferentemente de forma electrónica o por escrito, independientemente de que los códigos señalan la posibilidad de que sea por cualquier medio que garantice la fidelidad, integridad de la información y la posibilidad de ser consultada.²⁹

La carpeta de investigación podrá ser consultada por el imputado, el defensor, la víctima, su representante legal y el tercero objetivamente responsable. En relación con el momento procesal a partir de que pueda ser consultada, estimamos que la víctima la puede consultar

28 Artículos 265, 267, y 268 del Código Procesal Penal de Yucatán, 268 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 350 y 351 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, que señala que el registro de la prueba anticipada se entregará a las partes.

29 Artículos 269 del Código Procesal Penal de Yucatán, 271 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 171 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

en todo momento a partir de su integración, pero para el imputado y el tercero objetivamente responsable, encontramos más difícil alcanzar una definición. Las alternativas son el poder consultarlo a partir de la integración de la carpeta o que se pueda consultar a partir de la detención o de la citación a la audiencia de formulación de la imputación. Horvitz y Lennon están de acuerdo con la primera opinión,³⁰ nosotros favorecemos la segunda postura pues hasta que no existe una posibilidad real de la formulación de la imputación no hay un imputado, esto en virtud de que el acceso del imputado a la carpeta podría limitar la autonomía y marco de acción que el Ministerio Público posee en la investigación desformalizada. En Yucatán³¹ se establecen reglas un poco vagas, pues en una disposición se señala que el fiscal deberá permitir el acceso a los registros después de solicitar la celebración de la audiencia para formular la imputación, otro que será antes de la primera comparecencia del imputado ante el juez y otro se limita a decir que tiene derecho a acceder a los registros. La iniciativa del Código Federal en el artículo 144 señala que es a partir de encontrarse detenido, se pretenda entrevistarle o recibírsele su declaración, y el código de Chihuahua en el artículo 7 señala que el defensor tendrá acceso a los antecedentes de investigación de la investigación desformalizada en todo momento.

La carpeta de investigación, como tal, *carece de todo valor probatorio*, incluso la presentación de la misma o de los documentos que la integran a un órgano jurisdiccional es ilegal y podría acarrear consecuencias jurídicas para los funcionarios responsables. A pesar de esto, la carpeta de investigación posee una gran utilidad pues en ella se mantiene un sistema que incorpora las actividades realizadas en la investigación, con base en ella se estructura la teoría del caso, permite al fiscal justificar y motivar sus decisiones y las peticiones que realizará a los jueces en audiencias determinadas como la de vinculación a proceso, garantiza la integridad de la investigación y permite al fiscal integrar de forma correcta la acusación, en la cual sólo podrá ofrecer las pruebas que se encuentren previamente en la carpeta y, finalmente, puede utilizar los registros que integran la carpeta para refrescar la memoria de sus testigos o evidenciar contradicciones de los testigos de la contraparte.

En relación con la *investigación privada*, no existe en los códigos disposiciones sobre su registro. Esto nos parece natural, pero es necesario tratar un par de cuestiones que consideramos relevantes. En primer lugar, la inexistencia de un registro de la investigación

30 María Inés Horvitz y Julián López Masle, *Derecho*, op. cit., p. 467.

31 Artículos 12, 108 y 278.

de la víctima producirá que se puedan presentar declaraciones que la defensa no conocerá más allá de nombre, estando por ende imposibilitado a planear un contrainterrogatorio suficiente. Y en segundo lugar, como vimos anteriormente, la defensa puede solicitar ciertos medios de apremio para desarrollar su investigación, lo que le daría un tamiz de autoridad y que, por ende, creemos debe ser registrado.

10. Unión y separación de investigaciones

El Ministerio Público es el responsable de la investigación por lo cual cuenta con facultades de decidir sobre el mecanismo idóneo para su realización, otorgándosele incluso facultad expresa de agrupar y separar las investigaciones cuando lo estime conveniente.³²

Esta facultad no es la misma que la unión y separación de acusaciones, pues esta facultad compete al juez de control y significa que este órgano jurisdiccional puede determinar sobre que acusaciones se constituirá el juicio oral.

La unión y separación de investigaciones no representa mayor problema en la etapa de investigación desformalizada, pero una vez que se ha vinculado a proceso resulta difícil determinar que pueda seguir ejerciendo esta facultad. Los códigos suelen ser oscuros sobre el manejo de esta situación, omitiendo definir los momentos procesales que será válida esta decisión. Nosotros creemos que el fiscal sigue siendo libre de decidir de forma autónoma sobre la investigación, pero una vez que se ha vinculado a proceso, debe de notificar al juez de control y a los intervinientes sobre el ejercicio de esta facultad y por ningún motivo puede agregar imputados o hechos ajenos a la vinculación, y en caso de separación de investigaciones, el plazo de investigación contará para todos por igual.

Esta decisión del fiscal es impugnabile por la defensa ante los superiores jerárquicos de quien emitió la resolución. Es decir, consistirá en una impugnación administrativa y no un recurso jurisdiccional.

³² Artículos 225 del Código Procesal Penal de Yucatán, y 169 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales y el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua no tiene disposiciones expresas.

III. LA VINCULACIÓN A PROCESO

1. Motivo del Ministerio Público para solicitar la formulación de la imputación

Debemos de inquirirnos en primera instancia cuál es el motivo que impulsa al Ministerio Público a solicitar la formulación de la imputación y la vinculación a proceso.

Constantino señala que el Ministerio Público solicitará audiencia para formular imputación cuando existan datos que establezcan la existencia de un hecho delictuoso o la probable comisión o participación en su comisión.³³ Para empezar consideramos que en todo caso el fiscal debería de contar con datos tanto sobre la existencia del delito y la probable responsabilidad, es decir, de ambos. Por otro lado, estimamos que contar con estos datos no impulsa al fiscal a solicitar la formulación, esto porque el fiscal una vez formulada la imputación y eventualmente vinculado a proceso se le presenta una limitante que consiste en estar sujeto a un plazo para cerrar la investigación.

Esto significa que el Ministerio Público en la investigación desformalizada puede realizar la investigación de forma libre y sin estar sujeto a un plazo mayor que el de la prescripción que en caso de vincular a proceso acarrearía una limitante importante.

Por ello debe existir una motivación para que el Ministerio Público solicite la audiencia y que además de este perjuicio de estar limitado por un plazo cuente con beneficios para alcanzar con éxito sus fines. En este orden de ideas, nosotros consideramos que el *Ministerio Público* deberá solicitar la audiencia sólo cuando estime que necesita la aplicación de una medida cautelar personal, haya concluido su investigación, desee utilizar la suspensión condicional del proceso como salida alterna o desee desahogar la prueba anticipada y el código lo exija (véase el apartado Prueba Anticipada). Si el Ministerio Público no tiene ninguna de las necesidades mencionadas, no vemos objeto para formular imputación.

Por lo que respecta a las medidas cautelares personales existe una especie de vacío legal en los códigos analizados, pues se reconoce que en caso de existir auto de no vinculación

³³ Camilo Constantino Rivera, *Introducción*, op. cit., p. 49.

a proceso quedarán sin efecto las medidas cautelares personales y reales que se hubieren decretado.³⁴ No obstante, muchos códigos no dejan claro a partir de que momento se pueden solicitar las medidas cautelares, pudiendo ocurrir el absurdo que se imponga una medida cautelar y no exista un auto que verse sobre la vinculación o no a proceso. Nosotros estimamos que haciendo una interpretación integral, las medidas cautelares, en particular las personales, sólo pueden imponerse después de la vinculación a proceso, salvo aquellas provisionales dictadas para asegurar la audiencia de vinculación a proceso, las referentes a la detención que son reguladas en algunos códigos en el mismo capítulo referente a las medidas cautelares y las otorgadas por algunos códigos, como la iniciativa del código federal al Ministerio Público.

La segunda motivación del Ministerio Público es el haber concluido con su investigación, nosotros creemos que si el ministerio público puede concluir su investigación de forma previa a la vinculación, debe realizarlo así. El auto de vinculación a proceso es un acto imprescindible del proceso³⁵ y a pesar de haber concluido su investigación el fiscal antes de poder cerrar la investigación debe haber obtenido el auto de vinculación a proceso, es por ello que en el estado de Yucatán se regula la figura del juicio inmediato que ocurre cuando el fiscal después del auto de vinculación a proceso, en la misma audiencia señala que ha finalizado su investigación y renunciando a un plazo para la investigación formalizada, solicita que se abra el juicio oral.

Respecto a la tercera motivación referente a la suspensión condicional del proceso, los códigos de Yucatán y Chihuahua señalan que para la procedencia de esta salida alterna se requiere haberse vinculado previamente a proceso.³⁶

La última motivación es la referente a la prueba anticipada, que como vimos anteriormente (véase el apartado Prueba Anticipada), en los códigos analizados no requieren del auto de vinculación a proceso, pero el del estado de Yucatán requiere que se haya formalizado la investigación.

34 Artículos 287 del Código Procesal Penal de Yucatán, 281 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 411 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

35 Aunque una de las versiones preliminares del Código Procesal Penal de Yucatán manejó la posibilidad de que la vinculación a proceso sólo ocurra cuando el Ministerio Público necesitase una medida cautelar privativa de libertad. Basándose en que la Constitución, al regular este auto lo hace sólo con el efecto de prohibir que la privación de la libertad de una persona se exceda más allá de 72 horas. Esta interpretación nos parece paradigmática, pero a final de cuentas válida para la regulación de un proceso penal.

36 Artículos 170 del Código Procesal Penal de Yucatán, y 202 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua. La iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales no fija un momento procesal oportuno, por lo que creemos que procede incluso de forma previa a la vinculación.

En conclusión, cuando el Ministerio Público solicita que se formalice la investigación o pone al detenido ante el juez de control, lo hace porque requiere la aplicación de una medida cautelar u otro instrumento que requiere para su procedencia del auto de vinculación a proceso, y para este auto requiere haber formulado imputación previamente y haber señalado los datos de prueba con los que cuenta para demostrar la existencia del delito y la probable responsabilidad. En pocas palabras, el Ministerio Público, al solicitar la formulación, lo hace no por cumplir este acto como tal, sino por una motivación específica y sólo si cuenta con los datos de prueba mencionados.

2. Consideraciones previas sobre la audiencia de formulación de imputación y de vinculación a proceso

La regulación y dinámica de la audiencia de formulación de imputación y de vinculación a proceso se fundamentan, como señalamos anteriormente, en el proceso de reforma que se siguió en México, en la cual las entidades que comenzaron su implementación modificaron su sistema tratando de adecuar la audiencia de formalización de investigación chilena con el auto de formal prisión, y cuando se reforma la Constitución se mantiene una regulación del auto de vinculación a proceso similar al auto de formal prisión, cuando el significado y objeto de ambos es diferente.

Con base en lo anterior, los códigos han tendido a regular estas audiencias con pasos determinados, siguiendo el modelo que presentaremos en los apartados posteriores que llega al punto incluso de disponer que el juez preguntará si existen otras peticiones y luego *obligando* al fiscal a hacer ciertas peticiones. Pero nosotros estimamos que en realidad se pudo optar por una regulación más libre, más o menos como las impulsadas en el código modelo e incluso como se sigue de la iniciativa del código federal que en vez de regular paso por paso el desarrollo de la audiencia señala la existencia de una sola audiencia en la que pueden ocurrir determinados actos.

La iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales señala una única *audiencia inicial*, en la cual ocurren todos los actos que los demás códigos dividen en las audiencias de control de legalidad de detención, de formulación de imputación y de vinculación a proceso.

Nosotros proponemos una regulación que estructure la separación de dos audiencias. En primer lugar la audiencia de control de legalidad de la detención y la audiencia de vinculación a proceso. Consideramos esta separación pertinente porque la audiencia de control de la legalidad de la detención es eventual y la audiencia de vinculación a proceso que consideramos debe contener lo siguiente: a) *Solicitud de la vinculación a proceso* en la cual el fiscal le hará saber al imputado y al juez de control que se está desarrollando una investigación, el delito que se imputa, los hechos que se atribuyen, la forma de participación, el nombre del acusador, el monto estimado de la reparación del daño y los *datos de prueba* referentes a la existencia del delito a su probable responsabilidad y la reparación del daño; b) *Defensa y declaración del imputado*, que consiste en la oportunidad que tiene el imputado para declarar y defenderse de la imputación del fiscal, así como ofrecer datos de prueba e incluso medios de prueba, si así lo permite el código. No obstante esta declaración del imputado puede realizarse tantas veces como desee y no sólo después de la formulación de la imputación y antes de la solicitud de la vinculación a proceso, como veremos que ocurre en los siguientes apartados; c) *Suspensión de la audiencia*, que podrá ocurrir desde el inicio de la audiencia hasta antes del auto de vinculación a proceso y no sólo antes de que el fiscal exprese sus datos de prueba, como ocurre en algunos códigos como el de Chihuahua y Yucatán, d) *El auto de vinculación a proceso*, cubriendo los requisitos que señalaremos en los apartados posteriores; e) *Debate sobre medidas cautelares*, que sólo pueden determinarse de forma posterior a la vinculación a proceso y, f) *Plazo para la investigación formalizada*, que comienza a transcurrir desde la vinculación a proceso y determina cuándo deberá cerrarse la investigación.

Sobre el plazo para la suspensión, creemos que la posibilidad de que sea suspendida por 72 horas o 144 horas carece de justificación. Es decir, el plazo de 72 horas que se establece en la Constitución a favor del juez de control para resolver sobre la vinculación a proceso estaba justificado en el sistema anterior, pero en un sistema oral creemos que ninguna persona debe estar detenida ante el juez de control más de doce horas y, en el peor de los casos, 24. Pero aún así, estas 72 horas están concebidas como una facultad del juzgador para resolver y no como un derecho de defensa. En este sentido, no hay ninguna razón objetiva para la dicotomía de 72 o 144 horas, pues la prórroga del plazo de la defensa cuenta a partir de la suspensión sin tomar en cuenta lo que haya ocurrido con las primeras 72 horas. Tampoco existe disposición constitucional que obligue a que la prórroga sea de 72 horas más y no de 24, por ejemplo. Es por ello que creemos que la suspensión deberá ofrecer una sola opción al imputado determinada de forma libre por la legislación del estado, por ejemplo 48 o las mismas 72 horas.

En síntesis, nosotros optamos por la no existencia de la audiencia de formulación de imputación, pues al exigir nuestro sistema de un auto de vinculación a proceso, la formulación pierde su sentido y en cualquier caso se satisface con la solicitud que hace el fiscal de la vinculación a proceso. También propugnamos por la libertad de la defensa de decidir en qué momento declarar o suspender la audiencia y que el plazo no sea ofrecido con formato de dicotomía.

3. Solicitud de la audiencia de formulación de la imputación

La solicitud de la audiencia de formulación de la imputación se regula dependiendo del momento en la cual ocurre.

Así, una primera cuestión sería si el Ministerio Público tiene al imputado *detenido por flagrancia*, o bien el imputado se encuentra en libertad. Si se trata de la primera hipótesis, lo que ocurrirá es que el Ministerio Público si desea formular imputación deberá poner al detenido a disposición del juez de control para que se realice la audiencia de control de legalidad de la detención, y una vez terminada esta se debe de formular imputación inmediatamente.

Si el imputado se encuentra en libertad, nos enfrentamos a la segunda cuestión, si el Ministerio Público desea que el imputado acuda a la audiencia en libertad o que sea detenido para garantizar su comparecencia en la audiencia. En el caso de la detención, y esta sería la tercera cuestión, el Ministerio Público puede detener al imputado mediante una orden de aprehensión o detenerlo por caso urgente. En lo que se refiere a la *orden de aprehensión*, la deberá solicitar al juez de control, y una vez ejecutada el imputado será puesto a disposición del juez inmediatamente, iniciándose directamente la audiencia de formulación de imputación.³⁷

Si la detención es *por caso urgente*, ocurrirá el mismo procedimiento que la flagrancia; es decir, primero ocurrirá la audiencia de control de la legalidad de la detención y de forma inmediata la audiencia de formulación de la imputación.

³⁷ Artículos 168 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 145 del Código Procesal Penal de Yucatán. Los códigos de Yucatán y de Chihuahua sólo señalan la procedencia de la audiencia de control de legalidad de la detención cuando se trate de urgencia y flagrancia, optando, de forma incorrecta según nosotros, la omisión de esta audiencia para el caso de la orden de aprehensión. La iniciativa del Código Federal no limita la audiencia a estas hipótesis, por lo que nos inclinamos a considerar que procederá para todas las detenciones.

Si el imputado *se encuentra en libertad* y la fiscalía no requiere que sea detenido, deberá solicitar al juez la celebración de la audiencia, señalando de forma breve el delito que se le atribuye, la fecha, lugar y modo de su comisión y la forma de su intervención. Una vez solicitada la audiencia el juez deberá citar al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y a su representante a la audiencia de formulación de la imputación en un plazo lamentablemente no determinado por los códigos analizados³⁸ (en el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados se señalaba un plazo de diez días).

Otro asunto interesante a analizar es si el fiscal está obligado a formular la imputación o no después de la audiencia de control de la legalidad de la detención. Creemos que es un asunto de difícil resolución, pues a pesar de que los códigos señalan que el ministerio público debe formular imputación en la misma audiencia, la realidad es que no establecen consecuencias jurídicas ante la abstención del Ministerio Público (a menos que el juez de control decida aplicar correcciones disciplinarias, que creemos sería una decisión incorrecta). Es por ello que estimamos que no existe una obligación real del Ministerio Público de proceder a la formulación de la imputación.

4. Audiencia de formulación de la imputación

La audiencia de formulación de la imputación tiene por objeto dar a conocer al imputado la investigación que se realiza en su contra y los cargos que se le imputan. El objeto de esta audiencia es garantizar el derecho fundamental del imputado establecido en la fracción III del artículo 20 constitucional, referente precisamente a que se le informe del hecho imputado.

Podemos describir el *procedimiento* de esta audiencia con los siguientes pasos: 1) comienza con la verificación del juez de que el imputado conoce sus derechos; 2) el juez de control le otorga la palabra al fiscal que expondrá el delito que se le imputa, la fecha, lugar y modo de su comisión y el grado de intervención que se le atribuye; 3) los códigos señalan que el juez debe preguntarle al imputado si es su deseo contestar el cargo, rindiendo en este caso su declaración o guardando silencio; 4) el fiscal puede solicitar la audiencia de vinculación

³⁸ En Yucatán y en Chihuahua no se señala el plazo para citar a los intervinientes, ni el plazo máximo que puede transcurrir entre la solicitud de la audiencia y la misma. Esta situación que nos parece peligrosa, pues en este punto podría obstaculizarse el correcto desarrollo del proceso y el respeto de sus plazos. En caso de la iniciativa federal, nos parece incluso más grave pues no parece regular la posibilidad de que el imputado acuda libre a la audiencia, debiendo siempre presentarse ante el juez de control privado de su libertad.

a proceso, y en caso de hacerlo, 5) el juez de control debe preguntarle al imputado si es su deseo suspender o no la audiencia de vinculación de proceso, pero este paso y los siguientes los referiremos en el siguiente apartado.

Sobre el punto primero del párrafo anterior, apuntamos que si esta audiencia fue precedida por la audiencia de control de legalidad de detención, la verificación referida debió ocurrir precisamente en esa audiencia.

El segundo paso es bastante claro y es la esencia de esta audiencia, pero creemos pertinente referir que el Código Procesal Penal del Estado de Yucatán señala en su artículo 279 que además de lo mencionado “se referirán los datos que arrojó la investigación que sustentan el hecho imputado”. Creemos que esta referencia a datos de prueba es innecesaria, pues en este momento aún no se está decidiendo sobre la vinculación a proceso, lo que ocurrirá probablemente en el mismo momento, pero en una audiencia diversa.

Como señalamos anteriormente, a pesar de que los códigos analizados refieren un momento procesal preciso para el desarrollo de la declaración, creemos que esta declaración podrá realizarse en cualquier momento y en particular la vemos más pertinente que se realice en la audiencia de vinculación a proceso. Planteémoslo de la siguiente manera: después de que el fiscal formula la imputación y antes de que se solicite la vinculación a proceso qué interés puede tener el imputado en declarar o contestar la imputación, si a final de cuentas no existe el auto de no formulación de la imputación.

El cuarto paso se refiere a la solicitud que hace el fiscal de la vinculación a proceso y estamos otra vez ante una situación similar planteada para la audiencia de control de la legalidad de la detención, a saber, ¿una vez formulada la imputación, el fiscal está obligado a solicitar la vinculación a proceso? Nosotros reiteramos que no existe una obligación real para el fiscal y por ende la formulación de la imputación deberá de tener sólo efectos positivos para la defensa.

En relación con los *efectos de la formulación de la imputación*, creemos que el único válido es que a partir de este momento el derecho de defensa debe garantizarse de forma plena, en particular lo que se refiere a los accesos a los registros de investigación. No obstante, los

códigos suelen señalar³⁹ como efectos que se suspenda el curso de la prescripción penal y el fiscal pierde la facultad de archivar provisionalmente la investigación.

Ya hemos referido anteriormente nuestras críticas a estos efectos, que se fundamentan sobre todo en que nada impide que pueda formalizarse la investigación sin vincularse a proceso, produciendo que el delito nunca prescriba y que la investigación pueda desarrollarse sin límites, situación que nos parece absurda.

Asimismo, el efecto de perder la facultad de archivar temporalmente es explicable, pero también creemos que se debe considerar la alternativa de que el fiscal pueda archivar temporal o provisionalmente después de la formulación y antes de la vinculación. Al no haber proceso, el juez de control no puede dictar el sobreseimiento hasta después del auto de vinculación a proceso, por lo que antes de este auto el fiscal debería conservar la mayoría de sus facultades discrecionales. Podemos poner como ejemplo que el fiscal X investiga al imputado Y, que está detenido, se hace la audiencia de control de la legalidad de la detención, se formula la imputación y el fiscal decide no solicitar la vinculación a proceso porque no cuenta con los datos suficientes para alcanzar la vinculación a proceso. Pues precisamente en este caso el fiscal no contará con antecedentes suficientes, que es la hipótesis que se intenta cubrir con el archivo temporal.

Por ende creemos que la formulación de la imputación sólo debe tener el efecto de garantizar el derecho de defensa, pero los efectos estipulados en los códigos de suspender el curso de la prescripción y perder la facultad de archivar temporalmente, deberían de corresponder al auto de vinculación a proceso.

5. La audiencia de vinculación a proceso

La audiencia de vinculación a proceso es un acto procesal medular para el correcto desarrollo del proceso penal, siendo el auto que la acompaña, de acuerdo a nuestra opinión manifestada anteriormente, el que marca la distinción entre la fase de investigación desformalizada y la formalizada (*Vid supra 1.4*), el que posibilita la imposición de

³⁹ Artículos 281 del Código Procesal Penal de Yucatán, 278 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales no establece efectos de la formulación de la imputación como tal, lo que nos parece la postura más adecuada.

medidas cautelares, de la prueba anticipada (véase este apartado *supra*), de la suspensión condicional del proceso, de un plazo para la investigación, de los hechos sobre los que versará la acción penal y la acción de la reparación del daño y en general determina la forma como se desarrollará el resto del proceso.

El *procedimiento de la audiencia de vinculación a proceso*,⁴⁰ sigue los siguientes pasos: 1) al solicitar el fiscal la apertura de la audiencia de vinculación a proceso, el juez de control pregunta al imputado si es su deseo suspender o no la audiencia; 2) si el imputado desea suspender la audiencia, el fiscal puede solicitar medidas cautelares provisionales; 3) si no se suspendió la audiencia, o una vez reanudada si se suspendió, el fiscal señalará los datos de prueba con los que acredite la existencia del delito, la probable responsabilidad del imputado y la estimación de la reparación del daño; 4) la defensa podrá presentar datos de prueba, e incluso medios de prueba para desvirtuar la exposición del fiscal. Asimismo creemos que el imputado podrá declarar a pesar de que lo haya hecho previamente; 5) el juez dictará el auto de vinculación a proceso o de no vinculación a proceso; 6) se abrirá debate sobre medidas cautelares; 7) se abrirá debate sobre el plazo de investigación y, 8) otras peticiones.

Lo anterior lo estructuraremos para su mejor análisis en tres partes: actuaciones previas al auto de vinculación a proceso que incluirá los cuatro primeros pasos, el auto de vinculación a proceso o de no vinculación a proceso y actuaciones posteriores al auto de vinculación a proceso que son los últimos tres pasos.

6. Actuaciones previas al auto de vinculación a proceso

El primer paso refiere que la defensa puede solicitar que se suspenda esta audiencia por 72 o 144 horas, de hecho no está claro en los códigos en qué momento ocurre la suspensión, si es de forma previa o posterior a la exposición de los datos de prueba del fiscal. Pero en todo caso creemos que la suspensión deberá ser previa al auto de vinculación a proceso. El objetivo de la suspensión es que la defensa pueda presentar datos o medios de prueba para desvirtuar los argumentos del fiscal referentes a la vinculación al proceso y estimamos que también las relativas a las medidas cautelares.

⁴⁰ Artículo 283 del Código Procesal Penal de Yucatán.

En caso de que la audiencia se suspenda, lo que ocurrirá a continuación dependerá de la regulación establecida en cada código, que en este caso resulta heterogénea.⁴¹ Constantino⁴¹ señala que en este caso el juez *debe vincular provisionalmente a proceso*, y el fiscal si así lo estima puede solicitar *medidas cautelares provisionales*. Nosotros coincidimos con este autor en lo que se refiere a las medidas cautelares provisionales, pero en lo que se refiere a la vinculación provisional la entendemos pero creemos que a final de cuentas se trata de una cuestión prescindible, pues el mismo autor no exige ningún acto o demostración más allá de la suspensión, por lo que *stricto sensu* no se trata de una vinculación.

Ahora bien, un aspecto a considerar sobre las medidas cautelares provisionales es el que se refiere a la concepción que se tiene sobre la detención, así nosotros estimamos que una vez que el detenido ingrese en una audiencia deja de estar detenido, quedando obligado a estar presente en la audiencia por la misma circunstancia de la audiencia y no por haber ingresado a la misma a causa de una detención, y la cuestión de que si seguirá detenido o no, depende exclusivamente de la medida cautelar que se le imponga, de tal forma que se trata de una privación de la libertad diferente, por lo cual justificamos la necesidad de una medida cautelar provisional. Sin embargo, en los códigos y en la práctica, e incluso haciendo una interpretación restrictiva del mismo artículo 19 constitucional, el imputado en la audiencia sigue estando detenido a causa de la misma detención que lo llevó a audiencia.

Podríamos definir a las *medidas cautelares provisionales* como aquellas medidas cautelares que se imponen cuando se suspende la audiencia de vinculación a proceso y solamente durante el plazo de esta suspensión para garantizar la presencia del imputado en la reanudación de la audiencia. La denominación de estas medidas tiene un sentido funcional más no exacto, porque a final de cuentas todas las medidas cautelares son provisionales.

Una vez determinado lo anterior, en Yucatán nos encontramos con que el fiscal una vez suspendida la audiencia se encuentra facultado para solicitar *medidas cautelares provisionales*. Creemos que estas deben seguir las mismas reglas que se establecen para las *medidas cautelares* en general, pero al no contarse aún con la vinculación a proceso y al ser consecuencia de una petición de la defensa, el juez deberá ser más flexible en otorgarlas. Para ello el fiscal deberá presentar los antecedentes de investigación referentes a la necesidad de la medida cautelar.

41 Camilo Constantino Rivera, *Introducción*, op. cit., p. 64.

En Chihuahua y en la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, no existe una disposición expresa sobre las medidas cautelares provisionales, pero creemos que probablemente su regulación se fundamente en la postura de que el imputado que llegó a través de una detención, seguirá detenido durante la suspensión de la audiencia, pero si acudió a la audiencia sin estar detenido previamente, estará en libertad durante la suspensión. Debemos recordar que todas las hipótesis del ingreso del imputado a la audiencia inicial de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales implican la detención del imputado, por la que en la suspensión siempre estará privado de su libertad.

El tercer paso no requiere de mayor explicación, se trata de satisfacer los requisitos que exige la Constitución para que el juez de control pueda dictar el auto de vinculación a proceso, así como una estimación de la reparación del daño. Esto sentará un antecedente de la acusación en la cual el fiscal deberá señalar con la certeza que le produce el haber concluido en su investigación concretamente como ocurrieron los hechos y el monto completo de la reparación del daño.

Para la vinculación a proceso el fiscal requiere expresar datos que establezcan la comisión del delito y que exista la probable responsabilidad. Esto en el sistema anterior se lograba con la consignación, mientras que en el nuevo sistema de justicia penal se realiza a través de datos de prueba.

Un *dato de prueba* es la referencia al contenido de un medio de prueba aún no desahogado ante la autoridad jurisdiccional que solo o junto con otros tienden a acreditar la existencia del delito o la probable responsabilidad o a desvirtuarlos.

Como se observa de la definición expresada en el párrafo anterior, el dato de prueba no es una prueba, ni se desahoga. Por el contrario, se reduce a ser una mera referencia a lo que la diligencia de investigación, registrada en la carpeta, expresa. Para poner un ejemplo, un dato de prueba será simplemente que el fiscal anuncie que se cuenta con la declaración del testigo Juan Pérez que afirma haber presenciado el hecho y reconocer al imputado.

Por otro lado, en nuestra definición de dato de prueba se observa que los datos de prueba tienen un objeto específico; a saber, la vinculación a proceso, pero creemos que podría

expandirse este objeto a otras peticiones como sería el de solicitud de medidas cautelares, el monto estimado de la reparación del daño y los fundamentos para solicitar la revocación de la suspensión condicional del proceso, por ejemplo.

El cuarto paso consiste en la defensa del imputado ante la vinculación, para lo cual estimamos que el imputado puede declarar, a pesar de haberlo realizado previamente. Ahora bien, sobre la presentación de datos de prueba o medios de prueba, la regulación varía entre códigos. Así, el artículo 283 del Código Procesal Penal del Estado de Yucatán resulta vago pues dispone que sí podrá desahogar datos de prueba, lo que implica una contradicción pues el dato de prueba por significado no se desahoga (el mismo artículo 199 de este código lo define así). No obstante, nos inclinamos a pensar que sólo pueden anunciarse datos de prueba. En cambio, los artículos 282 y 283 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua determinan la posibilidad de presentar medios de prueba. El 408 de la iniciativa del código federal establece que sólo procederá la suspensión cuando se vayan a *desahogar datos de prueba*, pero en el mismo artículo se confirma que se trata de medios de prueba.

7. El auto de vinculación a proceso

El *auto de vinculación a proceso* es naturalmente el núcleo de esta audiencia, y podríamos definirlo como la resolución expedida por el juez de control en la cual determina que existen elementos suficientes para considerar que existe un delito y una probable responsabilidad, definiendo el litigio que deberá ser resuelto con el proceso.

Es imprescindible hacer una breve distinción entre el Auto de Vinculación a Proceso y el Auto de Formal Prisión o de Sujeción a Proceso. Las principales diferencias las podemos sintetizar en: 1) El auto de formal prisión o de sujeción a proceso se fundamenta en el expediente de averiguación previa que conoce el juez gracias a la consignación, mientras que en el auto de vinculación a proceso el juez de control decide con base en datos de prueba que son referidos por el fiscal y los datos o medios de prueba de la defensa, según el caso; 2) cuando se dicta el auto de formal prisión o de sujeción a proceso la averiguación previa ya ha terminado, en cambio, después de dictarse el auto de vinculación a proceso se fija un plazo para concluir la investigación, es decir, que la investigación ministerial continúa después de la resolución; 3) el auto de formal prisión implica la imposición de la

medida cautelar de la prisión preventiva sin un debate sobre la necesidad de la medida, en cambio, el auto de vinculación a proceso posibilita la imposición de una medida cautelar y de cualquier otra medida cautelar, pero finalmente se tendrá que debatir y justificar *la necesidad de cautela*; 4) el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso generalmente se expide después de un periodo de detención que podría llegar a las 72 horas, o más si la defensa lo solicita, mientras que el auto de vinculación a proceso no requiere de un periodo tan largo de tiempo, pues todos los asuntos relevantes se tratan en audiencia pública y oral y, 5) debido a que el Auto de Vinculación a Proceso se dicta en audiencia, se puede aprovechar este momento para realizar otros actos procesales que reducen drásticamente la duración del proceso. Nos referimos al procedimiento abreviado, el juicio inmediato y otras peticiones, mientras que la naturaleza escrita del auto de formal prisión impide que se pueda utilizar la oportunidad para realizar otros actos procesales.

Los requisitos para que proceda el auto de vinculación a proceso son:⁴² a) que se haya formulado la imputación, lo que se satisface con la audiencia de formulación de la imputación, normalmente; b) que el imputado haya declarado o manifestado su deseo de no declarar, lo que puede ocurrir después de la audiencia de formulación de la imputación, inmediatamente antes de dictarse el auto de vinculación a proceso o en cualquier otro momento previo; c) que de los datos de prueba se permita establecer razonablemente la existencia del delito y la probable participación del imputado en el hecho, lo que ocurre con lo que nosotros señalamos como pasos 3 y 4 de esta audiencia, y d) que no se encuentre demostrado por encima de toda duda razonable una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación, este evidentemente se deriva de un análisis que debe realizar el juez de control, y si bien resulta paradigmático que sólo en caso de certeza de la inocencia no debe dictar el auto de vinculación a proceso, esto tiene una explicación y es que, como hemos referido anteriormente, el auto de vinculación a proceso es una resolución *sui generis* del proceso penal y a final de cuentas estamos en un momento procesal en que no se está definiendo sobre la culpabilidad del imputado, sino sólo determinando que es probable que haya participado. De tal forma de que si, en base a los antecedentes, el juez estima que el imputado es inocente pero tiene una duda razonable de que no lo sea, debe dictar auto de vinculación a proceso.

42 Artículo 284 del Código Procesal Penal de Yucatán, 280 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 409 de la iniciativa del Código Federal, que a diferencia no exige que el imputado haya declarado o se haya abstenido de declarar y el último requisito lo dispone en los siguientes términos "Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito".

El juez de control debe dictar el auto de vinculación a proceso por el hecho o hechos motivo de la imputación, pero podrá no admitir alguno de ellos u otorgar libremente una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público.⁴³ Esta posibilidad de modificar la calificación jurídica representa una problemática interesante. Como argumentos en contra de esta modificación se podrían esgrimir que el juez de control estaría sobrepasando su función e interviniendo en la dirección de la investigación y que no parece claro si esta modificación la puede hacer el juez de manera oficiosa o sólo a solicitud de parte, lo que podría representar en el primer caso que el juez de control se convierta en una especie de acusador, como ocurría en el sistema de justicia penal tradicional. A favor de esta hipótesis podemos señalar que esta modificación evitaría que el Ministerio Público abuse de su facultad de dirigir autónomamente la investigación e impute delitos diferentes a los que demuestran los hechos, lo que podría derivar en que se dicte auto de no vinculación a proceso, a pesar de haber datos de prueba que demuestren un delito diferente al imputado, o bien gracias a la diferente imputación se alcancen ciertos efectos procesales como es el caso de justificar una detención urgente por ser delito grave, de que proceda una salida alterna o cualquier otro efecto que dependa del auto de vinculación a proceso.

A pesar de que los códigos analizados coinciden en esta facultad de modificar la calificación jurídica, creemos que es incorrecta y que violenta el sistema acusatorio en esencia. La investigación y las líneas de investigación que se utilicen deberán ser, en la medida de lo posible, decisiones autónomas del fiscal. Lo que nos parece más grave en todo esto es que, como ocurre en el sistema de justicia penal anterior a la reforma, los jueces de control aplicarán una especie de suplencia de la queja a favor del fiscal, lo que no tiene cabida en un sistema acusatorio.

El contenido del auto de vinculación a proceso tiene una característica peculiar, pues la mayoría de los códigos señalan un contenido que no se traduce en la decisión del juez de control en un momento preciso de la audiencia, sino que incorporan decisiones que se van realizando durante toda la audiencia.

43 Artículo 284 del Código Procesal Penal de Yucatán, 280 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 409 de la iniciativa del Código Federal.

El auto de vinculación a proceso, que normalmente se transcribe para quedar asentado por escrito incorpora, de acuerdo al artículo 285 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán:⁴⁴

- a) Los datos personales del imputado.
- b) La relación clara, precisa y circunstanciada del hecho o hechos delictuosos, refiriendo el tiempo, modo y lugar de su comisión, y la probable participación del imputado.
- c) Lo resuelto en su caso, sobre medidas cautelares de carácter real o personal.
- d) El plazo para el cierre de la investigación o el cierre de la misma en caso de juicio inmediato.

Lo referente al inciso c y d, son cuestiones que surgen normalmente en un momento posterior a la decisión sobre la vinculación a proceso como tal; por ende serán analizados posteriormente.

Ahora bien, a pesar de definirse el auto de vinculación a proceso como un conjunto de decisiones aisladas, no sería incorrecto considerar que el auto de vinculación a proceso (en estricto sentido, si se quiere) consiste sólo en aquella decisión del juez de control, fundamentada en los datos de prueba expuestos en la audiencia, de que existen elementos suficientes para determinar la existencia del delito y la probable responsabilidad.

Sobre los *efectos* de la vinculación a proceso, nosotros estimamos que deben ser los siguientes:⁴⁵ a) interrumpir la prescripción de la acción penal (no obstante este efecto se

44 El artículo 410 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales coincide con el de Yucatán, sólo que no se contempla el juicio inmediato, no se incorporan la decisión de medidas cautelares y el inciso b) de Yucatán queda redactado de la siguiente manera: ii. Los datos que establezcan que se ha cometido el hecho que la ley señale como delito que se le imputa, y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, en los términos del art. 409 de este código; iii. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución. El Código de Procedimientos Penales de Chihuahua por su parte no establece un contenido mínimo.

45 El artículo 286 del Código Procesal Penal de Yucatán señala: La vinculación a proceso tendrá el efecto de fijar el hecho o los hechos punibles sobre los cuales se continuará el proceso de investigación en la etapa preliminar y que servirán, en las demás etapas del proceso, para determinar las formas anticipadas de terminación del mismo, el procedimiento abreviado, la apertura a juicio o el sobreseimiento. Asimismo, a partir de este momento comenzará a correr el plazo para el cierre de la investigación; disposición que coincide con el art. 412 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales sólo que agrega el efecto de sujetar el imputado al proceso. En el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua no se establece una disposición expresa.

suele atribuir a la formulación de la imputación); *b*) el ministerio público pierde sus facultades discrecionales de terminación anticipada, con excepción del criterio de oportunidad (efectos que también se suelen señalar para momentos previos); *c*) comenzará a correr el plazo para el cierre de la investigación (aunque en estricto sentido se dicta primero la vinculación y luego se fija el plazo), y *d*) se fijará el hecho o los hechos delictivos sobre los cuales se continuará el proceso de investigación en la etapa preliminar y que servirán, en las demás etapas del proceso, para determinar las formas anticipadas de terminación del proceso, el procedimiento abreviado, la apertura a juicio o el sobreseimiento (esto es la fijación del principio de congruencia, no obstante estimamos que si bien debe haber una congruencia entre la imputación, la vinculación a proceso, la acusación y la sentencia, la congruencia no tiene que ser plena entre todos, en particular debe ser muy escasa en la impugnación y la vinculación que se basan en la mayoría de los casos en hechos que aún no se han terminado de investigar, lo que hace natural y entendible que existan diferencias).

En caso de no satisfacerse los requisitos de la vinculación a proceso señalados previamente, el juez deberá dictar el *auto de no vinculación a proceso*, el cual tiene por efecto, de acuerdo con el artículo 287 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán,⁴⁶ la cancelación de cualquier medida cautelar que se hubiere dictado, siendo posible que el Ministerio Público continúe con la investigación y formule nuevamente imputación dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que fue notificada la no vinculación a proceso. Consideramos adecuado el uso de este plazo del fiscal para volver a intentar la vinculación a proceso, pero también se deben agregar en los códigos disposiciones que refieran la imposibilidad de intentar nuevamente la vinculación después de dos resoluciones de auto de no vinculación a proceso.

8. Actuaciones posteriores al auto de vinculación a proceso

Después de que se haya declarado la vinculación a proceso se podrá discutir sobre la *imposición de medidas cautelares*, debate que podrá realizarse incluso de forma previa a la vinculación pero cuya decisión final queda supeditada al auto de vinculación; es decir, si no hay auto de vinculación no pueden aplicarse medidas cautelares. En consecuencia, si bien no es imperativo discutir las medidas cautelares de forma previa a la vinculación, tampoco

⁴⁶ Artículos 281 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 411 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales. No obstante, ninguno de los dos establece un plazo máximo para poder solicitar la imputación.

tiene mucho sentido hacerlo. Es importante destacar que las medidas cautelares son aquellos instrumentos provisionales que puede imponer el juez de control para garantizar el correcto desarrollo del proceso penal y de sus fines, pudiendo imponer medidas cautelares tan gravosas como la prisión preventiva o leves como que el imputado acuda a firmar cada determinado tiempo en una institución determinada.

Por lo que se refiere al *plazo de investigación*, lo podríamos definir como: el plazo fijado por el juez de control en la audiencia de vinculación a proceso y que determina la duración de la investigación formalizada que comienza a transcurrir desde el auto de vinculación a proceso hasta el cierre de investigación.

Como se puede observar, el plazo de investigación definido es un plazo jurisdiccional, pero este está limitado por los plazos determinados por los mismos códigos, lo que se denomina *plazo legal de investigación*.

El plazo legal de investigación en México se suele fijar en dos meses si el delito tiene una pena máxima inferior a los dos años de prisión y de seis meses si la pena excede de este tiempo.⁴⁷ Los criterios para determinar este plazo se refieren principalmente a la complejidad de los hechos, la gravedad del mismo y el nivel de afectación de las medidas cautelares impuestas.

El plazo de investigación puede ser prorrogado por el juez de control a solicitud del fiscal, pero en este caso el plazo total no puede superar en ninguna circunstancia el plazo legal de la investigación.⁴⁸

Se destaca que en el caso de Yucatán se establece una figura denominada el *juicio inmediato* que consiste en la renuncia por parte del fiscal de un plazo judicial de investigación.

Finalmente, cabe referir otras peticiones que se pueden hacer en esta audiencia, aprovechando el contexto de la misma. Nos limitaremos a enunciarlas, así tenemos que

47 Artículos 291 del Código Procesal Penal de Yucatán, 507 de la iniciativa del Código de Procedimientos Penales, 285 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua que señala bajo los mismos criterios un plazo de dos meses o de ocho meses.

48 Artículos 291 del Código Procesal Penal de Yucatán, 286 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 416 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales.

como en todas las audiencias las partes suelen solicitar una copia del registro de la misma, solicitar que se aplique la suspensión condicional del proceso, que inicie un procedimiento de justicia restaurativa, solicitar el procedimiento abreviado, la nulidad de un acto procesal (como podría ser la misma detención), que se desahogue una prueba anticipada, que la defensa solicite la aplicación de medidas para poder realizar determinado acto de investigación o que ordene al fiscal medidas para garantizar el acceso a la carpeta de investigación, etcétera.

IV. INVESTIGACIÓN FORMALIZADA

la investigación formalizada es aquella realizada de forma posterior a la vinculación a proceso (o posterior a la formalización de la imputación, dependiendo de lo que se entienda por formalizado, *Vid supra* 1.4).

En realidad no es necesario hacer un análisis sobre este tipo de investigación, pues en términos generales tanto la desformalizada como la formalizada consisten en lo mismo, siendo las principales diferencias que en la primera no existe un plazo, ni medidas cautelares y que probablemente no se ejercite plenamente el derecho de defensa adecuada.

1. El cierre de la investigación

El *cierre de la investigación* es el acto ministerial que determina que se han practicado las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, con base en las cuales se realizará la acusación o se solicitará el sobreseimiento o la suspensión.

El cierre de la investigación puede ocurrir por dos situaciones, la primera consiste en un cierre de investigación declarado de forma autónoma por el fiscal, y el segundo por haber transcurrido el plazo judicial decretado en la audiencia de vinculación a proceso.

El cierre de la investigación de forma autónoma por el fiscal consiste en una resolución sencilla que deberá ser comunicada al juez de control, quien notificará a los intervinientes.

Si se trata del transcurso del plazo judicial de investigación, el fiscal puede solicitar su prórroga como referimos anteriormente. El artículo 291 del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán⁴⁹ establece que si el fiscal no declara cerrada la investigación o no solicita su prórroga el imputado o la parte coadyuvante podrán solicitar al juez que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre. E incluso si las partes no lo solicitan, el juez puede hacerlo de oficio.

El apercibimiento en Yucatán se traduce en que el juez cite a los intervinientes a una audiencia y si el fiscal no comparece a la audiencia o si compareciendo se negare a declarar cerrada la investigación, el juez decretará el sobreseimiento. Si por el contrario el fiscal asiste a la audiencia y se allana a la solicitud de cierre, hará el cierre en la misma audiencia.⁵⁰

Una vez cerrada la investigación en los términos mencionados, el fiscal en un plazo no mayor de diez días podrá solicitar el sobreseimiento parcial o total, la suspensión del proceso o formular acusación.

2. Reapertura de la investigación

Antes de analizar los supuestos anteriores, creemos conveniente estudiar la *reapertura de la investigación*.⁵¹ Este procedimiento se fundamenta en que el fiscal no está obligado a realizar las diligencias solicitadas por los intervinientes con base en la dirección autónoma

49 El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua coincide, sólo que faculta a la víctima u ofendido en lugar de la parte coadyuvante para solicitar el apercibimiento al fiscal y este medio de apremio, consiste en que el juez de control informará al superior jerárquico del agente del Ministerio Público que actúa en el proceso, para que cierre la investigación en el plazo de diez días, así como para que proceda en los términos legales correspondientes. Y si a pesar de lo anterior no se cierra la investigación el efecto no será el sobreseimiento como en Yucatán, sino el cierre de la investigación de forma oficiosa por el juez. El art. 418 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, a pesar de ser ligeramente diferente, establece una regulación similar al Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, sólo que no existe un acto de cierre de investigación como tal, sino que se entiende implícitamente hecho y si no hace la actuación que procede después de este cierre el juez de oficio ordenará el sobreseimiento.

50 Cuando ocurre el cierre en audiencia como en este caso, nos parece que se hace innecesaria la notificación a los intervinientes que ocurre cuando se cierra la investigación de forma ordinaria. Asimismo nos parece oportuno solicitar en esta audiencia la reapertura de investigación, si es el caso y en los términos que se analizan en el presente capítulo.

51 Artículos 303 del Código Procesal Penal de Yucatán, el 293 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 427 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales diseñan la figura de forma diferente, pues establece que se puede solicitar la reapertura hasta antes del fin de la audiencia intermedia (que vendría a ser el auto de apertura a juicio oral), estimamos que no existe nada que imposibilite se desarrolle de esta forma, pero sí podría crearse una situación bastante peligrosa que explico con un ejemplo: el fiscal cierra investigación el día 0, en el día 10 acusa, en el día 11 el juez de control cita a la audiencia intermedia que tendrá lugar el día 45 (según el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua el juez citará a audiencia intermedia entre 20 o 30 días hábiles), el día 45 en la audiencia intermedia la víctima solicita que se reabra la investigación, el juez concede un plazo de cinco días para que se realice la diligencia, se concluye exitosamente y el día 50 se vuelve a cerrar la investigación, lo que nos vuelve a situar en lo ocurrido el día 0 y suponiendo que se den los mismos plazos, la audiencia intermedia se realizaría en el día 95. Es decir, se estarían perdiendo más de mes y medio que pudieran haberse previsto, pues no haya nada que impida ni que justifique que los intervinientes soliciten la reapertura en el último momento. En la iniciativa se manifiesta que se puede solicitar la reapertura de la investigación hasta el último momento, pero no señala que ocurre una vez que se concluye la diligencia, lo que también nos podría colocar en una situación de riesgo debido a que se puede interpretar que una vez concluida la diligencia, se cerrará nuevamente la investigación y se continuará en el momento en que estaba el proceso antes de que se decretara la reapertura, pero las pruebas del Ministerio Público y la víctima se suelen ofrecer en un momento procesal previo a la audiencia intermedia para garantizar que la defensa las conozca y las pueda objetar en esta audiencia (la defensa puede ofrecer pruebas en la misma audiencia), entonces estamos en la dicotomía de que si ya venció el término para ofrecer pruebas, las diligencias de investigación realizadas no podrán ofrecerse, a menos que sean de la defensa o bien podrán ofrecerse en cualquier momento y en este sentido anular el principio implícito de que la defensa tiene que conocer las pruebas en su contra con un plazo más o menos razonable.

de la investigación, pero una vez cerrada la investigación tanto el imputado como la víctima dentro de los diez días posteriores al cierre de la investigación puede concurrir con el juez de control para que este ordene la reapertura de la investigación y ordene la diligencia de investigación solicitada.

Independientemente de los criterios de necesidad y conveniencia de la diligencia de investigación que debe utilizar el juez de control, también se deben de dar las siguientes condiciones: *a)* los solicitantes debieron haber solicitado previamente al fiscal la diligencia de investigación respectiva, *b)* el fiscal rechazó la práctica de la diligencia u omitido su realización, *c)* que la diligencia no se hubiere cumplido no por negligencia o hecho imputable a los solicitantes, y *d)* que la diligencia no sea impertinente, tenga por objeto probar hechos públicos o notorios o sean puramente dilatorios.

Una vez practicadas las diligencias que el juez de control ordene, se cerrará nuevamente la investigación y el fiscal contará nuevamente con un plazo de diez días en los términos mencionados.

En Yucatán existe un vacío legal para la reapertura de investigación, pues una vez cerrada la investigación, el fiscal tiene diez días para tomar una resolución, que generalmente resulta en una acusación y la víctima y el imputado tienen un plazo idéntico para solicitar la reapertura de la investigación. Por lo que no es difícil, por ejemplo, que el fiscal cierre la investigación, presente su acusación en cinco días ante el juez de control y el juez de control al día siguiente cite a audiencia intermedia, mientras que tanto al imputado como a la víctima aún les estaría transcurriendo el plazo para solicitar la reapertura de la investigación, lo que generaría situaciones bastante complejas. Es por ello que estimamos que se debe determinar en los códigos un plazo para solicitar la reapertura de la investigación, de por ejemplo cinco días a partir del cierre de la investigación y que el fiscal pueda presentar la acusación, la suspensión o el sobreseimiento entre los cinco y diez días posteriores a la acusación siempre que no se haya decretado la reapertura de la investigación.

3. Determinación del fiscal después del cierre de la investigación

Una vez tratado el tema de la reapertura de la investigación, regresamos al cierre de la investigación y los actos que el fiscal puede realizar en ese plazo de diez días, que repetimos puede ser: solicitar el sobreseimiento parcial o total, solicitar la suspensión del proceso o formular acusación. Si en el plazo de diez días el fiscal no realiza una de estas facultades decretará extinguida la acción penal y el sobreseimiento.

La acusación es un acto fundamental del nuevo sistema de justicia penal y significa que el fiscal, habiendo acabado su investigación, cuenta con los elementos suficientes para obtener una sentencia condenatoria en un juicio oral en contra del imputado.

Tanto si el fiscal solicita la suspensión o el sobreseimiento, deberá comunicárselo al juez de control, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia que tendrá lugar en un plazo de cinco días, en la que se resolverá lo conducente.⁵²

4. Solicitar el sobreseimiento

El *sobreseimiento*, es la resolución judicial por la cual se declara que existe un obstáculo o hecho que impide la decisión sobre el fondo de la controversia.⁵³

El sobreseimiento significa, por ende, la conclusión anticipada del proceso y tiene efectos de cosa juzgada, por la cual no podrá seguirse otro proceso por los mismos hechos contra el mismo imputado. Las causales de sobreseimiento⁵⁴ son las siguientes: a) se demuestre que el hecho no se cometió; b) el hecho investigado no constituye delito; c) apareciere claramente establecida la inocencia del imputado; d) el imputado esté exento de responsabilidad penal; e) se hubiere extinguido la acción penal por algunos de los motivos establecidos en la ley; f) sobrevenga un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a la responsabilidad penal del imputado; g) el hecho de que se trate, haya sido materia de un

52 Artículos 293 del Código Procesal Penal de Yucatán, 288 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 419 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, que por el contrario señala, que el juez resolverá sin sustanciación lo que corresponda, salvo disposición en contrario o que estime indispensable realizar audiencia, en cuyo caso convocará a las partes. Creemos que es oportuna la regulación de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, pues en realidad no existe posibilidad de forzar la acusación.

53 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*. t. VIII [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, [citado 19-10-2011], disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1175>.

54 Arts. 294 del Código Procesal Penal de Yucatán, 288 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 420 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales. Existe una ligera variación entre los ordenamientos jurídicos, pero coinciden en lo esencial.

proceso penal en el cual hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado; h) una nueva ley suprima el carácter de ilícito al hecho por el cual se viene siguiendo el proceso, e i) Las demás causas que disponga el código.

El sobreseimiento puede ser total o parcial, será *total* cuando se refiera a todos los delitos y a todos los imputados, y *parcial* cuando se refiera a uno o más delitos o a uno o más imputados, pero no a todos ellos.

5. Solicitar la suspensión del proceso

La *suspensión del proceso* es la resolución dictada por el juez de control cuando el fiscal, a pesar de haber concluido su investigación, no puede proseguir con el proceso penal, por encontrarse un impedimento que no extingue la acción penal, como es el caso del sobreseimiento, pero sí imposibilita la realización del juicio oral.

Es menester señalar que la suspensión del proceso no es lo mismo que la salida alterna de la suspensión condicional del proceso u otras suspensiones del proceso, como la ocurrida para alcanzar acuerdos reparatorios.

Las causales para decretar la suspensión del proceso son las siguientes:⁵⁵

- a) Cuando para el juzgamiento penal se requiera la resolución previa de una cuestión prejudicial que, según la ley, deba ser resuelta en un proceso independiente;
- b) Cuando declarado sustraído de la acción de la justicia el imputado, se requiera su presencia en alguna audiencia, y
- c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado caiga en enajenación mental transitoria, se encuentre en estado de coma o situación análoga.

⁵⁵ Artículo 297 del Código Procesal Penal de Yucatán, 290 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, y 425 de la iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, que estructura lo señalado como inciso a) en los siguientes términos: "Se descubre que el delito es de aquellos respecto de los cuales no se puede proceder sin que sean satisfechos determinados requisitos y estos no se hubieren llenado".

La declaración de la suspensión no limita las actuaciones de investigación, sino que imposibilita el desarrollo de audiencias y en particular del juicio oral. Una vez cesadas lo que motivó la suspensión, se deberá continuar con el procedimiento.

El Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán regula ciertos aspectos de *prejudicialidad*, en su artículo 298⁵⁶ faculta al juez para examinar las cuestiones civiles y administrativas que se presenten con motivo del conocimiento de los hechos investigados, cuando las mismas aparezcan íntimamente ligadas al hecho punible, que sea racionalmente imposible su separación; y para decidir sobre ellos con el sólo efecto de determinar si el imputado ha incurrido en delito.

No obstante, si la cuestión prejudicial es una controversia sobre el estado civil de las personas, se establece el siguiente procedimiento: los jueces otorgan un plazo de quince días para que se acuda al tribunal civil competente y un plazo de seis meses para que se resuelva la cuestión en los tribunales, plazo durante el cual el proceso estará suspendido. Si la parte a quien le correspondía acudir a los tribunales no lo hizo de conformidad al plazo, o bien la cuestión prejudicial no fue resuelta en el plazo de la suspensión, el tribunal penal podrá resolver la cuestión prejudicial ateniéndose a las pruebas que según la legislación correspondiente, sean admisibles.

Por lo que se refiere al imputado *sustraído de la acción de la justicia*, los códigos señalan causales para declarar esta sustracción, que son que el imputado injustificadamente no comparezca a una citación judicial, se evada del establecimiento o lugar donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso.⁵⁷

El efecto de la sustracción de la acción de justicia es la suspensión del proceso, en particular de las audiencias de vinculación a proceso, la intermedia y juicio oral, salvo que corresponda aplicar una medida de seguridad, asimismo se podrá dictar la orden de aprehensión o de comparecencia y eventualmente será justificado la modificación de las decisiones sobre medidas cautelares.⁵⁸

56 El Código de Procedimientos Penales de Chihuahua señala en el art. 81 disposición similar, pero no faculta a los tribunales penales para resolver la cuestión prejudicial, porque la suspensión puede ser indeterminada. La iniciativa del Código Federal de Procedimientos Penales, por su parte, no señala disposición relativa.

57 Arts. 301 del Código Procesal Penal de Yucatán, y 131 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua.

58 Arts. 301 y 302 del Código Procesal Penal de Yucatán y 132 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, que a diferencia señala que la incomparecencia del imputado a la audiencia de vinculación a proceso no suspenderá la audiencia, cuestión que a nuestro juicio parece injustificada, porque no tiene ningún objeto vincular a proceso con el imputado sustraído de la acción de la justicia.

Sobre la *incapacidad sobreviniente del imputado*, se destaca que se refiere sólo a los casos en que estas circunstancias sobrevengan de forma posterior al delito, pues si el imputado cometió el delito en estado de enajenación mental, deberá ser juzgado pero de acuerdo al procedimiento seguido para inimputables.

6. El forzamiento de la acusación

En México se avanzó de manera importante con respecto a la participación de la víctima dentro del proceso penal, no obstante, se pudieron tomar otras medidas que impliquen un mayor control de la víctima dentro del proceso, como ocurre en el sistema procesal penal chileno.

La figura de forzamiento de la acusación, que no está vigente en ninguno de los códigos analizados, pero está en el Código Modelo para las Entidades Federativas y en uno de los anteproyectos del Código Procesal Penal para el Estado de Yucatán.

El forzamiento de la acusación es un procedimiento breve que ocurre cuando el fiscal solicita el sobreseimiento y la víctima constituida en acusadora particular, acusador coadyuvante o parte coadyuvante (dependiendo del código) se opone, lo que causa que el juez de control le señale al superior del fiscal la solicitud del sobreseimiento para que ratifique la decisión de sobreseimiento o presente acusación. Si no se presenta acusación, entonces el acusador particular podrá acusar en lugar del fiscal y participar en la etapa intermedia y de juicio oral con las funciones que correspondían originalmente en el Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA

- *Bardales, Erika y Camilo Constantino, "La carpeta de investigación en el proceso penal acusatorio", Revista Astrea, núm. 1, agosto, 2010, p. x.*
- *Constantino Rivera, Camilo, Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio, México, Magister, 2009, p. 43.*
- *García Máynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, México, Porrúa, 2005, p. x.*
- *Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, Derecho Procesal Penal Chileno, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, t. 1, p. 471.*

GARANTISMO PENAL Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL
EN MATERIA DE SEGURIDAD Y JUSTICIA.

LUIS DAVID COAÑA BE*





INTRODUCCIÓN

Para nadie es un secreto que la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, constituye un cambio de paradigma que abarca cuatro puntos cardinales del sistema penal mexicano:

- a) Procuración de justicia;
- b) Impartición de justicia;
- c) Sistema penitenciario;
- d) Sistema de seguridad pública.

Así, resulta evidente que la reforma en cuestión va más allá de un simple cambio de un sistema escrito a uno de tipo oral o de uno de corte inquisitivo a uno de tipo acusatorio, como algunos han querido hacernos ver; no, la reforma constitucional introduce conceptos que constituyen un verdadero cambio en la forma en que pensamos a nuestro sistema penal en su totalidad y que, para su correcta implementación, requiere un pleno entendimiento y convencimiento por parte de quienes serán los operadores jurídicos y, en general, de la población mexicana.

Por ello, con el ánimo de contribuir al cambio cultural que se requiere, surge la intención en el presente artículo de abordar la reforma constitucional desde el crisol del garantismo penal; corriente filosófica-jurídica, surgida de la doctrina penal italiana, que actualmente permea en diversos ordenamientos penales no sólo de nuestro país, sino del continente americano e incluso de todo el planeta.

En primer término se analizará qué es el garantismo penal, partiendo desde sus orígenes, pasando por sus distintas acepciones y aterrizando, de modo general, en los diversos postulados que lo sostienen, para finalmente identificar en qué partes de la reforma constitucional podemos ubicar los principales axiomas garantistas.

I. GARANTISMO: POR UN DERECHO PENAL MÁS HUMANO Y RAZONABLE

1. Orígenes del garantismo

La dignidad del ser humano, la centralidad de este como persona y el respeto a su esencia, han sido motivo de una búsqueda permanente en la ciencia del derecho –concretamente en el derecho penal– que proviene del derecho romano y continúa hasta nuestros días.¹ Sin embargo, hasta mediados del siglo XVIII, el derecho penal había servido más, primero, como venganza privada de la víctima y, después, como discurso legitimador de la crueldad y dureza del poder punitivo del Estado,² que como saber jurídico preocupado por limitar este poder y defender los derechos y libertades de las personas.

El primer esbozo por humanizar al derecho penal ocurrió en 1631 con la aparición de la obra intitulada *Cautio criminalis*, escrita por *Friedrich von Langenfeld*, en la cual vertió una dura crítica al proceso inquisitorial de aquella época, denunciando las brutales torturas a que eran sometidos quienes eran acusados de algún delito, lo que los llevaba a confesar cualquier cosa, así como la insensatez de las creencias en los poderes de las brujas y del diablo, todo lo cual sólo servía para fortalecer a los autores de los discursos oficiales de la Iglesia y para proveer de chivos expiatorios a los príncipes, que de ese modo podían atribuir todos los males al diablo y a las brujas y así eximirse toda responsabilidad. Pero además *von Langenfeld* puso de manifiesto la corrupción del poder inquisitorial, revelando que los participantes cobraban por bruja quemada y, además, puerta a puerta solicitaban contribuciones voluntarias para “protección”.³

Sin embargo, no fue sino hasta mediados del siglo XVIII, el denominado Siglo de las Luces, que con el surgimiento del movimiento denominado la Ilustración, pensadores como *Hobbes* y *Locke*, en primera instancia, posteriormente *Kant*, *Rousseau*, *Montesquieu* y, en materia de política criminal, *Beccaria*, *Filangieri*, *Verri*, *Hommel* y *Sonnenfels*, entre otros,

1 * Subdirector de Área en la Dirección General de Atención a Víctimas de la Subprocuraduría de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. Maestro en Derecho Penal y Amparo.

Eugenio Raúl Zaffaroni, *El humanismo en el derecho penal*, México, Ubijus, 2009, p. 7.

2 Así, tenemos que el derecho penal en un principio se regía por la venganza, comprendiendo esta etapa cuatro subfases: la venganza privada, conocida también como la de la Ley del Talión, la venganza familiar; la venganza divina, y la venganza pública, cuyas reglas se contenían en el Código de Hammurabi y la Ley de las XII Tablas (en la época del imperio romano); posteriormente se dio paso, en materia penal, a la aparición de los *libris terribilis* del Digesto en los que se establecieron penas sumamente arbitrarias; después, el derecho canónico es recordado por ser uno de los más crueles al establecer como medios de prueba las ordalías y los juicios de Dios, entre otros terribles medios de convicción, así como contar con un Tribunal de la Santa Inquisición caracterizado por llevar procesos e imponer penas desproporcionales e infamantes. Véase Miguel Macedo, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, UNAM, 2010, pp. 15-36.

3 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2a. ed., 2006, pp. 207 y 208.

se empezaron a introducir en las legislaciones de la época, conceptos que permitieran a la sociedad contar con un sistema de justicia penal más humano, que respetara la dignidad de las personas;⁴ en pocas palabras, comenzaron a pugnar por lo que hoy conocemos como un derecho penal de corte liberal.

Y es que precisamente los ideales que enarbolaron los movimientos ilustrados y liberales del siglo XVIII fueron los primeros que intentaron poner límites a la autoridad del Estado y consagrar los fundamentos de la democracia, contrapuestos al poder autoritario de los gobernantes. En materia penal, esto significó limitar la acción punible del soberano y encauzar los procedimientos de justicia con reglas apegadas a los principios de lo que hoy se conoce como debido proceso.

En ese sentido, una de las obras que influyeron en forma notoria no sólo en el pensamiento penal, sino incluso en las leyes de la materia de aquella época, es el tratado denominado *De los delitos y de las penas*, cuya autoría corresponde a Cesare Bonesana, marqués de Beccaria. En él se establecieron las bases político-criminales de un derecho penal humanizado, respetuoso de la dignidad humana, es decir, los cimientos de lo que posteriormente sería la doctrina garantista del derecho penal.

Beccaria, cercano a la línea argumentativa de *Rousseau*, fue el primero en mencionar lo que hoy se considera como principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen nulla poena sine lege*). En ese sentido señalaba: “sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”.⁵

También mencionaba, entre otras cosas no menos importantes, que las penas debían ser proporcionales al daño social causado con el delito; rechazaba duramente la crueldad inusitada de estas y de la tortura, que era el medio de prueba más usual en los procesos penales de la época, así como también sostenía que debía abolirse la pena de muerte.⁶

4 Hay que contextualizar aquella época, marcada, principalmente, por un sistema penal descarnado, cuya eficacia se cimentaba en la dureza de las penas, con el objetivo de fortalecer las monarquías imperantes y respaldar su autoridad totalitaria.

5 Cesar Beccaria, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2005, p. 22.

6 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual del derecho penal*, op. cit., p. 219.

Fue así como el impacto generado por la publicación del libro de Beccaria contribuyó a cambiar el pensamiento penal de su tiempo, que derivó en la implementación sustancial de los principios liberales que al día de hoy sustentan un proceso penal de corte garantista. El periodo del derecho penal inquisitivo fue reemplazado por el periodo de humanización de las penas. Surgieron principios que, al día de hoy, todavía tratan de conciliar la finalidad represiva de las normas punitivas con un sistema de garantías jurídico-penales para los acusados, entre los que tenemos a la presunción de inocencia.⁷

La obra de Beccaria fue rápidamente traducida a varias lenguas e influyó en todas las reformas penales de los déspotas ilustrados de su tiempo, verbigracia lo sucedido en Francia, en donde al traducirse la obra al francés, contribuyó a que desaparecieran diversas penas atroces que se encontraban previstas en la legislación penal. Pero además, en otros países, motivó a que surgieron pensadores y obras similares a la de Beccaria, como en España, donde Manuel de Lardizabal y Uribe, quien había nacido en México, presentó su obra *Discurso sobre las penas*, o en Alemania con *Hommel* quien trajo a Beccaria, por solo mencionar a algunos pensadores ilustrados del mismo corte.

Prieto Sanchís arguye que el siglo XVIII realmente aportó algo original tanto en el plano especulativo, como en la práctica penal:

cabe decir que una buena parte de las ideas y valores que siguen procurando algún punto de humanidad, se forjaron en el siglo XVIII: Los derechos humanos, el constitucionalismo, la democracia política y el gobierno representativo, el cosmopolitismo e incluso la solidaridad, cuyo precedente bien puede rastrearse en la venerable filantropía y desde luego también el garantismo penal que representa la más fecunda proyección a nuestros días de la filosofía jurídica ilustrada.⁸

Así, el siglo XVIII se constituyó como un auténtico parteaguas en la historia del pensamiento penal liberal y, por consiguiente, en un cimiento de la teoría garantista que surgiría dos siglos después.

7 Miguel Ángel Aguilar López, *Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio*, México, CIF, 2009, pp. 176 y 177.

8 Luis Prieto Sanchís, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003, p. 11.

2. ¿QUÉ ES EL GARANTISMO?

A) Una ideología y un modelo de política criminal

El garantismo contiene una doble vertiente. Por una parte representa un tipo de ideología penal, pero también, por otra, constituye un modelo de política criminal de Estado. Por ello, consideramos menester, en primer término, definir ambos términos.

Por “ideología”, recuerda Abbagnano, se entiende “todo aquel conjunto de creencias o sistema de ideas que siendo útiles son adoptadas para el control de los comportamientos colectivos, independientemente del contenido de la validez objetiva de sus afirmaciones”.⁹ Es decir, son los argumentos utilizados por el poder establecido (Estado) para la consecución de sus objetivos, en la inteligencia de que pueden responder a afirmaciones ciertas o bien aprovechar de ellas sólo los aspectos más utilizables y manejables para la consecución de sus objetivos; incluso, pueden llegar a manejar contenidos oscuros o hasta imaginarios.

En ese sentido, es necesario precisar que todos los países del orbe cuentan con una o varias ideologías. Empero, si cada cabeza es un mundo, nos encontramos, pues, ante la problemática del relativismo cultural, es decir, que lo que es bueno y aceptado por un grupo social, puede ser reprobado por otro.

Respecto a la política criminal, debemos mencionar que Enrico Ferri le atribuyó a Feuerbach que por primera vez se utilizara la expresión “política criminal”; sin embargo, Jiménez de Asúa indicó que ello no es posible, puesto que cinco años antes de que apareciera su primer trabajo (1799), su “recalcitrante adversario” Kleinschrod, ya había hecho referencia a la expresión “política criminal”. Finalmente, Jiménez de Asúa consideró que le podemos atribuir esta expresión a Beccaria.¹⁰ Quizá por esta razón comentó alguna vez Carrancá y Trujillo que la política criminal encontró en Beccaria a “su augur” más sobresaliente e

9 Gustavo Malo Camacho, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 5a. ed., 2003, p. 24.

10 Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1963, t. I, pp. 171 y 172.

insuperable.¹¹ Ahora bien, la política criminal debe su difusión a Franz von Liszt, quien a partir de 1882 fijó la atención en un derecho penal basado en un Estado “social” de Derecho.¹²

Por otra parte, la política criminal no puede considerarse como una ciencia autónoma, estima Jiménez de Asúa.¹³ Sin embargo Jescheck y Weigend sí admiten que la política criminal sea una ciencia que se ocupa de la pregunta de cómo dirigir el derecho penal para poder cumplir de la mejor forma su misión de proteger a la sociedad.¹⁴

Al respecto, Claus Roxin difiere de lo antes señalado, pues expresa que la política criminal no puede ser considerada una ciencia, pero tampoco una configuración social. Más bien se trata de un híbrido de ambos. Se devanea entre teoría y práctica:

La política criminal se basa como ciencia en el conocimiento objetivo del delito en sus formas de aparición jurídicas y empíricas; por otro lado, pretende, como clase política, llevar a cabo ideas o intereses concretos. Como teoría, intenta desarrollar una estrategia decidida de lucha contra el delito; pero, como también ocurre por lo demás en la política, la realización práctica depende a menudo más de las realidades preexistentes que de la concepción ideológica.¹⁵

Así, el Estado de que se trate adopta una política criminal determinada para hacer cumplir su función en materia criminal; tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en una sociedad, actividad que realiza previniéndole y/o reprimiéndolo, a través de una serie de medidas de seguridad o penas, ya sean de carácter económico o privativas de libertad.¹⁶

Podemos referir entonces, que la política criminal conecta con las causas del delito, discute cómo deben ser redactadas correctamente las características de los tipos penales para

11 Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho penal mexicano, parte general*, México, Porrúa, 14a. ed., 1982, p. 34.

12 Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2a. ed., 2010, p. 198.

13 Luis Jiménez de Asúa, *Introducción al derecho penal*, México, Jurídica Universitaria, 2003, p. 79.

14 Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Granada, Comares, 5a. ed., 2002, p. 24.

15 Claus Roxin, “Acerca del desarrollo reciente de la política criminal” en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008, p. 293.

16 Luz Nuñez Camacho, “Poder legislativo y política criminal” en Gerardo Laveaga y Alberto Lujambio (coords.), *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, México, INACIPE, 2a. ed., 2009, p. 442.

corresponderse con la realidad del delito, intenta determinar la manera en que desarrollarán sus efectos las sanciones que se apliquen, toma en consideración hasta qué límite el legislador puede extender el derecho penal para no restringir más de lo necesario la esfera de libertades del ciudadano y prueba si el derecho penal material está adecuadamente configurado para poder ser aplicado en el proceso penal.¹⁷

De las definiciones esbozadas podemos advertir que ideología penal y política criminal se encuentran vinculadas ya que esta última es, en la mayoría de las veces, consecuencia de la primera.

B) El garantismo en sus distintas acepciones

Lo anterior resulta suficiente para poder establecer una definición de garantismo.

El garantismo, antes que nada, representa una ideología que surgió en la cultura jurídica penal italiana de mediados de los años setenta del siglo pasado, como respuesta teórica a la legislación y a la jurisdicción penal de emergencia que en esos momentos surgía y que redujo de forma notable el de por sí débil sistema de garantías procesales que regía en aquel entonces. En este sentido, el garantismo aparece indisolublemente vinculado a la tradición clásica del pensamiento penal liberal, dado que se relaciona con la exigencia, típica de la ilustración jurídica de que hablamos en el punto anterior, de la tutela del derecho a la vida, a la integridad y a la libertad personales y en general al respeto a la dignidad humana y a los derechos fundamentales de las personas, frente al poder punitivo que detenta el Estado.¹⁸

Así, por derechos fundamentales debemos comprender todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por estatus la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.¹⁹

17 Hans Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de...*, op. cit., p. 24.

18 Luigi Ferrajoli, "Garantías" en *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2010, p. 61.

19 Luigi Ferrajoli, "Derechos fundamentales" en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 3a. ed., 2007, p. 19.

Es por ello que el garantismo nace en el ámbito del derecho penal sustantivo y procesal para tutelar la dignidad humana y los derechos fundamentales de los individuos frente a cualquier manifestación de poder. Esto, dado que es precisamente en el *ius puniendi* donde se expresa la cara más dura o invasiva del Estado.²⁰

En ese sentido, podemos comprender el garantismo partiendo de dos concepciones:

- a) Como una ideología de modelo tipo de derecho penal que aporta ciertos principios básicos que deben ser respetados por todo Estado que aspire a ser constitucional y democrático de Derecho, y;
- b) Como modelo de política criminal respetuosa de los derechos fundamentales de las personas.

El principal exponente de la teoría garantista ha sido el jurista italiano Ferrajoli, quien con su obra *Derecho y razón* (que vio la luz en 1989) dio a conocer por primera vez el término garantismo.²¹ En su libro, Ferrajoli sentó las bases para la construcción de una estructurada y muy completa teoría del garantismo aplicado a la materia penal, partiendo de una noción básica de “garantía” entendida como “cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”.²²

El garantismo inicia de una idea de desconfianza hacia todo tipo de poder, ya sea público o privado, nacional o internacional. No se hace falsas esperanzas acerca de la existencia de “poderes buenos” que den cumplimiento espontáneo a los derechos, por ende, prefiere ver dichos poderes siempre limitados por vínculos jurídicos que los acoten y que preserven los derechos fundamentales de las personas.

En ese tenor, el garantismo penal se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado. En palabras de Ferrajoli “garantismo y derecho penal mínimo son, en efecto,

20 José Ramón Cossío Díaz, *Garantismo en serio*, revista *Nexos*, 1 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2099271>>.

21 Ferrajoli menciona que la palabra “garantismo” se trata de un neologismo que resulta de la ampliación del significado del término “garantía”. Véase Luigi Ferrajoli, “Garantías” en *Democracia y garantismo...*, op. cit., p. 61.

22 Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, México, CNDH, 2006, p. 31.

términos sinónimos que designan un modelo teórico y normativo de derecho penal capaz de minimizar la violencia de la intervención punitiva, tanto en la previsión legal como en su comprobación judicial, sometiéndola a estrictos límites impuestos para tutelar los derechos de las personas.”²³

Y esto es así merced a que, la legitimación del derecho penal obedece a su capacidad para disminuir la violencia, lo cual solo podrá alcanzarse a través del binomio prevención del delito y maximización de garantías, entendidos estos como los “fines” del derecho penal.²⁴

C) Tipos de garantismo

Ferrajoli ha establecido que, si bien el término garantismo se produjo en el terreno del derecho penal, lo cierto es que es extensible “como paradigma de la teoría general del derecho, a todo el campo de los derechos subjetivos, ya sean estos patrimoniales o fundamentales, y a todo el conjunto de poderes, públicos o privados, estatales o internacionales.”²⁵

Así, para Ferrajoli existen diversos tipos de garantismo, según la clase de derechos para cuya protección se predispongan o prevean las garantías como técnicas idóneas para asegurar su efectiva tutela o satisfacción, a saber:²⁶

- a) *Garantismo patrimonial*: designa el sistema de garantías destinado a tutelar la propiedad y los demás derechos patrimoniales.
- b) *Garantismo penal (o liberal)*: designa las técnicas de defensa de los derechos de libertad y, entre ellos, en primer lugar, el de la libertad personal, frente a las intervenciones arbitrarias de tipo policial o judicial.
- c) *Garantismo social*: designa el conjunto de medidas, en buena medida aún ausentes o imperfectas, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo y otros semejantes.

23 Luigi Ferrajoli, *Garantismo penal*, México, UNAM, 2006, p. 11 (Serie Estudios Jurídicos, núm. 34), disponible en <<http://www.derecho.unam.mx/web2/descargas/coleccion/ej34.pdf>>.

24 Miguel Ontiveros Alonso, *Legítima defensa e imputación objetiva*, México, INACIPE, 2a. ed., 2005, p. 23.

25 Luigi Ferrajoli, “Garantías en Democracia y garantismo...”, *op. cit.*, p. 62.

26 *Idem*.

- d) *Garantismo internacional*: Designa las garantías adecuadas para tutelar los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales.

Lo anterior conduce a establecer el garantismo como un

conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes, públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el plano estatal y en el internacional –mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos–, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.²⁷

En el presente artículo nos ocuparemos de desarrollar brevemente el tema del garantismo desde el punto de vista del derecho penal; para ello consideramos necesario abordar la estructura básica de este.

EL GARANTISMO PENAL

A) El esquema epistemológico garantista

Para entender a plenitud lo que es un sistema de justicia penal garantista, es necesario comenzar su formulación mediante un esquema desarrollado a partir de principios que se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respecto de otros modelos de derecho penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.²⁸

Este esquema presenta numerosas aporías lógicas y teóricas que hacen de él un modelo ideal y en gran parte ideológico, lo cual ha provocado su descalificación, más con argumentos de carácter político-criminales que científicos o jurídicos. Esto es entendible

²⁷ *Idem.*

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 9a. ed., 2009, p. 34.

debido a que, generalmente, quienes definen la política criminal a seguir en un Estado son, salvo algunas excepciones, personas que se definen a sí mismas como “pragmáticas”, que ven al sistema garantista como un “obstáculo” en la consecución de sus objetivos (generalmente más de tipo populista) y, por ende, poco se comprometen con el respeto de los derechos fundamentales de las personas, lo que redundará en la creación y aplicación de legislaciones penales de corte antidemocrático y, por consiguiente, antigarantistas, propias de un sistema penal antagónico al garantismo: el derecho penal del enemigo.²⁹

Pero volviendo al tema que nos ocupa, existen dos elementos en los cuales se basa la construcción del esquema epistemológico garantista:

- a) El relativo a la definición, en sede legislativa, de la desviación punible; y,
- b) El referente a su comprobación en sede judicial.

En este sentido, por lo que ve al primer elemento, debemos mencionar que se refiere al relativo al *convencionalismo penal*, tal y como resulta del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible. Este principio exige dos condiciones: el carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación y el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas. La desviación punible, según la primera condición, es la formalmente establecida por ley como presupuesto necesario para la aplicación de una pena, en tanto que acorde a la segunda condición, la definición legal se debe producir acorde a figuras empíricas y objetivas, es decir, que sean palpables a los sentidos y, por ende, comprobables.³⁰

Acorde a lo anterior, el principio de estricta legalidad se propone como una técnica legislativa específica dirigida a excluir, por arbitrarias y discriminatorias, las convenciones penales referidas no a hechos sino a personas, es decir, las referidas a un *derecho penal de autor*. En este sentido basta recordar las normas penales que en antaño perseguían brujas, herejes, judíos, subversivos, entre otros, que castigaban a las personas por lo que eran y no por lo que habían hecho.

29 La literatura existente en torno al derecho penal del enemigo es vasta. Entre la más importante podemos mencionar a Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003. Igual a Miguel Polaino-Orts, *Lo verdadero y lo falso en el Derecho penal del enemigo*, Perú, Crijley, 2009. Finalmente se puede consultar a Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Diez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Buenos Aires, B de F, 2006, vols. 1 y 2.

30 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., pp. 34-35.

El segundo elemento de la epistemología garantista es el denominado *cognoscitívismo procesal* en la determinación concreta de la desviación punible, el cual afecta a la parte “considerativa” de las decisiones jurisdiccionales; es decir, a los motivos que llevan a tomar una determinación a los jueces penales en sentido absolutorio o condenatorio.

Este requisito viene asegurado por lo que la teoría garantista denomina principio de estricta jurisdiccionalidad, el cual trae aparejado dos condiciones *sine qua non*.³¹

- 1) La verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo; y,
- 2) Su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

La primera condición señala que el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito, no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo tal que esta resulte susceptible de prueba judicial.

Por otra parte, la segunda condición señala como necesario que el juicio no sea apodíctico, es decir, precisa que las hipótesis acusatorias sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas.

Lo anterior nos lleva a determinar que el sistema garantista no se ocupa ni se satisface simplemente con el plano legislativo, sino que es necesario que se complemente con los mecanismos que hagan efectivos, en sede jurisdiccional, los principios garantistas establecidos normativamente, ello merced a que, precisamente, el garantismo nace para construir un puente entre lo estipulado en las normas y lo que realmente se practica en las instituciones punitivas del Estado. Para Ferrajoli esto es posible:

31 *Ibidem*, p. 36.

dado que el derecho es una construcción humana y como tal puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico.³²

B) El sistema garantista de derecho penal (o de derecho penal mínimo)

Expuesto a paso veloz el esquema epistemológico del garantismo, es menester precisar que un sistema de este tipo se formula a partir de diez axiomas no derivables entre sí, que constituyen las bases de un derecho penal de corte garantista. Estos axiomas se pueden enunciar de la siguiente manera:³³

- a) *Nulla poena sine crimine.* (Principio de retributividad de la pena respecto del delito).
- b) *Nullum crimen sine lege.* (Principio de legalidad).
- c) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.* (Principio de necesidad del derecho penal).
- d) *Nulla necessitas sine iniuria.* (Principio de lesividad del acto).
- e) *Nulla iniuria sine actione.* (Principio de materialidad de la acción).
- f) *Nulla actio sine culpa.* (Principio de culpabilidad).

³² *Ibidem*, p. 70.

³³ *Ibidem*, p. 93.

- g) *Nulla culpa sine iudicio*. (Principio de jurisdiccionalidad).
- h) *Nullum iudicium sine accusatione*. (Principio acusatorio).
- i) *Nulla accusatio sine probatione*. (Principio de la carga de la prueba).
- j) *Nulla probatio sine defensione*. (Principio del contradictorio).

Los axiomas aquí enunciados guardan una concatenación con lo dicho previamente, en el sentido de que el esquema epistemológico garantista se desarrolla en el plano normativo, pero también en el jurisdiccional, ya que como podemos advertir, los seis primeros axiomas se refieren concretamente a garantías relativas a la definición legislativa de delitos y penas (delito, ley, necesidad, ofensa, acción y culpabilidad) en tanto que los últimos cuatro se refieren al juicio penal (juicio, acusación, prueba y defensa).

Así, podemos mencionar que existen entonces, en el sistema garantista, dos tipos de garantías: las garantías penales (se refieren al delito) y las procesales (se refieren al proceso). Por lo que ve a las garantías penales, estas se orientan a minimizar los delitos, es decir, a reducir al máximo lo que el poder legislativo puede castigar, en tanto que las garantías procesales se orientan a minimizar el poder judicial, es decir, a reducir al máximo los márgenes de arbitrio de los jueces.³⁴

Hasta aquí, el breve esbozo de la teoría garantista que hemos vertido nos ha dejado ver que se trata en realidad de un modelo de derecho –en su vertiente penal– límite, tendencial, y difícilmente realizable en su perfección debido al profundo grado de respeto a los derechos fundamentales que su debida concretización requiere. Su función específica no es tanto legitimar o permitir el ejercicio de la potestad punitiva del Estado, sino más bien trata de condicionarlo o vincularlo y, por ende, deslegitimar su ejercicio indiscriminado. El propio Ferrajoli reconoce lo anterior y por ello señala que “el derecho penal, aun cuando rodeado de límites y garantías, conserva siempre una intrínseca brutalidad que hace problemática e incierta su legitimidad moral y

³⁴ Luigi Ferrajoli, *Garantismo penal...*, op. cit., p. 11.

política. La pena, cualquiera que sea la forma en la que se le justifique y circunscriba, es en efecto una segunda violencia que se añade al delito y que está programada y puesta en acto por una colectividad organizada contra un individuo.”³⁵

Es así que Ferrajoli no peca de iluso y señala que los sistemas penales de cada Estado se medirán conforme a sus *grados de garantismo*, pudiendo ser estos más garantistas o más autoritarios, según contengan y respeten, en mayor o menor medida, tanto en sus ordenamientos penales como en la práctica de sus instituciones punitivas, las garantías antes enunciadas.

A manera de colofón, junto con esta propuesta de derecho penal mínimo viene a la mente la advertencia de Roxin, en el sentido de que el Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del propio derecho penal: “el ordenamiento jurídico no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del Estado Leviatán”.³⁶

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2008 Y LOS POSTULADOS GARANTISTAS

previo a iniciar el análisis de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, es necesario precisar que la misma implicó la modificación de diez artículos constitucionales, además de que cuenta con once numerales transitorios. Una reforma extensa sin lugar a dudas. Por ende, en este apartado no se pretende hacer un análisis exhaustivo del contenido de la citada reforma constitucional, sino solamente de las partes que reflejan la postura garantista adoptada.

Como se dijo al principio, para nadie es un secreto que la citada reforma constitucional vino a trastocar los cimientos de cuatro ejes fundamentales del sistema penal mexicano: la procuración e impartición de justicia, la seguridad pública y el sistema penitenciario.

³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 21.

³⁶ Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997, p. 137.

Fueron muchos y muy diversos los motivos que orillaron a los legisladores a hacer una reforma de tal magnitud. Desde luego, este no es el espacio para hablar respecto del por qué de la reforma constitucional, por ende, basta mencionar algunos números alarmantes que, citados a manera de diagnóstico, permiten constatar la alarmante realidad del sistema penal mexicano:

85% de las víctimas no acuden a denunciar los delitos; 98% de los delincuentes no terminan condenados; 92% de las audiencias en los procesos penales se desarrollan sin la presencia del juez; 80% de los mexicanos creen que pueden sobornar a los jueces; 80% de las órdenes de aprehensión no se cumplen; 40% de los presos no han recibido una sentencia condenatoria que los declare culpables de haber cometido un delito. El 80% de los detenidos nunca habló con el juez que lo condenó.³⁷

Las anteriores estadísticas dejaron en evidencia un problema: que desde hace algún tiempo –sino es que desde siempre– nuestro sistema penal no funcionaba correctamente, y que el problema no era exclusivo de alguna de sus partes. Todo el sistema estaba fallando. En ese sentido se dijo por algunos impulsores de la reforma que para que un sistema de justicia penal se considere eficiente, los jueces deben dictar sentencias condenatorias a quienes realmente hayan cometido un delito y sentencias absolutorias a los inocentes, pero para ello es necesario que fiscales y defensores apuntalen sus argumentos ante el Juez, así como que la policía recabe pruebas de manera oportuna, lo que, desde luego en México, no sucede.

De esta reforma, ha sido muy celebrada y publicitada la introducción de diversos conceptos que tienden a establecer un sistema de enjuiciamiento penal moderno, democrático, e incluso, algunos señalan, más justo. Nosotros resumiríamos: más garantista.

En efecto, la llamada “reforma constitucional en materia de seguridad y justicia” contiene elementos que tienden hacia la consecución de un sistema penal mexicano más respetuoso

³⁷ Miguel Carbonell, *Los juicios orales en México*, México, Porrúa, 3a. ed., 2010, p. 20.

de los derechos fundamentales de las personas. Como vimos en el apartado primero, el sistema garantista propuesto por *Ferrajoli* constituye toda una ideología penal y un modelo de política criminal límite, tendencial, si bien difícilmente realizable en su cabalidad, no obstante, todo Estado constitucional y democrático de Derecho debería aspirar a él. En ese sentido, el respeto a los derechos fundamentales de quienes se ven implicados en un problema de índole penal resulta un compromiso ineludible para los Estados que busquen adoptar este sistema.

Debemos mencionar que el contenido más plausible, a nuestro juicio, es la introducción de un sistema de impartición de justicia en materia penal, de corte acusatorio y adversarial, que cuenta con la oralidad como herramienta principal para lograr sus objetivos. Un sistema que, como veremos, concuerda plenamente con los axiomas que la doctrina garantista ha estipulado y a que nos hemos referido en el capítulo primero.

El párrafo primero del artículo 20 constitucional, reformado, establece que “el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”

Como podemos observar, se establecieron las bases de lo que se conoce como un sistema penal de corte acusatorio y oral, dejando atrás el modelo inquisitivo-mixto que existía antes de la reforma. En ese sentido, podemos decir, *grosso modo*, que es acusatorio todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo separado en cuanto a funciones de las partes, en tanto que el juicio es una contienda entre iguales iniciada por la parte acusadora –Ministerio Público en México–, a quien le corresponde la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, público y oral, que es resuelto por un juez según su libre convicción.³⁸

Ahora bien, para que un sistema de enjuiciamiento criminal sea realmente acusatorio y garantista, debe contener los principios inherentes a dicho sistema. Así, la publicidad constituye, quizá, el factor más importante que debe existir en esta clase de procesos. De hecho, se encuentra contemplada en el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece el derecho de toda persona acusada de cometer un

38 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 564.

delito “a que se presume su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley en juicio público...”. Igualmente esta prevista en el numeral 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En palabras de Ferrajoli:

La crítica pública de las actividades judiciales –no la genérica de los males de la justicia, sino la argumentada y documentada dirigida a los jueces en particular y a sus concretas resoluciones- expresa, en efecto, el punto de vista de los ciudadanos, externo al orden judicial y legitimado por el hecho de que su fuerza no se basa en el poder sino únicamente en la razón... Es por esta vía, mucho mejor que a través de las sanciones jurídicas o políticas, como se ejerce el control popular sobre la justicia, se rompe la separación de la función judicial, se emancipan los jueces de los vínculos políticos, burocráticos y corporativos, se deslegitiman los malos magistrados y la mala jurisprudencia y se elabora y se da continuamente nuevo fundamento a la deontología judicial.³⁹

Sin embargo, dicha publicidad no puede ser ilimitada, pues no sólo se corre el riesgo de poner en peligro a víctimas, testigos e incluso al propio imputado y demás participantes del proceso penal, sino que también puede convertirse en una “publicidad de paparazzi”, con toda la morbosidad y daño que ello puede suponer.⁴⁰ Es así que el propio artículo 20, apartado B, fracción v establece que “la publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.”, lo que, por supuesto, deja al prudente arbitrio del juzgador los casos en que deberá restringirse dicha publicidad.

Junto a la publicidad, la contradicción en el sistema constituye un elemento de primordial importancia. En principio, debemos señalar que, acertadamente, la reforma constitucional establece que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público, lo que es conforme a los principios garantistas del proceso penal; así, el contradictorio implica que ambas partes se encuentren en un plano de igualdad al momento de llevarse a cabo las audiencias del sistema

39 *Ibidem*, p. 602.

40 José Daniel Hidalgo Murillo, *La argumentación en la audiencia oral y pública desde los principios de la inmediación y contradicción*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012, p. 132.

y, por supuesto, el juicio, lo que implica que tanto el acusador como el acusado tengan la misma oportunidad de esgrimir sus argumentos y de probarlos ante un juzgador imparcial. La reforma constitucional fue específica al establecer en la fracción v del artículo 20 que “las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente”. Igualmente, la fracción vi, en aras de favorecer una auténtica contradicción en la impartición de justicia penal mexicana, prohibió expresamente a los jueces tratar temas relativos a un juicio que ante él se lleve a cabo sin que la contraparte esté presente, lo que significa la erradicación de la recurrente práctica del “alegato de oreja”.

La concentración y la continuidad son conceptos vinculados. El primero supone que la mayor parte de los actos procesales deberán realizarse en una sola audiencia. Así, tenemos que el nuevo sistema de justicia penal permitirá que en un solo día, por ejemplo, se pueda resolver la etapa de control de la detención, formulación de la imputación, vinculación a proceso, solicitud de medidas cautelares y plazo para cierre de la investigación, lo que permitirá que el proceso se abrevie lo más posible. Concomitante a ello se encuentra la continuidad, que implica que las actuaciones judiciales no deban ser interrumpidas.

Finalmente, la inmediación es uno de los motivos principales de la reforma. Mucho se ha criticado del actual sistema inquisitivo-mixto que los jueces no están presentes en las audiencias, e incluso, en ocasiones, ni siquiera llegan a conocer a las personas que juzgan. En los pasillos de los juzgados se suele decir que es una “justicia de secretarios”. En el sistema acusatorio esto es imposible, dado que es precisamente el juez quien dirige las distintas audiencias, por ende, la obligación de estar presente es ineludible.

Lo anterior nos permite percatarnos que el sistema acusatorio y oral inserto en nuestra Ley Fundamental prevé los cuatro axiomas relativos al juicio penal que señaló Ferrajoli como parte de un sistema garantista: *Nulla culpa sine iudicio*, *Nullum iudicium sine accusatione*, *Nulla accusatio sine probation* y *Nulla probatio sine defensione*.

Por otra parte, la fracción ix del apartado A del artículo 20 constitucional incorpora el principio de exclusión de prueba obtenida con violación a derechos fundamentales, que implica que ahora serán nulas de pleno derecho todas aquellas probanzas que se pretendan introducir al juicio y cuyo origen sea una violación a derechos fundamentales, por ejemplo, la entrada a un

domicilio sin orden de cateo. Con ello se pretende obligar a las autoridades encargadas de la investigación de los delitos, a dejar de lado las recurrentes prácticas violatorias de derechos humanos en que incurrían al obtener pruebas.

Mención aparte merece la presunción de inocencia. Constituye uno de los principios fundamentales de cualquier sistema penal que aspire a ser garantista; por ello dicha figura también fue elevada a rango constitucional en la mencionada reforma, concretamente en el artículo 20, apartado B, fracción I, que señala que toda persona imputada tiene derecho “a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.

En sus orígenes, la presunción de inocencia surgió del pensamiento de los movimientos ilustrados y liberales del siglo XVIII, e incluso formó parte de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgada en 1789 en el marco de la Revolución Francesa, pues en su artículo noveno, establecía que: “todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable”.

En pocas palabras, la presunción de inocencia significa que toda persona debe ser considerada como inocente hasta que exista una sentencia de autoridad competente en la que se le tenga como responsable por la comisión de un delito.⁴¹ Asimismo, su fundamento racional radica en que, si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, entonces hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y, por ende, ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena alguna.⁴²

Hay que señalar que la presunción de inocencia ya era reconocida de modo implícito en el orden jurídico de nuestro país por la jurisprudencia de la SCJN,⁴³ así como por diversos tratados internacionales; sin embargo, como mencionamos, al ser uno de los principios rectores de los sistemas de enjuiciamiento penal de corte acusatorio, el legislador consideró necesario

41 Miguel Carbonell, *Los juicios orales...*, op. cit., p. 145.

42 Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón...*, op. cit., p. 549.

43 El criterio del Pleno de la SCJN en el que reconoció que la presunción de inocencia se encontraba implícito en el texto de nuestra Constitución Política, previo a la reforma constitucional de junio de 2008, se puede localizar en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XLV, correspondiente a agosto de 2002, Materias Constitucional y Penal, p. 14 cuyo rubro es “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

plasmarla explícitamente en el texto constitucional, a efecto de que se constituya en un derecho fundamental para los mexicanos.

Por otra parte, consideramos que un punto ampliamente garantista de la reforma constitucional es el relativo a la lectura de derechos.

No cabe duda que una de las peores lacras que afectan a nuestro actual sistema de procuración e impartición de justicia penal es el relativo a la recurrente violación de derechos fundamentales y vejaciones a que son sometidas las personas detenidas y enjuiciadas por parte de las autoridades, precisamente por el desconocimiento que tienen de los derechos que la Carta Magna ampara.

En ese sentido, las fracciones II y III del apartado B del artículo 20 constitucional, prevén la obligación de las autoridades de informar a toda persona detenida de los derechos que le asisten. Con ello, se pretende asegurar que las personas que son sometidas al “drama penal” conozcan cuáles son sus derechos y de qué delito se les acusa. Esto, desde luego, implica que, a semejanza de lo que ocurre en Estados Unidos, la policía se encuentre obligada a informar de dichos derechos desde el momento de la detención y no como actualmente sucede que le son informados, en el mejor de los casos, en sede ministerial, sino es que, en el peor, hasta que se encuentran ante el juez.

Junto al sistema acusatorio previsto, en su mayoría, en el artículo 20, encontramos la inclusión del principio de proporcionalidad de las penas, contenido en el artículo 22 constitucional. Este principio no atañe a las garantías de índole procesal, sino más bien corresponde a las de tipo sustantivo que requiere todo sistema de derecho penal garantista.

El principio de proporcionalidad proviene, al igual que la presunción de inocencia, del pensamiento ilustrado, concretamente de Beccaria cuando señaló: “Los obstáculos que aparten a los hombres de los delitos deben ser más fuertes a medida que los delitos sean más contrarios a ellos. Por ello debe existir una proporción entre los delitos y las penas.”⁴⁴

44 Cesar Beccaria, *De los delitos y de las penas...*, op. cit., p. 81.

En ese sentido, consideramos un acierto del legislador haber incluido no sólo la proporcionalidad de las penas en relación con el delito que se cometió, sino también en relación con el bien jurídico que se protege, pues de este modo se garantiza la estricta observancia en las leyes penales de los principios de lesividad y materialidad, pues con esto se evitará, por un lado, castigar según el grado de peligrosidad del imputado (lo que es propio del derecho penal de autor), y por otro, que existan penas desproporcionadas para delitos que son considerados de peligro abstracto, los cuales en realidad no lesionan bien jurídico alguno, sino sólo lo ponen en peligro (sin que se concrete el resultado) y que poco a poco han ido proliferando en nuestras legislaciones penales.

Finalmente, no podemos soslayar la introducción, en el ámbito constitucional, del libre desarrollo de la personalidad como bien jurídico digno de protección del Estado mexicano.⁴⁵

Al respecto, Roxin ha manifestado que el derecho penal le proporciona al individuo el presupuesto para el libre desarrollo de su personalidad, el cual pertenece a lo esencial de un Estado social de Derecho.⁴⁶

Conclusiones

Como hemos podido ver, la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia contiene elementos que hacen suponer que la transformación del sistema penal en México será para bien. Al menos así nos hace pensar la introducción, a escala constitucional, de postulados propios de la doctrina garantista para la transformación de nuestro proceso penal.

Sin embargo, falta plasmar estos postulados en la normatividad secundaria. Al día en que se redactó este artículo, apenas diez entidades federativas habían implementado, cuando menos de forma parcial, el nuevo sistema de justicia penal. Esto es alarmante.

45 Nótese que la reforma de 18 de junio de 2008 hace referencia expresa al libre desarrollo de la personalidad, un nuevo bien jurídico que ha sido reconocido en la Constitución mexicana, gracias a las aportaciones de Miguel Ontiveros Alonso, actual subprocurador de Derechos Humanos, Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad de la Procuraduría General de la República. Al respecto se puede consultar: Miguel Ontiveros Alonso y Erick Gómez Tagle López, *Estudio jurídico-penal relativo a la explotación sexual comercial infantil. Bases para su unificación legislativa en México*, México, INACIPE, Organización Internacional del Trabajo (oit) y Secretaría del Trabajo y Previsión Social (STPS), 2a. ed., 2005.

46 Claus Roxin, "¿Tiene futuro el Derecho Penal?" en *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, op. cit., p. 337.

Nos encontramos a cuatro años de la publicación de la reforma constitucional, es decir, exactamente a la mitad del plazo de ocho años que concedió la *vacatio legis* para que entrará en vigor el nuevo sistema penal en todo el territorio nacional, incluyendo al Distrito Federal y a la Federación, quienes, dicho sea de paso, son de los que más atrasados van en cuanto a la implementación se refiere.

Hay que creer que el cambio será para beneficio de todos. No se puede seguir sosteniendo a estas alturas argumentos tales como que México no está preparado para un cambio de tal magnitud, que nuestra cultura es diferente, que habrá una contrarreforma con el cambio de gobierno y demás pretextos que se pueden escuchar en diversos foros. Lo que debemos hacer quienes nos dedicamos al derecho penal es prepararnos pero en serio para cuando entre en vigor este nuevo sistema. Constituye una genuina oportunidad no sólo para quienes actualmente operan el sistema, sino para las generaciones venideras, de tomar las riendas y efectuar el cambio no sólo del sistema, sino de mentalidad que requiere para que funcione efectivamente.

Con esto no quiero decir que el sistema implementado en la reforma es perfecto. Por supuesto existen cuestiones negativas como la introducción del arraigo a nivel constitucional; sin embargo, como todo, es perfectible, pero esta perfección sólo vendrá si se tienen las ganas y la voluntad de efectuar el cambio. Hay que creer en este sistema y hay que creer en el garantismo como una oportunidad de oro para transformar a nuestro sistema penal, que tantas penas y tragedias nos ha ocasionado. Ojalá en unos cuantos años podamos estar escribiendo sobre los beneficios que como país nos ha traído.

Además, no podemos soslayar el contexto en el que esta transformación ocurre, pues no sólo se modificó el sistema penal, sino además ha ocurrido un cambio de paradigma en materia de derechos humanos y amparo en nuestro país, cuya concretización aun se encuentra pendiente. Tenemos también la reforma en materia mercantil y la introducción de las acciones colectivas a escala constitucional, ello sin olvidar el sistema de justicia penal diseñado específicamente para adolescentes, entre otros tantos cambios de profunda trascendencia. En fin, son muchos los elementos que nos hacen suponer que el cambio será para bien de nuestro país. Ojalá la reforma penal aporte su granito de arena.

BIBLIOGRAFÍA

- *aguilar López, Miguel Ángel, Presunción de inocencia: principio fundamental en el sistema acusatorio, México, CJF, 2009 (Colección de Estudios de la Magistratura, núm. 6).*
- *Beccaria, Cesar, De los delitos y de las penas, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2005.*
- *Carbonell, Miguel, Los juicios orales en México, México, Porrúa, 3a. ed., 2010.*
- *Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas, Derecho penal mexicano, parte general, México, Porrúa, 14a. ed., 1982.*
- *Ferrajoli, Luigi, Democracia y garantismo, Madrid, Trotta, 2a. ed., 2010.*
- _____, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 9a. ed., 2009.*
- _____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 3a. ed., 2007.*
- _____, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías, México, CNDH, 2006.*
- *Hidalgo Murillo, José Daniel, La argumentación en la audiencia oral y pública desde los principios de la inmediación y contradicción, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.*
- *Jescheck, Hans Heinrich y Thomas Weigend, Tratado de derecho penal. Parte General, Granada, Comares, 5a. ed., 2002.*

- Jiménez de Asúa, Luis, *Introducción al derecho penal*, México, Jurídica Universitaria, 2003.
- _____, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1963, t. I.
- Laveaga, Gerardo y Alberto Lujambio (coords.), *El derecho penal a juicio. Diccionario crítico*, México, INACIPE, 2a. ed., 2009.
- Macedo, Miguel, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, INACIPE, 2010.
- Malo Camacho, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 5a. ed., 2003.
- Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B de F, 2a. ed., 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, INACIPE, 2003.
- Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 1997.
- _____, *Fundamentos político-criminales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2a. ed., 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El humanismo en el derecho penal*, México, Ubijus, 2009.

HEMEROGRAFÍA

- *Cossío Díaz, José Ramón, "Garantismo en serio", revista Nexos, 1 de mayo de 2011, disponible en <<http://www.nexos.com.mx/?P=leerarticulo&Article=2099271>>. [Consulta: 6 de junio de 2012.]*
- *Ferrajoli, Luigi, Garantismo penal, México, UNAM, 2006, p. 11, disponible en <<http://www.derecho.unam.mx/web2/descargas/coleccion/ej34.pdf>>. [Consulta: 6 de junio de 2012.]*

OTRAS FUENTES

- *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, t. xvi, agosto de 2002.*

LA TEORÍA DEL CASO, LOS ALEGATOS DE APERTURA
Y CLAUSURA EN LOS JUICIOS ORALES

MIGUEL ÁNGEL RUIZ SÁNCHEZ*



Notas tomadas en los cursos: Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Acusatorio, Métodos de Capacitación de Litigación Oral, y Litigación en la Audiencia Inicial y Etapa Intermedia, celebrados por la USAID y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos en el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE-PGR), durante el año 2010. Considerándose también las experiencias obtenidas en la impartición de diversos cursos sobre la temática en Instituciones de Procuración y Administración de Justicia en México, y del ejercicio académico (2010-2012).

Introducción

el Constituyente Permanente de México en el año 2008, mediante una senda reforma a los artículos 16-22, 73, 115 y 123-B de la Constitución Federal, introdujo un nuevo sistema de justicia penal, caracterizándolo como acusatorio y oral. Este nuevo sistema se conoce como acusatorio adversarial, donde se respetarán los principios rectores de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. Para su implementación deben organizarse las prácticas de las diligencias ministeriales y judiciales, así como la intervención de los sujetos procesales en las distintas etapas: investigación, preliminar, juicio oral y ejecución de sentencia. El presente trabajo académico tiene como objetivo orientar al interesado sobre la forma como deben planearse y exponerse oral y públicamente la teoría del caso, los alegatos de apertura y los alegatos de clausura, dentro de la etapa del juicio oral, con la finalidad de lograr sus pretensiones utilizando las estrategias adecuadas en cada acto judicial, trátase del fiscal o del abogado defensor.

En nuestro país el actual sistema de justicia penal constriñe al indiciado a demostrar su inocencia, prácticamente la carga de la prueba para librarse de un ingreso a prisión preventiva pesa sobre él. Asimismo, el Ministerio Público y el juez tratan a toda costa de obtener a través de sus actuaciones la verdad histórica de los hechos y no la verdad formal. Las consecuencias de este viejo sistema penal son desastrosas para la sociedad y el contribuyente, pues las prisiones son insuficientes e ineficientes para cambiar de pensamiento al infractor de la norma penal, convirtiéndose a la fecha en auténticos institutos de formación delincencial a gran escala, incluso desde su interior se planea la comisión de delitos graves que impactan psicosocialmente a la población.

En este contexto, el doctor Patiño Manffer

Estimó que el cambio impulsado por la reforma constitucional en el sistema de impartición de justicia penal resulta fundamental, pues se redefinen los principios rectores del sistema penal, para convertirlo en un proceso garantista, de corte acusatorio, con predominio de la oralidad en los juicios, brindándoles a las víctimas de un delito una participación en los procedimientos que, con el sistema inquisitorio actual resulta sumamente limitada, cuando no nula.¹

En efecto, con las reformas constitucionales se pretende establecer un nuevo sistema de justicia penal donde las autoridades ministeriales y judiciales basen su actuación en principios rectores (publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación) que no se podrán conculcar, so pena de tener por nula cualquier diligencia que se practique contraviniéndolos, mismos que deberán hacerse realidad estrictamente en un sistema acusatorio y oral.

Una vez que se apliquen tales reformas constitucionales en todos los estados de la república, se perseguirá la verdad procesal (la que obtenga el juez conforme a las evidencias probatorias que le aporte el Ministerio Público o fiscal, pues este tendrá la obligación de probar fehacientemente su acusación), privilegiándose el principio universal de inocencia y por ende la libertad personal del imputado, hasta en tanto exista sentencia de culpabilidad emitida públicamente por un juez de juicio oral y que cause ejecutoria, respetándose el derecho a un previo y debido proceso; salvo que se trate de delito cometido en delincuencia organizada, donde procederá el arraigo, y tratándose de los delitos de homicidio doloso, violación, secuestro, contra la salud, etc., previstos todos estos en los preceptos constitucionales 16 y 19. Dichos principios constitucionales se aplicarán en las audiencias preliminares del juicio (desarrolladas ante el juez de control) y en la audiencia de juicio oral, donde se comprenden los alegatos de apertura, desahogo de pruebas y alegatos de clausura. Consideramos que la aplicación de los principios referidos también tiene cabida en las actuaciones desarrolladas ante el juez de ejecución de sanciones.

¹ * Capacitador por Méritos Docentes en el Nuevo Sistema de Justicia Penal en México. Certificado por la SETEC-SECOS, University of Nebraska-Lincoln de Estados Unidos en Convenio con la UNAM y por la Alianza Estatal México-EE. UU. (AP. CWAG). Conferencista en diversas CCI de la SCJN. Miembro del Claustro de Doctores en Derecho de la UNAM y de profesores del INACIPE-PCJ. Correo electrónico: drmigueluiz@msn.com.
Patiño Manffer, Ruperto. *Crónica del simposio nacional sobre la reforma constitucional en materia penal*. México, Edit. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1.ª ed., 2009, p. 10. Con motivo de su intervención en la inauguración de dicho simposio y en su carácter de Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Desde luego que el fiscal o el Ministerio Público deberá valorar mediante la elaboración de su teoría del caso que cuenta con las suficientes evidencias para solicitarle al juez de control la declaratoria del auto de vinculación a proceso y formular excelentemente los alegatos de apertura si desea que el juez de juicio oral esté atento a sus intervenciones durante la continuación del proceso; y en su momento oportuno formular los alegatos de clausura siguiendo la estrategia dada a conocer en los alegatos de apertura y conforme a su teoría del caso.

Precisamente sobre la forma de cómo deben construirse, analizar y exponer la teoría del caso, los alegatos de apertura y los alegatos de clausura, tratará el desarrollo de este trabajo académico, considerando para ello las recomendaciones vertidas en dichos temas en los siguientes cursos tomados por el autor del presente artículo: “Introducción al proceso adversarial para profesores”, “Capacitación para ministerios públicos en destrezas para el juicio oral”, “Técnicas del juicio oral en el sistema penal acusatorio”, “Métodos de capacitación de litigación oral” y “Litigación en la audiencia inicial y etapa intermedia”, impartidos por personal especializado de la University of Nebraska-Lincoln, Estados Unidos, en convenio con la Facultad de Derecho de la UNAM; Fiscales de la Conferencia de Procuradurías Generales de Justicia de los Estados Occidentales de Estados Unidos (CWAG); la USAID y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE-PGR). Desde luego, el contenido se enriquece con las experiencias obtenidas en la impartición de diversos cursos sobre la temática en instituciones de procuración y administración de justicia, y del ejercicio académico.



I. LA TEORÍA DEL CASO

1. Definición de la teoría del caso

Entendemos por teoría del caso la planeación de ideas nacidas sobre los hechos manifestados por el ofendido, víctima o un tercero que alteran una realidad en perjuicio del titular de uno o varios bienes jurídicos protegidos en la norma penal general o especial, cuyos hechos se imputan al sujeto activo, siendo materia de exposición ordenada con base en una metodología específica ante el juez de juicio oral mediante los alegatos correspondientes. También significa la relatoría de los hechos por las partes de lo que realmente pasó y cómo pasó, tipificados en un marco legal y la posibilidad de ser probados en juicio, estableciendo las estrategias conducentes. Esta teoría se plantea dentro de un sistema penal acusatorio adversarial, donde para su exposición la oralidad, publicidad y contradicción adquieren importancia social como principios rectores en un sistema democrático, siempre que se pugne por un Estado de Derecho transparente.

La teoría del caso se construye para que el Ministerio Público o fiscal sostenga una acusación por la muy probable comisión de un delito, o bien, la defensa formule la inculpabilidad del imputado. Si el Ministerio Público no formula su teoría del caso ante el juez de juicio oral, a través de los alegatos, será precisamente por no contar con un caso sobre hechos delictivos, podría tener una historia de hechos pero no un caso para los efectos penales que persigue su representación, quedando posiblemente su intervención en meras referencias de hechos sin sustento probatorio fehacientes ante el juez de control o garantías, sin privar de la libertad al imputado en estricto respeto al derecho que tiene este de ser considerado inocente hasta en tanto no se demuestre su culpabilidad mediante una sentencia firme.

No hay que confundir la teoría del caso con la teoría del delito. La primera sirve para orientar la estrategia de imputación ministerial durante todo el proceso penal, y la segunda, para aportar los elementos descriptivos del hecho conforme a la hipótesis normativa que el legislador crea formal y previamente a la realización de los hechos. Siendo la teoría del delito no indispensable para la elaboración y exposición de los alegatos de apertura, ya que en estos últimos únicamente se hará un resumen oral de los hechos que acaecieron en el pasado y que son posiblemente constitutivos de delito, resaltándose el bien jurídico supuestamente violado y explicando por qué lo consideramos importante para el Estado

o la sociedad. Sin embargo, la teoría del delito será de utilidad para construir la teoría del caso, pero no para exponerla en los alegatos de apertura, pues esta es narrativa de hechos y no argumentativa ni demostrativa en los alegatos iniciales en un juicio oral. En este orden de ideas, “el juicio oral público, contradictorio y continuo se manifiesta entonces como el modo más natural para poder captar y descubrir la verdad real sobre el hecho delictivo que se presume cometido y que ha motivado la investigación. Es el medio más eficaz para convencer a todos los protagonistas del proceso penal, ya sea acerca de la inocencia o culpabilidad del imputado, a través de la intermediación y la oralidad.”²

Asimismo

No cabe duda alguna en cuanto a que el sistema de la oralidad requiere la máxima atención del juez o del tribunal, puesto que la discusión es viva y directa, permitiendo así aclarar los puntos oscuros, mientras que las actas, y especialmente las declaraciones testimoniales escritas, tan sólo pueden dar una idea pálida, limitada y expuesta a errores tanto de quien recibió la declaración, como de quien la interpreta al leerla, o bien, de la propia realidad.³

La oralidad es una característica fundamental del sistema acusatorio en México según lo dispone el artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal. No es un principio, aunque algunos la confunden con el principio de publicidad, siendo que la primera es el medio de expresión de las ideas a través de las palabras en forma ordenada, lógica y coherente. El segundo, es una directriz insustituible para que las actuaciones jurisdiccionales se practiquen frente a un público asistente al recinto donde se verifica la audiencia de juicio oral, siendo su finalidad la transparencia de la actuación de las autoridades y donde el público tiene una especie de fe social para corroborar todo lo que acontece en la audiencia. Aunque en casos determinados el juez pudiera ordenar que determinada audiencia se desahogara a puerta cerrada, por los intereses jurídicos que se encuentran en juego y dada la naturaleza de la diligencia a practicarse.

² Daza Gómez, Carlos et al., *Principios generales del juicio oral penal*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2006, p. 31.

³ *Ibidem*, p. 36.

2. Estructura de la teoría del caso

a) Hechos malos y hechos buenos

La teoría del caso como se dijo únicamente se plantea dentro de un sistema acusatorio adversarial, el cual tiene su creación en el proceso penal anglosajón. En el sistema de justicia penal anglosajón propiamente no existe una teoría del caso, lo que existe es una planeación de hechos que se clasifican en los que pueden ser probados y los que forman parte de una historia de hechos sin posibilidad de probarse, construyéndose las ideas para elaborar los alegatos de apertura en la audiencia del juicio oral y que se expondrán frente al juez o jurado según la elección del acusado.

En los países de Latinoamérica donde se aplica el sistema penal acusatorio, para la estructura de la teoría del caso, tienen su propio estilo, no se aplica el sistema anglosajón en su totalidad ni se sigue un sistema dogmático o cerrado o corriente doctrinaria alguna. En México, en tanto entra en vigor la reforma constitucional en materia penal del año 2008, la mayoría de los estados de la federación continúan aplicando un sistema penal mixto de forma preponderantemente escrito, por lo que no existe la necesidad de construir una teoría del caso, todas las diligencias ministeriales se reúnen en un cúmulo de papeles documentados en una averiguación previa con plena validez jurídica dada la fe pública con que cuentan los encargados de la investigación, y así la acusación está formulada por escrito y únicamente el ministerio público le da continuidad y ratifica sus diligencias, repitiendo incluso la práctica de las mismas, en caso de ser necesario ante el juez de la causa.

La teoría del caso en un sistema penal de corte acusatorio y adversarial es de suma trascendencia, pues contiene con precisión los hechos que se demostrarán como los que acontecieron el día en que los cometió el imputado, desde luego con elementos probatorios que el ministerio público previamente recabó o que está seguro que recabará en el futuro inmediato. Pero también la teoría del caso comprenderá al inicio de su estructura los hechos que pudieran ser aprovechados por la defensa para descontextualizarlos de la verdad o de la hipótesis normativa, es decir, que el fiscal debe desglosar los hechos que narró la víctima del delito, clasificándolos en hechos buenos y malos para su interés jurídico, ya que estos últimos seguramente los traerá a colación la defensa durante el proceso penal, pudiendo

ser aprovechados por este para construir a su vez su teoría del caso.

Vistas así las cosas el Ministerio Público deberá buscar con la debida anticipación a la exposición de su teoría del caso, las pruebas conducentes o los argumentos lógicos jurídicos con qué destruir la teoría del caso de la defensa. En pocas palabras, deberá hipotéticamente pensar como lo haría la defensa, basándose para ello en los hechos malos para él y que benefician los intereses del imputado. Este tipo de estructura para los fines que persigue

Postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la actividad de las partes. En efecto, este sistema obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusador y los del acusado, los cuales son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarlos de todo el marco probatorio y de valoración normativa, a fin de que un tercero (llámese observador imparcial), el cual es el juez, decida cuál interés le funda razonabilidad para ser amparado, dando un pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico-penales.⁴

De tal suerte que al estructurar la teoría del caso, el sujeto procesal que lo haga, deberá considerar los hechos que ya son de su conocimiento pleno, encuadrar dichos hechos en el tipo penal que describa la conducta delictiva que realizó el sujeto activo y después analizar las pruebas idóneas con las que pretende acreditar su estrategia jurídica correspondiente; contestando así las siguientes preguntas: ¿Qué pasó?, ¿por qué sucedieron los hechos de esa forma?, ¿en qué ley están considerados tales hechos como delito?, ¿a quién se le imputan los hechos?, ¿por qué es creíble esa versión de los hechos?, ¿cuáles son las evidencias encontradas en el lugar de los hechos y cuál de ellas fue manipulada?, ¿con qué tipo de pruebas idóneas se demuestran los hechos sucedidos?, ¿por qué significa que la sentencia debe ser a nuestro favor?

4 Hesbert Benavente Chorres y Saby Sandra Benavente Chorres, *La negociación penal y la conformidad. Una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano*, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 10, núm. 81, Lima, Perú, 2005, pp. 169 y ss. [Cit. Por Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorres en *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009, p. 16.

3. Relación entre la teoría del delito, teoría del caso y alegatos de apertura

Dura ha sido la reticencia al cambio que estableció el constituyente permanente de nuestro país en el año 2008, se esperaba esta objeción dada la secrecía con la que actuaban las actuales autoridades ministeriales y judiciales del país. Muchos doctrinarios se oponen tajantemente a la idea de que el cuerpo del delito y la probable responsabilidad han dejado de existir como criterios normativos para declarar la culpabilidad de un imputado, insistiendo en que si bien es cierto que dichos conceptos fueron derogados de los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello no implica que la reforma se oponga a que en los estados de la república se sigan aplicando los mismos en los códigos procesales penales que deberán ir acorde con el nuevo sistema de justicia penal.

En el foro mexicano se escucha el reclamo por la desaparición y no aplicación de la teoría del delito en el sistema penal acusatorio adversarial. Sin embargo, es de hacerse notar que la teoría del delito no fue proscrita en el nuevo sistema de justicia penal, sus elementos continuarán aplicándose en lo que sea necesario para estructurar teóricamente el caso que el ministerio público y la defensa plantearán oral y públicamente ante el juez de juicio oral, y varios de dichos elementos pudieran invocarse en los alegatos de apertura aunque no de forma argumentativa pero sí expositiva y relacionados con los hechos para ilustrar el criterio de los jueces antes de que decidan aperturar el proceso penal en contra del imputado.

Esto es, en la teoría del delito se usan frases y principios relativos a la dogmática jurídica penal, que entrelazados entre sí dan a la oración una forma de argumento lógico jurídico, con los cuales el juez de juicio oral tendría que limitar su actuación a dogmas preestablecidos y en su primera intervención declarar culpable o no culpable al imputado. Lo cual no sucede en la audiencia de alegatos de apertura, toda vez que en esta las partes se concretan a relatar en resumen los hechos calificados por la norma penal como delito y si se puede o no imputárselos al sujeto activo a fin de convencer al juez para fincarle proceso al acusado, sirviendo la teoría del caso para sustentar los elementos probatorios y la estrategia de su intervención, ya sea del fiscal o de la defensa en el proceso penal.

La teoría del caso debe ser de tal importancia en el mundo fáctico que amerite su exposición ante el juez y que justifique la actividad jurisdiccional por excepción. La teoría del delito será de gran utilidad en la elaboración de los alegatos de clausura. Los autores Pastrana Berdejo y Benavente Chorres refieren que “Al respecto, debe resaltarse la importancia de los alegatos preliminares (también llamados iniciales o de apertura), en el sentido que, de fungir como momento procesal que tienen las partes para presentar ante el juzgador el caso (o su caso) que está a punto de conocer, señalando qué es lo que la prueba demostrará y desde qué punto específico ella debe ser apreciada.”⁵

II. LOS ALEGATOS DE APERTURA

1. Definición de alegatos de apertura

Se definen como la narración expositiva oral y pública, en forma resumida, respecto de los hechos calificados como delito y que se le formulan al imputado por trascender socialmente, conteniendo la citación de las pruebas con las que se pretenden acreditar dichos hechos. Los alegatos de apertura no son argumentativos, más bien constituyen explicaciones lógicas que entrelazadas íntimamente con los hechos acaecidos y tipificados penalmente, son susceptibles de probarse y formularse en contra del imputado, dando fundamento y motivo al juez para sostener la intervención del órgano jurisdiccional. El objeto de los alegatos de apertura será evidenciar ante el juez la teoría del caso y la forma en que se acreditará la misma.

Desde la óptica de la institución de la defensa se definen como la relatoría de los hechos tal cual sucedieron en la realidad, susceptible de ser probada jurídicamente, ya sea para desvirtuar el planteamiento de hechos del fiscal e introducir la idea de que el imputado no es culpable, o bien, para atenuar la responsabilidad penal de este, tratando de reclasificar los hechos por otros menos punibles. El material expositivo de los alegatos de apertura dependerá de la estrategia comprendida en la teoría del caso previamente estructurada desde la etapa de la investigación.

⁵ Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorres *El juicio oral penal, técnicas y estrategias de litigación oral*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009, p. 166.

Para el autor Constantino Rivera, una vez que el juez presidente haya verificado la presencia de los demás jueces (secretario y vocal), de las partes, testigos, peritos o intérpretes y de la existencia de las cosas que deben exhibirse, advertirá y dará intervención a las partes, en la forma siguiente:

Luego el juez presidente advertirá al acusado y al público sobre la importancia y el significado de lo que va a ocurrir, indicará al acusado que esté atento a aquello que va a oír y concederá la palabra al Ministerio Público y a la parte coadyuvante, si la hubiere, para que expongan oralmente, en forma breve, clara y sumaria, las posiciones planteadas en la formalización de la acusación; acto posterior, el presidente le dará el uso de la palabra al defensor para que, si lo desea, indique sintéticamente su posición respecto de los cargos formulados. A esto se le llaman Alegatos de Apertura.⁶

2. Actos preparatorios de los alegatos de apertura

Sobre este tenor, el autor Bodes Torres precisa determinados actos preparatorios que deben realizar los contrincantes previamente al juicio, para elaborar sus tácticas y estrategias, mencionando que:

También en este periodo, el Ministerio Público y el defensor realizarán actos preparativos, a cuyos efectos –según sea el caso– realizarán entrevistas con expertos, consultas con otros colegas, estudiarán la doctrina sobre el asunto, procurarán antecedentes judiciales, concurrirán al lugar del suceso, examinarán con detenimiento las actuaciones y los textos legales, valorarán las posiciones y argumentos de sus respectivos contrincantes, así como la forma de rebatirlos, entre otras acciones, para ir elaborando las tácticas y la estrategia que seguirán en el juicio. Ambos tienen que prepararse para lo que es el juicio, un verdadero combate intelectual en el que tratarán de hacer prevalecer, sobre la base de la verdad de las pruebas y los argumentos de la tesis que defienden.⁷

⁶ Camilo Constantino Rivera, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Edit. Ma Cister, 2a. ed., 2009, p. 66.

⁷ Jorge Bodes Torres, *El juicio oral, doctrina y experiencias*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009, p. 40.

De tal suerte que antes de que el Ministerio Público o fiscal formule la petición de vinculación a proceso y realice sus alegatos de apertura, deberá practicar las diligencias probatorias necesarias durante la etapa de investigación, para verificar en primer lugar si los hechos que le expuso la víctima son ciertos, y en segundo lugar que esos mismos hechos los cometió o participó en ellos el imputado. Si del resultado de dichas diligencias se acreditan estos presupuestos previstos en el artículo 16 de la Carta Magna, entonces deberá solicitar la intervención del juez de control con miras de obtener un auto de vinculación a proceso y que este sea el eje rector para dar intervención oportuna posteriormente al juez de juicio oral.

Desde luego que tales diligencias deberá hacerlas del conocimiento previo del defensor y en su caso celebrar con dicho defensor acuerdos probatorios, es decir, precisar qué tipo de pruebas de carácter natural o pericial indubitable no serán materia de contradicción o impugnación. El defensor así estará en aptitud de ejercer técnica y adecuadamente su trabajo profesional, a fin de hacer prevalecer el derecho de inocencia que tiene el imputado, sin ser privado de la libertad personal, salvo la aplicación de medidas cautelares que pueda solicitar el fiscal al juez de control por razón de la peligrosidad del acusado, flagrancia, cuasiflagrancia o caso urgente. Asimismo, si se trata de delitos cometidos en delincuencia organizada el Ministerio Público podrá solicitar autorización al juez de control para la aplicación de técnicas de investigación, por ejemplo, la intervención de comunicaciones y correspondencia, pero en estos casos no tendrá obligación de notificarle al defensor previamente a la solicitud de intervención del juez de control, incluso puede solicitar el arraigo de los imputados máximo hasta por 80 días naturales.

Aun más si se trata de delitos de homicidio doloso, secuestro, violación, contra la salud y otros previstos en el artículo 19 de la Constitución Federal, el juez de control oficiosamente deberá acordar la prisión preventiva de los acusados. Con estos actos ministeriales y judiciales de excepción, que no deberían suceder en un auténtico sistema penal acusatorio adversarial, los principios y derechos de los imputados relacionados y cualquier acción defensiva quedan prácticamente nulificados sin juicio previo. Precisamente tanto el Ministerio Público como el defensor deben preparar con cuidado la elaboración de los alegatos de apertura, con toda la información verídica de la cual se puedan allegar lícitamente, pues aunque la teoría del caso del contrario parezca difícil de contradecir, algún error de su exponente puede proporcionar armas a su adversario para desvirtuar

las diligencias previas practicadas por este. Y “Aún en el caso que parezca de antemano absolutamente favorable, si no cumplen con esta preparación anticipada, corren el serio y real peligro de no saber exponer con claridad y los medios necesarios el valor de lo que sostienen y que la decisión judicial le resulte adversa, parcial o totalmente, con perjuicios de la justicia penal.”⁸

3. Estructura de los alegatos de apertura y presentación ante los jueces de juicio oral

Dependiendo de qué sujeto interviniente de la relación procesal elabore los alegatos de apertura, será su estructura en cuanto a la finalidad de su contenido. Los alegatos de apertura se elaboran en forma escrita como una guía para su exponente, no debe leerlos ya que puede causar desinterés en el juez. Primeramente se tomará en cuenta el rubro o tema con el cual se desea iniciar los alegatos con el objeto de llamar la atención del juez; posteriormente se relatan los hechos como sucedieron, describiendo la intervención precisa del imputado en los mismos, incluso dibujando en el aire alguna representación gráfica que llame la atención e interés del juez y del público sobre su teoría; y, finalmente, se considerará una conclusión interesante que pueda ser probada fehacientemente durante el proceso.

Cada parte tendrá que estudiar detalladamente los hechos imputados y relacionarlos directamente con la conducta del acusado, evidenciando la peligrosidad para la sociedad de la práctica de la conducta delictiva del imputado (en el caso del Ministerio Público) o bien llamar la atención del juez sobre la injusticia que se pretende cometer en contra del acusado sin haber participado directa o indirectamente en los hechos delictivos (en el caso del defensor), practicando la oralidad y controlando su actitud posesiva o sentimental, debiendo ser conciso, resaltando lo más importante que se pueda probar jurídicamente de acuerdo a su teoría del caso que se ha planteado previamente en forma privada como estrategia litigiosa, sin ser argumentativo pues se expone una simple narración de hechos sin tratar de probarlos en ese momento, ya que el desahogo del material probatorio será motivo de acto separado.

8 *Idem.*

Así también, quien haga uso de la palabra deberá sostener la mirada al juez y expresará con voz firme, pero respetuosa, y sin gritar sus ideas cómo es que en la realidad sucedieron los hechos, cuidando en todo momento no ser tan reiterativo sobre hechos insignificantes o ajenos a su teoría del caso y vigilando su postura recta y vestimenta formal. Efectivamente “La vestimenta de los concurrentes también debe resultar apropiada para esta ocasión, como lo impone la tradición y las normativas elaboradas al respecto, pues este es un elemento más, de mucha trascendencia, que influye en la imagen que debe irradiar ese acto judicial.”⁹ El defensor deberá trabajar previamente con el imputado para explicarle los pormenores de la diligencia y este no se fastidie o interrumpa constantemente la audiencia.

Así las cosas, un buen fiscal y un buen defensor tendrán que estructurar sus alegatos de apertura estimando tres aspectos fundamentales que parten de la teoría del caso, a saber: los hechos contenidos en el auto de vinculación a proceso, la tipificación penal de los hechos y las pruebas idóneas para demostrarlos o desvirtuarlos. En cuanto a su momento de presentación, los autores Pastrana Berdejo y Benavente Chorres señalan que:

Una vez instalada la audiencia, el juez o el presidente del Juzgado Colegiado dará uso de la palabra al representante del Ministerio Público, a fin que exponga, resumidamente, los hechos objeto de la acusación, la calificación jurídica y las pruebas que ofreció y fueron admitidas. Posteriormente en su orden, el acusador coadyuvante y el tercero civilmente demandado (si los hubiesen, como ocurre en los estados de Chihuahua y Nuevo León), es quien expondrá concisamente sus pretensiones y las pruebas ofrecidas y admitidas. Finalmente, el defensor del acusado expondrá brevemente sus argumentos de defensa y las pruebas de descargo ofrecidas y admitidas.¹⁰

Por su parte, Berhman recomienda que no hay que ser tan detallistas en los alegatos frente al juez, que las precisiones de hechos hay que dejárselas a los testigos que les constan para que la refieran de viva voz, en este sentido manifiesta:

⁹ *Ibidem*, p. 46.

¹⁰ Juan David Pastrana y Hesbert Benavente, *El juicio oral penal...*, op. cit., p. 166.

Por otro lado, y tomando en cuenta la discreción judicial en relación con el tiempo, uno generalmente está en libertad de incluir tantos o tan escasos detalles como lo prefiera en los alegatos iniciales. Pero las consideraciones tácticas sugieren que es mejor dejar muchos detalles de manera que los propios testigos los revelen. Cuando más elevado el número de detalles que uno incluye en una declaración, más probable es que el juzgador limite el uso de la palabra. Al margen del posible hastío, una apertura excesivamente detallada puede inducir al juzgador a prestar escasa atención al propio testimonio, o a llegar a la conclusión de que el testigo se atiene al libreto bien ensayado que el abogado le suministró.¹¹

En el derecho penal comparado de los Estados Unidos de Norteamérica, a los alegatos de apertura se le denominan exposiciones iniciales que debe realizar el fiscal pero no obligatoriamente la defensa y tienen un sentido de aclarar los hechos, señalando las pruebas con las cuales se probarán para un mejor entendimiento del juez o miembros del jurado, describiéndose su mecánica en los términos siguientes:

Una vez que comienza el juicio formal, tanto el fiscal como el abogado defensor presentan una exposición inicial (aunque en ningún estado es obligatorio que lo haga la defensa). Es más probable que se hagan exposiciones largas y detalladas en los juicios por jurado que en los juicios sin jurado. El propósito de las exposiciones iniciales es que los miembros del jurado que no están familiarizados con la ley y con los procedimientos de investigación penal, se formen una idea general de los principales objetivos de cada una de las partes, las pruebas que serán presentadas, los testigos que van a comparecer y lo que cada litigante desea probar. Si las exposiciones iniciales están bien presentadas, a los jurados les será más fácil comprender el significado y la trascendencia de las pruebas y testimonios. El procedimiento usual es que el estado presente primero su exposición inicial y que la defensa haga después una exposición sobre cómo va a refutar las acusaciones.¹²

11 Paúl Berhman, *La defensa en juicio, la defensa penal y la oralidad*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 2a. ed., 1995, p. 234. [Cit. Por Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorrés en *El juicio oral penal, técnicas y estrategias de litigación oral*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009, pp. 169-170.]

12 Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del sistema jurídico de EE.UU.*, Edición en español, Estados Unidos, Edit. Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, pp. 107-108.

Como es de observarse en el derecho anglosajón, los alegatos de apertura o exposiciones iniciales tienen como finalidad que el juez o los miembros de jurado comprendan claramente el significado y la trascendencia de las pruebas y testimonios que se relacionan con los hechos delictivos, captando al mismo tiempo el interés de las partes sobre los hechos que pretenden acreditar, siendo aprovechados los alegatos expuestos para obtener información y contradecir la posición del adversario.

III. LOS ALEGATOS DE CLAUSURA

1. definición de alegatos de clausura

Son los argumentos lógicos jurídicos que exponen los sujetos de la relación procesal con la finalidad de lograr convencer al juez sobre la verificabilidad de la teoría del caso planteada en los alegatos de apertura, basados en la serie de hechos que quedaron probados durante todo el juicio oral y que en forma objetiva permitirán al juez tomar la decisión en el sentido que se formulan, esto es, declarar la culpabilidad o inculpabilidad del imputado. Lo que se persigue con su exposición, como lo indican Pastrana Berdejo y Benavente Chorres, "El principal objetivo es convencer al juzgador de que las proposiciones fácticas de la parte que está alegando son exactas. Un segundo objetivo es el de formular razones en el sentido de que la exactitud de las proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de la justicia. Sin duda, la parte de un argumento referida a la 'promoción de la justicia' debe estar vinculada con la evidencia."¹³ Estos alegatos también se les conocen como finales, conclusiones o fijación de posición.

2. Actos y circunstancias a considerar previamente a la elaboración de alegatos de clausura

Antes de estructurar y formular los alegatos de clausura el fiscal y el defensor deben tomar en cuenta las respuestas que dieron los testigos (presenciales de los hechos y los peritos) al interrogatorio, contrainterrogatorio y recontrainterrogatorio en caso de que este último se hubiese planteado por el fiscal; la extracción de datos contenidos en documentos presentados en la audiencia oral; reconocimientos o negativas sobre instrumentos

¹³ Juan David Pastrana y Hesbert Benavente, *El juicio oral penal...*, op. cit., p. 352.

evidenciados durante el juicio; y cualquier otro elemento probatorio que siembre convicción sobre los hechos planteados en los alegatos de apertura.

Por tanto, los alegatos de clausura no podrán estructurarse ni formularse oral y coherentemente con la teoría del caso expuesta en los alegatos de apertura si no se han practicado todas las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público y el defensor, y admitidas por el juez de control en la etapa de la investigación. Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al estudiar la forma de implementación del sistema penal acusatorio en México, precisa que:

Deben diferenciarse también las decisiones que tendrá a su cargo este juez y las decisiones del juez del juicio oral en términos de necesidad probatoria. Como hemos mencionado previamente, las discusiones que se den durante la etapa preparatoria no requerirán, por regla general, de la producción de la prueba, las decisiones del juez de control estarán basadas en los antecedentes preliminares existentes, elementos de convicción que sirvan a los efectos de acreditar los dichos de las partes. La prueba, en sentido estricto, se reserva para su producción en el juicio oral, que es el momento indicado para generar convicción en el tribunal sobre la culpabilidad o no culpabilidad de una persona.¹⁴

En este orden de ideas, el contenido argumentativo de los alegatos de clausura dependerá sustancialmente de la verificabilidad de los hechos que se narran a través de las pruebas idóneas y confiables que haya podido apreciar el juez en el desarrollo del juicio oral, ya que las pruebas inconducentes, ilegales o anticonstitucionales no tendrán valor alguno para el juez, por lo que su información expuesta será depurada y rechazada. Sobre este tenor, los juristas Duce J. y Riego R. se pronuncian diciendo:

Este proceso de depuración de la información es el criterio que gobierna todo el tema de la producción de la prueba y se basa en la idea de que la mejor forma de depurar la información consiste en permitir que todas las versiones que contengan la información, cualquiera que sea el formato, en que se expresen, puedan ser

¹⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Edit. Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la scjn, 1.a. ed., 2008, p. 62.

objeto de un cuestionamiento severo por parte de aquel a quien perjudican. Es decir, el juez recibe información cuya calidad no tiene cómo corroborar, entonces lo que hace es permitir que la parte a quien esas informaciones perjudican desarrolle sus mejores esfuerzos con el fin de mostrarle los déficit, las distorsiones o los errores que esas versiones contienen.¹⁵

En consecuencia, es recomendable que antes de elaborar los alegatos de clausura se tenga presente en todo momento con qué tipo de pruebas se demostró cada hecho en particular y si esto es conducente para los fines que se plantearon en los alegatos de apertura y de acuerdo a la teoría individual del caso. Hay que tomar en cuenta el tiempo que concede el juez de juicio oral razonablemente para exponer los alegatos de clausura, lo que determina la extensión de los alegatos, pues como lo indican Pastrana Berdejo y Benavente Chorres, al comentar los rasgos de la reforma del sistema de justicia penal en Chihuahua:

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al acusador coadyuvante y al defensor, para que expongan sus alegatos. El Tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto. Seguidamente, se otorgará al Ministerio Público y al defensor la posibilidad de replicar y duplicar. La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el defensor en su alegato de clausura y la dúplica a lo expresado por el Ministerio Público o el acusador coadyuvante en la réplica. Por último, se otorgará al acusado la palabra para que manifieste lo conveniente. A continuación se declarará cerrado el debate.¹⁶

Como se desprende de lo anterior, no sería humanitario que los sujetos de la relación procesal, los jueces de juicio oral y el público asistente estuviesen todo el día, noche y madrugada en la sala donde se ventila el juicio oral, si se les obligara a permanecer en dicho lugar hasta que las partes expusieran con tiempo libre sus alegatos y los interrogatorios no tuviesen límite temporal. Lo procedente sería diferir la audiencia para el día siguiente u otro día hábil pero de la misma semana o excepcionalmente de la semana siguiente a fin de hacer prevalecer el principio de continuidad y el juez tenga los hechos presentes.

15 Mauricio Duce J. y Cristián Riego R., *Proceso penal*, Edit. Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007, p. 386.

16 Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorres, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009, p. 245.

3. Estructura de los alegatos de clausura y exposición de los alegatos de clausura frente al juez de juicio oral

Como ya quedó establecido, los alegatos de clausura tienen sus antecedentes en los alegatos de apertura y estos en la teoría del caso (antecedentes mediatos) y básicamente en los elementos probatorios desahogados en la audiencia de juicio oral (antecedentes inmediatos). En su estructura deberá crearse un tema con pocas palabras que será la base para su desarrollo, este tema tendrá una consecuencia jurídica específica que se alegará ante el juez, determinándose una coherencia lógica entre los hechos cronológicos y las pruebas desahogadas; enunciándose los preceptos normativos, rubros de tesis de jurisprudencia, tratados o convenios internacionales vigentes en México, doctrina preferentemente nacional o derecho comparado, aplicables al caso y, finalmente, contener una o varias conclusiones.

Al respecto los autores Pastrana Berdejo y Benavente Chorres refieren

Como se indicó en el estudio preliminar, los alegatos finales son actos de comunicación, los cuales buscan persuadir al juzgador, de que la prueba corrobora la teoría del caso y se conforma al derecho invocado. No se trata de engañar o emocionar al juzgador, sino de dotarlo de razones fuertes para que decida el caso en nuestro favor. Para ello, debe de estructurar los alegatos finales de tal forma que logre tal cometido.¹⁷

Estos autores separan la estructura del contenido de los alegatos de apertura, a los cuales ellos llaman alegatos finales. En lo particular, somos de la opinión que los alegatos de clausura primero deben estructurarse, con base en los antecedentes (mediatos e inmediatos) que se mencionaron con antelación y acto seguido describir cada elemento que lo estructura.

Ahora bien, los alegatos de clausura son trascendentales pues influyen de alguna manera en la animosidad del juez como ser humano que este es, por lo que, el exponente, trátese del fiscal o del defensor, debe utilizar toda su capacidad argumentativa para convencer al juez que su teoría del caso está debidamente soportada con los elementos de pruebas

17 Juan David Pastrana y Hesbert Benavente, *El juicio oral penal...*, op. cit., p. 353.

desahogados en la audiencia de juicio oral y que él tiene la razón en términos de justicia. Si es necesario hay que llamar la atención del juez sobre la información que rindió algún testigo (presencial de los hechos o perito) o respecto de la declaración preparatoria o testimonio que rindió el imputado, pues como lo señala Ramírez Bastidas:

Estamos condicionados por el ambiente y nuestra cultura para responder a situaciones en forma predecible. Por lo general, la responsabilidad social del individuo es lo que lo motiva a sentirse culpable y mostrar señales de conducta confiables. El miedo a perder dinero, estatus o posición social, la familia, el trabajo o la libertad hará que el sospechoso controle las respuestas en un interrogatorio a nivel consciente. La conducta no verbal es controlada por el subconsciente. La discrepancia entre lo que normalmente observamos en una persona que está diciendo la verdad nos ayuda a señalar a un sospechoso.¹⁸

La argumentación frente al juez debe ser con lógica jurídica, no únicamente relacionada en los hechos sino con lo que el derecho dice respecto de la forma en que dichos hechos deben probarse, pudiéndose usar ejemplos de hechos análogos cortos, tratando de ordenar los pensamientos exteriorizados al momento de argumentar y considerar cualquier aspecto de importancia que haya quedado asentado durante la audiencia de desahogo de pruebas para traerlo a colación durante los alegatos, por ejemplo, que algún testigo haya recibido señas para contestar por parte del fiscal o del defensor o que algún perito haya sido amenazado por el imputado, etcétera.

Se recomienda que el exponente de los alegatos de clausura vista formal y con algún color de corbata llamativo el día de la audiencia final, que trate de formular sus alegatos preferentemente en forma oral (en caso de tener necesidad de recordar fechas o datos de nombres, llevar pequeñas notas de mano y al observarlas que sea por fracción de segundos, retomando inmediatamente la vista hacia el juez), ser respetuoso con su contrario, no bufarse de los alegatos de este, no utilizar palabras rebuscadas, usar ademanes acordes con lo que argumenta, usar voz firme pero no tan rápido para que el juez pueda tomar sus notas, hablar con naturalidad y tranquilidad pero elevar la voz en algo que se requiera patentizar frente al juez y que haya quedado plenamente demostrado en el desahogo de

¹⁸ Yesid Ramírez Bastidas, *El Juicio oral*, Bogotá, Colombia, Edit. Doctrina y Ley LTDA, 2a. ed., 2007, pp. 286-287.

pruebas o incluso en los acuerdos probatorios, tomar la precaución de apagar su celular para que no le reste atención o ponerlo en silencio (vibrador) en caso de estar esperando algún mensaje importante relativo al juicio, seguir un guión estricto previsto en la estructura de los alegatos de clausura (tema, hechos, pruebas y derecho) y concluir en relación con el tema planteado inicialmente.

Así las cosas, al proporcionar a los jueces de juicio oral toda la información contenida en las diversas pruebas desahogadas y justificando aquellas probanzas que pudieron reflejar alguna problemática, seguramente seremos confiables al momento de formular los alegatos de clausura, logrando sembrar convicción en los jueces de la certeza de los alegatos de apertura y por ende de nuestra teoría del caso. De tal suerte que coincidimos con los autores Duce J. y Riego R. al referir estos que:

De este modo podríamos decir que al tomar decisiones en audiencias después de un debate contradictorio, el juez se está aprovechando de la actividad de las partes para efectos de poder calibrar el verdadero valor que debe atribuir a la información recibida, esta opera tanto positivamente como negativamente, esto es, la confrontación le permite al juez identificar los aspectos problemáticos de la misma, sus distorsiones, los elementos que le quitan confiabilidad, todos ellos relevados por la parte a quien esa prueba perjudica. Por otra parte, en un sentido negativo, el juez puede hasta cierto punto confiar en que la información que no ha sido objeto de cuestionamientos por ninguna de las partes es confiable y puede basar sus decisiones en ella.¹⁹

Sobre este tenor la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dejado asentado que las partes deben construir su caso con base en la credibilidad de la prueba con la que pretenden acreditar los hechos, a fin de argumentarlo en los alegatos de clausura, enfatizando que:

Por ello, la labor fundamental del Juez será, una vez cerrado el debate y presentadas las clausuras de las partes, valorar cada una de las pruebas producidas en forma individual e integral, de manera libre y lógica, determinando la responsabilidad o no de la persona acusada. Y nuevamente aquí debe llamarse la atención: el juez de juicio

19 Mauricio Duce J. y Cristián Riego R., *Proceso penal*, op. cit., p. 387.

deberá valorar toda la prueba que se produzca en el desarrollo de la audiencia, no sólo aquella que sirva para apoyar su decisión. Y, adicionalmente, debe quedar claro que valorar la prueba significa dar razones sobre por qué se consideró determinada prueba en cierto sentido y por qué otra prueba no fue considerada. Como se ve, aquí está implicada una obligación previa de las partes durante el desarrollo del juicio: construir la credibilidad de su caso, generando elementos que otorguen o resten credibilidad a la prueba que se produzca en el juicio y que permitan este trabajo posterior al juez de juicio. Como ya se ha mencionado, la decisión del juez de juicio debe tomarse inmediatamente clausurado el debate.²⁰

En tal virtud, si se desea lograr la atención del juez y que este tome notas de toda la información importante que se le pueda suministrar para beneficiar el interés jurídico de quien se represente, se deben comprender todos los aspectos precisados antes y durante la elaboración de los alegatos de clausura, asimismo, antes y durante la exposición de estos.

CONCLUSIONES

Primera. Los juicios orales no constituyen el todo del nuevo procedimiento penal acusatorio en México, se ubican dentro de la tercera etapa en dicho procedimiento, pues para llegar a ella hay que recorrer el camino de las etapas de investigación y la preliminar, ya que la cuarta etapa de la ejecución de la sentencia es posterior a su realización. El nuevo sistema de justicia penal en nuestro país, en términos constitucionales y generales, es acusatorio, oral y adversarial, debiendo desarrollarse en su momento bajo los principios rectores de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; respetando en todo momento los derechos constitucionales del imputado a ser considerado inocente, en tanto se declare su culpabilidad mediante sentencia ejecutoriada, a través de un debido proceso; y esto es así por aplicarse en la mayoría de los delitos; pero excepcionalmente es inquisitorio, en razón que el Constituyente Permanente de 2008 dejó establecido con la reforma al artículo 16 de la Carta Magna, que tratándose de delitos cometidos en delincuencia organizada los imputados pueden

²⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal*, op. cit. pp. 63-64.

ser arraigados hasta por 80 días naturales, donde el principio de contradicción y los derechos constitucionales de ser considerado inocente y debido proceso no aplican, por lo tanto, no se respeta la característica del sistema penal acusatorio de ser adversarial, el cual se cobija en el principio de contradicción, esto es que el imputado antes de ser privado y retenido de su libertad personal tuviese un debido proceso previo y fuera considerado inocente, dándosele la oportunidad de contradecir o refutar la acusación del fiscal o Ministerio Público. Esta privación de la libertad anticipada, además de los casos de delincuencia organizada, también deberá ser ordenada oficiosamente por el juez de control, según el artículo 19 constitucional, tratándose de los delitos: 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.

Segunda. La teoría del caso es fundamental dentro de un sistema de justicia penal acusatorio adversarial, pues permite a su autor vislumbrar cuáles son los hechos y pruebas que pretende llevar a juicio su contraparte, constituyéndose en una planeación oportuna desde la etapa de investigación donde constará la estrategia a seguir para convencer al juez o jueces de juicio oral sobre certeza de los hechos que interesan. La teoría del caso aprovecha parte de la dogmática penal y de la teoría del delito para demostrar la existencia del hecho y su atribuibilidad al imputado o inculpabilidad de este, pero no necesariamente se basa en ellas para su construcción, pudiendo aplicarse el método sintético para su elaboración, siguiendo una regla de tres elementos: hechos, pruebas y derecho.

Tercera. Los alegatos de apertura son las manifestaciones no argumentativas, resumidas y ordenadas sobre los hechos calificados por el legislador como delitos, su tipificación penal y las pruebas con las que se acreditarán los mismos, formuladas a los jueces de juicio oral a fin de llamar su atención sobre la relevancia o irrelevancia de los hechos motivo del auto de vinculación a proceso. En su creación deben tomarse en cuenta los elementos que se desprenden de la teoría del caso como eje rector de su alegación oral.

Cuarta. Los alegatos de clausura constituyen una serie de argumentos lógicos jurídicos ordenados, en completa coherencia con los hechos y estrategias expuestos en los alegatos

de apertura, verificables con las pruebas desahogadas durante el proceso, los cuales se formularán oralmente a fin de convencer a los jueces de juicio oral sobre la culpabilidad o inculpabilidad del imputado. Para su construcción es necesario iniciar con un tema que logre captar el interés de los jueces, luego establecer los hechos probados y encuadrarlos en el tipo penal del delito que se trate y, finalmente, concluir con énfasis respecto al tema inicial, solicitando a los jueces que se declare culpable o no culpable al imputado.

BIBLIOGRAFÍA

- Daza Gómez, Carlos et al., *Principios generales del juicio oral penal*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2006.
- Duce J., Mauricio y Cristián Riego R., *Proceso penal*, Edit. Jurídica de Chile, 1a. ed., 2007.
- Benavente Chorres, Hesbert y Saby Sandra Benavente Chorres, *La negociación penal y la conformidad. Una necesaria reforma para el establecimiento del sistema adversarial en el proceso penal peruano*, *Revista Diálogo con la Jurisprudencia*, vol. 10, núm. 81, Lima, Perú, 2005. [Cit. por Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorres, en *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009.]
- Berhman, Paúl, *La defensa en juicio, la defensa penal y la oralidad*, Edit. Abeledo-Perrot, 2a. ed., Buenos Aires, 1995. [Cit. Por Juan David Pastrana Berdejo y Hesbert Benavente Chorres en *El juicio oral penal, técnicas y estrategias de litigación oral*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009.
- Constantino Rivera, Camilo, *Introducción al estudio sistemático del proceso penal acusatorio*, México, Edit. Ma Gister, 2a. ed., 2009.
- Oficina de Programas de Información Internacional, Departamento de Estado de los Estados Unidos, *Semblanza del sistema jurídico de EE.UU.*, Edición en español, Estados Unidos, Edit. Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004.
- Pastrana Berdejo, Juan David y Hesbert Benavente Chorres, *El juicio oral penal, técnicas y estrategias de litigación oral*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009.

- _____, *Implementación del proceso penal acusatorio adversarial en Latinoamérica*, México, Edit. Flores Editor y Distribuidor, 1a. ed., 2009.
- Patiño Manffer, Ruperto, *Crónica del simposio nacional sobre la reforma constitucional en materia penal*, México, Edit. Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a. ed., 2009. Con motivo de su intervención en la inauguración de dicho simposio y en su carácter de Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ramírez Bastida, Yesid, *El Juicio oral*, Bogotá, Colombia, Edit. Doctrina y Ley LTDA, 2a. ed., 2007.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Edit. Dirección General de Planeación de lo Jurídico de la SCJN, 1a. ed., 2008.
- Notas tomadas personalmente y contenido de la carpeta de trabajo académico del Curso Introducción al Proceso Adversarial para Profesores, impartido por personal académico especializado de la University of Nebraska-Lincoln, EE. UU., en convenio con la Universidad Nacional Autónoma de México, efectuado en la Facultad de Derecho, Ciudad Universitaria, del 17 al 21 de enero de 2011.
- Notas tomadas personalmente y contenido de la carpeta de trabajo académico del Curso de Capacitación para Ministerios Públicos en Destrezas para el Juicio Oral, impartido por Fiscales de la Alianza Estatal México-EE.UU. (AP), de la Conferencia de Procuradurías Generales de Justicia de los Estados Occidentales de Estados Unidos (CWAG), realizado en el Hotel Marriott Reforma, de la ciudad de México, D. F., del 31 enero al 4 de febrero de 2011.

La producción editorial del
“Cultura Constitucional, Cultura de Libertades”.
Estuvo bajo la coordinación de la Dirección General de Planeación,
Capacitación y Difusión de la Secretaría Técnica del Consejo
de Coordinación para la Implementación del Sistema
de Justicia Penal, órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación.

La edición consta de 2000 ejemplares

Impreso en Noviembre del 2012, en México D.F.
Por la Empresa Reproscan S.A. de C.V.