

EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO, DESDE LA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL



EL NUEVO SISTEMA DE
JUSTICIA PENAL
ACUSATORIO, DESDE LA
PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL



EL NUEVO
SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL ACUSATORIO,
DESDE LA
PERSPECTIVA
CONSTITUCIONAL



Nota aclaratoria: la presente publicación constituye una recopilación de las ponencias o exposiciones que formaron parte del Diplomado *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional* impartido de manera presencial y a través de sistemas de videoconferencia y canal judicial, a nivel nacional, con aprobación de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema Penal y con la coordinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal a través de sus representantes y el Consejo Asesor interno. Dicho Diplomado se celebró entre los meses de marzo y septiembre de 2011 y las ponencias aquí presentadas fueron condensadas y remitidas por cada uno de los participantes, por lo que tanto, las opiniones y contenidos de cada uno de los trabajos se entiende bajo la responsabilidad exclusiva de los propios autores.

Primera edición, México, 2011
D.R. 2011, Consejo de la Judicatura Federal
Poder Judicial de la Federación

ISBN 978-607-9013-01-1

Queda prohibida la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio, incluidos los electrónicos, sin permiso escrito por parte de los titulares de los derechos.

Impreso y hecho en México

ÍNDICE

Prólogo 11

Presentación 21

CAPITULO 1

Introducción y Características Generales del Nuevo Sistema de Justicia Penal
José Nieves Luna Castro 25

Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones:
oralidad, inmediatez, contradicción, concentración
Rafael Zamudio Arias 53

Presunción de inocencia 73
Miguel Ángel Aguilar López

Los límites y controles institucionales en el Nuevo Sistema de Justicia
Penal Mexicano 97
Pedro Rubén Torres Estrada

El Consejo de Coordinación y su Secretaría Técnica como Entes
Coordinadores y Coadyuvantes de la Implementación 125
Felipe Borrego Estrada

La actuación de los operadores en el sistema acusatorio adversarial 145
Rogelio Rueda de León Ordoñez

El Sistema Acusatorio Penal y la Protección de Derechos Fundamentales 159
Rubén Arturo Sánchez Valencia

CAPITULO 2

Alternatividad y Oportunidad en el Sistema Penal Acusatorio 185
Juan José Olvera López

Conciliación y mediación penal; mecanismos alternos de solución de conflictos 211
Irma Rivero Ortiz

La acción penal privada en la Reforma Constitucional 235
y formas anticipadas de terminación de los procesos penales
Fernando Andrés Ortiz Cruz

CAPITULO 3

El Procedimiento Penal Sandra Alicia García García	269
Investigación. Primera fase procesal de proceso penal acusatorio y oral Fernando Córdova del Valle	291
Etapas de los diversos sistemas de justicia penal: juicio oral Héctor Lara González	313
Reinserción social y función de la pena Jorge Ojeda Velázquez	331
Proyección de las reglas de reinserción desde la perspectiva social en México Juan José Olea Valencia	355
El Juez de Ejecución de Sanciones Penales José Heriberto Pérez García	381
El Sistema Acusatorio en los Códigos de Procedimientos Penales en México José Leovigildo Martínez Hidalgo	397
Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales que presenta la SETEC Rodrigo A. Ozuna Solsona	429

PRÓLOGO

El 18 de junio de 2008 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que 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, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La envergadura de la reforma constitucional en materia penal representa no sólo un parteaguas en los sistemas de procuración e impartición de justicia, sino un verdadero cambio de paradigma que todos los actores que conforman un Estado democrático de Derecho debemos asumir con responsabilidad y compromiso.

Los artículos transitorios segundo y tercero del Decreto mencionado establecen los lineamientos temporales para la entrada en vigor en nuestro país del sistema procesal penal acusatorio, que ocurrirá cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años. En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio.

Mediante la reforma constitucional, el procedimiento penal transita del procedimiento semi-inquisitorio al acusatorio y oral, cuyos principios (*publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*) recoge el artículo 20 constitucional.

Como es sabido, el sistema acusatorio, en esencia *dialéctico*, es un modelo contrapuesto al inquisitivo, que tiene su base en el principio de autoridad. Remitiéndonos a autores clásicos como Stübel, Feuerbach y a más recientes como Lang-Hinrichsen, y Kai Ambos, recordamos que el sistema inquisitivo partía, precisamente, en inquisición general del delito, para después aproximarse a la figura del autor, al cual se le debía imputar el delito en inquisición especial.

En consecuencia, el juez inquisitivo, cuyas funciones eran las de investigar y enjuiciar, tenía que confirmar, en primer lugar, la comisión del delito en su manifestación externa, para poder dirigirse con posterioridad al *actor delicti*.

Esa antítesis entre el hecho y la autoría sólo podía resolverse, por regla general, a través de la confesión del reo, dado que la constatación de la culpabilidad requería, al menos, la confirmación por dos testigos, que rara vez conseguía ser presentada.

Esta concepción del proceso fue abandonada con la adopción de un nuevo modelo procesal regido por el principio acusatorio. En éste, se separaban las fases de instrucción y enjuiciamiento y, por ello, el juez encargado de juzgar ya no se ocupaba de la investigación del delito y del autor, sino que esa función estaba encomendada al instructor que debía definir al autor del delito por lo averiguado. Así, se dejaba al juez la labor de subsunción de los hechos acusados en el tipo.

El juez inquisitivo debe encontrar al autor de los hechos. El juez de sentencia acusatorio, recibe al acusado ya identificado como tal por otro juez.

Al respecto, en una conferencia dictada en el Ciclo *Proceso y Democracia* en

febrero de 1952 en la Universidad Nacional Autónoma de México, el gran jurista Piero Calamandrei cinceló el espíritu que contrasta a ambos paradigmas: “en el proceso dialéctico la sentencia es la consecuencia, incierta hasta el final, del desarrollo del proceso; en el proceso totalitario el desarrollo del proceso es la consecuencia de la sentencia ya acertada desde el principio”.

Por su parte, la oralidad es el medio por excelencia para poner en marcha los principios rectores del sistema acusatorio. Así, el proceso penal estará presidido por la idea de debate, de controversia, de contradicción, de lucha de contrarios y será la síntesis dialéctica de la actividad de las partes encaminada a velar por los intereses que representan.

El proceso será un diálogo abierto entre los diversos actores que confrontarán por el predominio de lo que consideran es la verdad procesal. Gracias a la reforma, la trascendencia de la labor de los jueces tendrá una preeminencia sin precedentes en México. El cambio de paradigma, cada vez más cercano en el horizonte, de un sistema inquisitivo a otro acusatorio, es revolucionario y equivalente al que se dio en la ciencia, al transitar de las férreas y *monológicas* leyes de la física clásica a los principios, más *dialógicos*, interactivos y tolerantes de la física cuántica.

La *Memoria* del curso “El Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio desde la Perspectiva Constitucional” recaba las reflexiones de distinguidos especialistas que analizan los diversos tópicos que entraña el nuevo sistema de justicia penal.

Como atinadamente acota el Magistrado José Nieves Luna Castro en su estudio introductorio, al tratarse del establecimiento de una serie de principios rectores más allá de las diferencias que puedan establecerse de carácter local, el sistema acusatorio penal que se pretende en México es único, y esa uniformidad requiere de un esfuerzo a nivel nacional en el que estamos involucrados todos los operadores del sistema y la sociedad misma.

El curso cuya *Memoria* se presenta, constituye un importante precedente de capacitación sobre el sistema acusatorio en México —entre otras razones— porque fue organizado de manera conjunta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, uniendo esfuerzos con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal. Concomitantemente, fue impartido a nivel nacional, de manera presencial en el auditorio del Instituto de la Judicatura Federal, y por el sistema de videoconferencias a través de las 40 extensiones del propio Instituto, así como de las 45 casas de la cultura jurídica en todas las entidades del país.

El curso puede seguirse en cualquier momento y desde cualquier lugar del Mundo en la página de Internet de nuestro tribunal constitucional.

Desde la promulgación de la reforma constitucional de junio de 2008, el Poder Judicial de la Federación ha tenido una participación destacada, lo que da muestra del enorme interés que representa para nosotros la instauración del sistema acusatorio. Así, desde octubre de 2008 el Poder Judicial es parte integrante del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, instancia constituida para establecer la política y la coordinación nacionales necesarias para implementar, en los tres órdenes

de gobierno, el sistema de justicia penal en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Asimismo, en agosto de 2009 firmamos el Acuerdo al que concurren los tres Poderes de los Unión para dar cumplimiento al mandato constitucional para instalar la instancia de coordinación prevista en el artículo Noveno Transitorio del Decreto de reforma constitucional publicado el 18 de junio de 2008. Y el 17 de junio de 2011 fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo General 22/2011 del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que establece la competencia de la función de ejecución penal y crea los Juzgados de Distrito Especializados en Ejecución de Penas.

Adicionalmente, el Poder Judicial de la Federación ha adoptado las medidas necesarias para recibir la reforma e instrumentarla, con los menores contratiempos posibles. A la fecha, han sido creados siete juzgados especializados en cateos, arraigos e intervención de comunicaciones; que trabajan las 24 horas los 365 días del año.

En materia de capacitación, nuestros esfuerzos no son nuevos ni responden a una acción aislada. Desde 2008 a la fecha, el Poder Judicial de la Federación ha realizado cerca de 400 actividades de capacitación en el nuevo sistema, en el que han participado como alumnos decenas de miles de profesionales del derecho, entre ellos magistrados, jueces, secretarios, actuarios y oficiales administrativos, así como abogados del foro jurídico.

Finalmente, hemos integrado consejos asesores y consultivos y aprobamos la instalación de un circuito piloto para poner a ensayo las nuevas exigencias. Hemos capacitado y certificado a los próximos jueces de ejecución.

En cuanto al quehacer jurisdiccional, también ha habido pronunciamientos relevantes, como lo evidencian las siguientes tesis emitidas por los tribunales federales, y por la propia Suprema Corte:

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. SU APLICACIÓN SOBRE ACTOS PROCESALES A PARTIR DE SU ENTRADA EN VIGOR, NO VIOLA EL ARTÍCULO 14 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que en materia procesal no opera la aplicación retroactiva de la ley si se considera que la ley procesal está formada, entre otras, por normas que otorgan facultades jurídicas a una persona para participar en cada una de las etapas que conforman el procedimiento, y al estar éstas regidas por las disposiciones vigentes en la época en que van naciendo, no puede existir retroactividad mientras no se le prive de una facultad con la que contaba. Esto, porque es en la sustanciación de un juicio regido por la norma legal adjetiva donde tiene lugar la secuela de actos concatenados que constituyen el procedimiento, los que no se realizan ni se desarrollan en un solo instante, sino que se suceden en el tiempo, y es al diferente momento de realización de los actos procesales al que debe atenderse para determinar la ley adjetiva que debe regir el acto respectivo. Por tanto, si antes de actualizarse una etapa del procedimiento el legislador modifica su tramitación, suprime un recurso,

amplía un término, modifica la valoración de las pruebas o el procedimiento mismo, no existe retroactividad de la ley, ya que las facultades que dan la posibilidad de participar en cualquier etapa del procedimiento, al no haberse actualizado ésta, no se afectan. Además, tratándose de leyes procesales, existe el principio doctrinario de que las nuevas son aplicables a todos los hechos posteriores a su promulgación, pues rigen para el futuro y no para el pasado, por lo que la abrogación o derogación de la ley antigua es instantánea, y en lo sucesivo debe aplicarse la nueva. En consecuencia, la aplicación del ordenamiento legal que establece el nuevo sistema procesal penal acusatorio sobre actos procesales acontecidos a partir de su entrada en vigor, no viola el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹.

CONFLICTO COMPETENCIAL SUSCITADO ENTRE JUECES DE PROCESO DE DISTINTAS ENTIDADES FEDERATIVAS, CON MOTIVO DE LA INCORPORACIÓN A LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE ALGUNO DE ELLOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. DEBE CONOCER DEL ASUNTO EL JUEZ DE CONTROL Y JUICIOS ORALES SI SE ACTUALIZA A SU FAVOR ALGUNA DE LAS REGLAS ESENCIALES DE COMPETENCIA QUE RIGEN A LOS JUECES PARA CONOCER DE ÉSTE.

Si en el territorio donde ejerce jurisdicción uno de los Jueces contendientes, el legislador secundario incorporó al código adjetivo el sistema procesal penal acusatorio, en acatamiento a las reformas y adiciones a los artículos 16, 17, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, pero dejó intocadas las reglas esenciales que rigen la competencia de los Jueces para conocer de los asuntos, a saber, aquel: a) del lugar donde se consuma el delito; b) que previno cuando se ejecute en distintos territorios del Estado, siempre y cuando se actualice concurso de ellos; c) que previno en tratándose de los delitos denominados continuados, permanentes, conexos; y d) que previno para los diversos delitos que se imputen a una misma persona, aunque no sean conexos (o bajo la denominación hecho considerado como delito), sin adicionar como caso de excepción a esas reglas la circunstancia de que el proceso declinado se tramitó al tenor del sistema penal tradicional vigente antes de la reforma constitucional en cita; por tanto, cuando se actualice alguna de aquellas reglas de competencia a favor del juzgador de control y juicios orales, resulta inconcuso que será éste el competente para conocer del asunto, ya que las cuestiones relativas al proceso, al tenor de lo expuesto, no inciden en los temas competenciales².

¹ Amparo en revisión 860/2010. 2 de febrero de 2011. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Beatriz J. Jaimes Ramos.

² NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Competencia 21/2010. Suscitada entre el Juez de Control y Juicio Oral Penal de Primera Instancia del Distrito Judicial de Nezahualcóyotl, Estado de México y el Juez Quincuagésimo Noveno Penal del Distrito Federal. 20 de enero de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco. Secretario: José Inés Aguilar Vidal.

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. FORMA EN QUE DEBE REALIZARSE EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE UNA DISPOSICIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE OAXACA SEGÚN SE IMPUGNE CON ANTERIORIDAD O POSTERIORIDAD A LA DECLARATORIA DE INCORPORACIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO TERCERO TRANSITORIO DEL DECRETO DE REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de tres de diciembre de dos mil ocho, al conocer del amparo en revisión 334/2008, sostuvo que, respecto de la entrada en vigor de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que atañen al sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución Federal, el Constituyente estableció dos supuestos que se contemplan en los artículos segundo y tercero transitorios del decreto de reformas relativo. El citado artículo segundo señala que el referido sistema entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria respectiva, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de dicho decreto. También dispone que en el momento en que se publiquen los ordenamientos legales que sean necesarios para incorporar aquel sistema, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que se señale expresamente que el sistema ha sido incorporado en esos ordenamientos. Por su parte, el artículo tercero mencionado precisa que dicho sistema entrará en vigor al día siguiente de su publicación del propio decreto en el Diario Oficial de la Federación, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes y que, para tal efecto, también debe hacerse la declaratoria señalada. Al respecto, la Primera Sala puntualizó: “Se trata de normas preconstitucionales; es decir, emitidas antes de la reforma constitucional. No obstante que el Constituyente haya determinado que, en tal supuesto, el sistema procesal entra en vigor al día siguiente de la publicación del decreto de reformas constitucionales, lo cierto es que la entrada en vigencia de las mencionadas reformas constitucionales, está también condicionada a la emisión de la declaratoria respectiva, pues en el último párrafo del citado transitorio, expresamente estableció dicha condicionante, en los siguientes términos: ‘Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo’. En ese orden de ideas, si la legislatura, no obstante haber legislado en materia del sistema procesal acusatorio y haberlo incorporado en su legislación adjetiva penal, con antelación a la reforma constitucional, no ha emitido la declaratoria correspondiente, entonces las reformas constitucionales relativas no tienen todavía aplicación en el Estado, pues la condicionante establecida para su vigencia no ha quedado superada. En ese sentido, si la impugnación del precepto se hace con posterioridad a la declaratoria a que se refiere el artículo segundo transitorio, indudablemente que la confrontación del texto impugnado debe hacerse contra el nuevo texto constitucional. Por otro lado, si la

impugnación del precepto legal se hace con anterioridad a la mencionada declaratoria, entonces la confrontación debe hacerse a la luz del texto constitucional reformado”. Ahora bien, el Estado de Oaxaca incorporó en su Código Procesal Penal el sistema procesal penal acusatorio, mediante el Decreto Número 308, publicado en el Periódico Oficial del Gobierno del Estado el 9 de septiembre de dos mil seis, el cual entraría en vigor, según su artículo primero transitorio, doce meses después de su publicación en el referido medio de difusión oficial, sucesivamente, en las siete regiones que componen el Estado de Oaxaca; asimismo, la Legislatura Local efectuó, en el mencionado Periódico Oficial de 15 de noviembre de 2008, la declaratoria de incorporación relativa. De lo anterior se concluye que el análisis constitucional de una disposición del Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, que se rige por el nuevo sistema acusatorio-oral, debe hacerse en confrontación con el nuevo texto constitucional, si la correspondiente impugnación se hace con posterioridad a la referida declaratoria y, en confrontación con el texto constitucional anterior a la reforma, si la impugnación del precepto legal se hace con anterioridad a la mencionada declaratoria³.

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO. LA ENTRADA EN VIGOR DEL DECRETO DE REFORMAS CONSTITUCIONALES PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008 TAMBIÉN DEPENDE DE LA EMISIÓN DE LA DECLARATORIA A QUE ALUDEN LOS ARTÍCULOS SEGUNDO Y TERCERO TRANSITORIOS DEL PROPIO DECRETO, LO CUAL ES DETERMINANTE PARA EL ESTUDIO DE CONSTITUCIONALIDAD RELATIVO.

El artículo tercero transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, establece que el sistema procesal penal acusatorio entrará en vigor al día siguiente al de la publicación del propio Decreto en el medio oficial mencionado, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes; sin embargo, la vigencia de las citadas reformas también se condicionó a lo previsto en los artículos segundo y tercero transitorios del indicado Decreto, en el sentido de que los poderes legislativos deben emitir una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales y en la cual se señalará expresamente que el sistema mencionado se ha incorporado a los aludidos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías consagradas en la Constitución Federal empezarán a regular la sustanciación de los procedimientos penales. En ese sentido, si un precepto legal relativo al sistema procesal penal acusatorio se impugna después de la declaratoria referida, es indudable que su confrontación debe hacerse contra el nuevo texto constitucional, pero si la impugnación se realiza con anterioridad a tal declaratoria, la confrontación será

³ TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL DÉCIMO TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 444/2008. 14 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Javier Leonel Santiago Martínez. Secretario: Juan Carlos Herrera García.

a la luz del texto constitucional vigente antes de ser reformado, pues de esa manera todos los actos de autoridad quedan sujetos a control constitucional⁴.

Entre los aspectos más destacados en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio está la instauración de los jueces de control, cuya existencia se estimó necesaria para vigilar las actuaciones ministeriales y policíacas durante la investigación de los delitos y para resolver las medidas provisionales que específicamente requieran de control judicial.

El Ministerio Público mantendrá la responsabilidad de retener a los detenidos, hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la acusación.

Así, en consonancia con los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido que enuncia el artículo 20 constitucional, corresponderá a los jueces de control vigilar, controlar, avalar y, en su caso, descalificar las acciones llevadas a cabo en la etapa de investigación a fin de que se sujeten a reglas más exigentes desde el punto de vista jurídico, lógico y de respeto a los derechos humanos.

Esto es de suma importancia, porque el contenido, interpretación y alcances de la reforma constitucional en materia penal no pueden ser disociados, en absoluto de otras dos reformas constitucionales promulgadas a mediados del presente año en materia de amparo y derechos humanos.

Gracias a la reforma a los artículos 94, 103 y 107 constitucionales publicadas el pasado 6 de junio, el juicio de amparo se actualizará, siendo más ágil y accesible para los individuos, y esto le permitirá recobrar su esencia, es decir, evitar los abusos de poder y garantizar el régimen de libertades.

Del mismo modo, y estrechamente ligada con la anterior, es la reforma que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos constitucionales, y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el pasado 10 de junio. Mediante la armonización de nuestra “ley de leyes” con los tratados internacionales en materia de derechos humanos se ha logrado disipar cualquier duda.

Todas las autoridades, incluyendo por supuesto a los juzgadores federales, están obligadas a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, debiendo tomar en cuenta los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En suma, la Ley Fundamental existe y se reforma, prioritariamente, para que nada esté por encima de la protección a los derechos humanos.

Debemos reiterar que nuestros esfuerzos, deben acompañarse por el trabajo de los otros poderes de la Unión y los demás niveles de gobierno.

Y si bien ya son nueve las entidades federativas que presentan avances en la implementación del nuevo sistema de justicia penal, el tiempo avanza inexorablemente por lo que debe ratificarse y redoblarse el compromiso en las demás entidades federativas para ir a la par en este trabajo de importancia histórica para el ordenamiento jurídico de nuestro país.

El ordenamiento jurídico en los albores del siglo XXI debe ser sensible y perceptivo a las nuevas coyunturas. Por tanto, la Constitución, como documento vivo y dinámico, muestra su congruencia temporal y consistencia al ir acorde con las

⁴ Amparo en revisión 334/2008. 3 de diciembre de 2008. Cinco votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretario: Juan Carlos de la Barrera Vite.

características cambiantes de la sociedad y al ir de la mano de las nuevas realidades.

La reforma al sistema de justicia penal no puede anquilosarse en el idealismo, sino que, siguiendo a Hesbert Benavente, como sistema que descansa en la realidad social, la justicia penal y el proceso penal, debe humanizarse, tomando en cuenta que lo que se le pone a su conocimiento es un conflicto intersubjetivo a raíz de la comisión de un ilícito penal donde los involucrados esperan un marco de discusión y respuesta eficiente y protectora, para sus intereses o expectativas.

Dentro de la amplia gama de temas que integran la agenda de la reforma judicial, la justicia penal ocupa un lugar destacado, y propicia un amplio y enriquecedor debate, no sólo en los ámbitos académico y legislativo, sino, principalmente, en la sociedad.

La justicia penal le importa a la gente, y al ser uno de los elementos más delicados para la articulación del sistema de justicia, la calidad de su funcionamiento incide decididamente en la percepción ciudadana sobre el Estado de Derecho.

No podemos sino estar de acuerdo con el señor Ministro Sergio Valls, representante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ante el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal Acusatorio, cuando dice que el reto de nuevo sistema de Justicia Penal Acusatorio en México es dar mayor transparencia a los procesos judiciales, garantizar la reparación del daño a la víctima u ofendido, enfatizar el respeto a los derechos humanos y dotar de más y mejores instrumentos para combatir a la delincuencia.

Reitero al señor Ministro Valls, mi reconocimiento por su infatigable labor en torno a la difusión e impulso a la reforma penal.

Del mismo modo, este reconocimiento es extensivo al señor Consejero de la Judicatura Federal, magistrado Oscar Vázquez Marín, representante del Consejo ante la propia instancia de Coordinación de la Implementación de la Reforma en Materia Penal, quien hace un oportuno llamado a promover entre todos los actores jurídicos el conocimiento de los nuevos valores, principios, conceptos e instituciones jurídicas que les permita adquirir los conocimientos, habilidades y actitudes necesarias para desempeñar adecuadamente el rol que nos corresponda.

Estamos frente a un proceso irreversible. Nuestro país ha abierto sus puertas a un nuevo sistema que apunta a la oralidad en los juicios y todo lo que ello implica de acuerdo a los principios que lo rigen.

Todos los que estamos inmersos en el sistema de justicia, tenemos una responsabilidad compartida para dar cumplimiento a los postulados constitucionales.

La reforma implica un cambio de paradigma que los jueces federales estamos dispuestos a entender y asumir, por lo que hemos dado inicio a una etapa más en la capacitación de los jueces de Distrito y magistrados de Circuito, a fin de auxiliarlos a adquirir nuevas habilidades y consolidar su preparación profesional, en aras de que la reforma penal cristalice.

Ministro Juan N. Silva Meza

Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
y del Consejo de la Judicatura Federal

PRESENTACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo de la Judicatura Federal, en coordinación con la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC), a través de la Dirección General de Casas de la Cultura Jurídica y del Instituto de la Judicatura Federal, programaron la realización del Diplomado denominado: *El Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional*, con el afán de dar continuidad al proceso de implementación de la reforma constitucional en materia penal de 18 de junio de 2008 en el sistema jurídico mexicano, evento que se llevó a cabo del 22 de marzo al 5 de septiembre del año en curso, mediante cuarenta sesiones impartidas en el auditorio principal del Instituto de la Judicatura Federal: Escuela Judicial, trasmitidas simultáneamente a nivel nacional a 40 extensiones del propio Instituto, así como a 45 Casas de la Cultura Jurídica; sesiones que a su vez fueron retransmitidas a través del Canal Judicial.

Dicho Diplomado contó con el aval académico de la SETEC, y estuvo dirigido a magistrados de Circuito, jueces de Distrito, secretarios de Estudio y Cuenta, secretarios de Tribunal, secretarios de Juzgado, Defensores Públicos Federales, Asesores Jurídicos Federales, actuarios judiciales, oficiales administrativos y demás servidores públicos del Poder Judicial de la Federación; así como a servidores públicos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de las Entidades Federativas, abogados postulantes, Barras y Colegios de Abogados, docentes y estudiantes de Derecho en general.

En esta actividad académica de alcance nacional, se contó con la valiosa participación de treinta ponentes relacionados con la materia, quienes abordaron distintos temas que derivan de la reforma al sistema de Justicia Penal, a los cuales les fue extendida una cordial invitación para presentar una versión escrita del tema expuesto, con la finalidad de integrar un documento en el que se plasmaran sus interesantes exposiciones.

En ese contexto, la presente obra recopila los trabajos de los dieciocho ponentes que atendieron la invitación, misma que fue editada por el Consejo de la Judicatura Federal, lo anterior, con el objeto de aportar un elemento más que contribuya a difundir y construir las bases del conocimiento sobre los conceptos, instituciones y procedimientos claves del nuevo sistema de justicia penal, que puedan ser de utilidad a los diversos actores del sistema jurídico interesados en dichos temas, así como a la sociedad en general. Asimismo, las treinta videgrabaciones que conforman el total de las ponencias del diplomado están a la disposición de quien las quiera consultar en las páginas de internet tanto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (www.scjn.gob.mx) como del Consejo de la Judicatura Federal (www.cjf.gob.mx).

MINISTRO
SERGIO A. VALLS HERNÁNDEZ
 REPRESENTANTE DE LA SUPREMA CORTE
 DE JUSTICIA DE LA NACIÓN,
 EN EL CONSEJO DE COORDINACIÓN
 PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
 SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

CONSEJERO
ÓSCAR VÁZQUEZ MARÍN
 REPRESENTANTE DEL CONSEJO
 DE LA JUDICATURA FEDERAL,
 EN EL CONSEJO DE COORDINACIÓN
 PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
 SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

LICENCIADO
FELIPE BORREGO ESTRADA
 SECRETARIO TÉCNICO DEL
 CONSEJO DE COORDINACIÓN
 PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
 SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

CAPITULO 1

INTRODUCCIÓN Y CARACTERÍSTICAS
GENERALES DEL NUEVO SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL

INTRODUCCIÓN Y CARACTERÍSTICAS
GENERALES DEL NUEVO SISTEMA
DE JUSTICIA PENAL

José Nieves Luna Castro



MAGISTRADO

José Nieves Luna Castro

Catedrático de Derecho Penal y Constitucional; magistrado integrante del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito.

Es egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guadalajara y cuenta con el título de Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, así como por la Universidad de Sevilla, España.

Ha sido docente en universidades nacionales e internacionales y es autor de los libros: “El concepto del Tipo Penal en México”, “La Suprema Corte como Órgano de legalidad y Tribunal Constitucional”, “Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo”, “La aplicación de las penas en México” y “El delito Ecológico de efectos transnacionales”.

Se ha desempeñado como Agente del Ministerio Público en el Estado de Jalisco; Juez Octavo de Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco y actualmente es Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, en Toluca, Estado de México.

PRIMERA PARTE

Introducción al estudio y análisis del Sistema Acusatorio Adversarial

I. Justificación e introducción

La reforma del año dos mil ocho generó diversas actuaciones por parte del Poder Judicial de la Federación; ha habido también reformas de carácter local, donde se implementaron sistemas distintos, algunos incursionando en la oralidad pero sin ser juicios acusatorios en el sentido estricto; en algunos casos, por ejemplo, se hablaba de juicios “predominantemente orales”¹, en los que, por cierto, en ocasiones simplemente se trataba de una especie de juicio sumarísimo a partir del auto constitucional, pasando de manera opcional a un procedimiento de tipo verbal o a un procedimiento de tipo escrito. Esto ni se asemeja a lo que en un sentido estricto sería un juicio acusatorio, lo que revela uno de los primeros problemas que podríamos advertir, como es el de identificar la oralidad con el juicio acusatorio oral y, a su vez, confundir la etapa de juicio acusatorio oral con lo que es en realidad un sistema acusatorio integral. Pues bien, este tipo de realidad problemática es lo que lleva a justificar un mecanismo de coordinación que podría, por primera vez a nivel nacional, sentar las bases elementales, los principios esenciales de lo que la reforma constitucional de junio de dos mil ocho pretende.

La reforma constitucional aspira a la integralidad de un nuevo sistema de justicia en México, más allá de posibles interpretaciones de carácter local o de divergencias que podrían surgir de interpretaciones contradictorias.

Por eso es que en este curso se habla del “Nuevo Sistema Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional”, pues se atiende el común denominador de esta reforma, que es el carácter general que deriva de su programación desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos², de tal manera que al tratarse del establecimiento de una serie de principios rectores más allá de las diferencias que puedan establecerse de carácter local, el sistema acusatorio penal que se pretende en México es único y esa uniformidad requiere de un esfuerzo a nivel nacional en el que obviamente estemos involucrados todos los operadores del sistema y la sociedad misma, de manera que lo que persigue el curso es precisamente iniciar desde la delineación de fundamentos esenciales y desde la explicación sencilla del porqué de la reforma constitucional. Este curso no es para especialistas, se ha abierto de manera muy amplia, de modo que su finalidad es homologar la introducción a un conocimiento con términos básicos y fundamentales a partir de los cuales la construcción de ese nuevo sistema se irá elaborando, se irá logrando día a día.

Como introducción general habría que partir de la aludida justificación, referente al porqué del curso y por qué diseñarlo desde la perspectiva constitucional.

Ahora bien, al margen de que existan algunas entidades de la República que están

¹ Uno de los procedimientos modificados de características similares fue el del Estado de México, de vigencia intermedia y previa a la más reciente modificación de 2010.

² Según decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008.

aplicando ya sistemas acusatorios más o menos allegados a los contenidos de un modelo puro, el caso es que al final de cuentas el sistema acusatorio que se pretende tendrá que ser redefinido desde la perspectiva constitucional, exigible para todo el sistema mexicano, esto es, adaptado a nuestra estructura constitucional. Existen países latinoamericanos que han hecho esta transformación de llevar a sus sistemas la implementación de los juicios orales o sistemas de corte acusatorio, pero algunos tienen determinadas instituciones que nosotros no tenemos, así como nosotros tenemos otras que ellos no tienen.

Es el caso del juicio de amparo, por ejemplo, que no existe en la mayoría de los otros países objeto de comparación, o al menos no existe como en México; y habría una primera pregunta sobre esto: ¿la implementación de juicios acusatorios y orales debe llevar a la supresión del juicio de amparo? ¿El llamado juez de garantías debe entenderse como una sustitución a lo que hoy en día es un juez de Distrito en Materia de Amparo Penal?

Este tipo de planteamientos fueron comunes en un principio y puede haber quienes sigan teniendo esas dudas respecto de cuál es el alcance que va a tener el sistema acusatorio en relación con el amparo y respecto de las denominaciones y los términos que se utilicen. Pues bien, la justificación del curso estriba precisamente en que sólo desde la perspectiva constitucional se puede realmente empezar la búsqueda de un sistema acusatorio mexicano con identidad propia, un sistema acusatorio *ad hoc* o contextualizado a la estructura constitucional que subsiste en el país y que no puede ser ignorado por las legislaturas ordinarias (de carácter federal o local).

Así, en respuesta a las preguntas anteriores debe recordarse que el amparo no ha desaparecido ni se advierte en condiciones de desaparición, lo cual significa que el nuevo proceso acusatorio debe de funcionar de tal forma que ambas instituciones operen de manera funcional, y esa es precisamente la complejidad que probablemente nuestro sistema representa para académicos u observadores de otras latitudes, pero que en el caso nuestro es consecuencia indiscutible de la conformación constitucional que nos rige.

Otro ejemplo de esta situación peculiar es el tema del “auto de vinculación a proceso”, que tampoco existe en las etapas estructurales características de los sistemas acusatorios de corte tradicional pero sí existe en México, porque nuestro Constituyente lo mantiene como una intencional prolongación de la garantía prevista en el artículo 19 constitucional.

En mi opinión esto revela una exigencia adicional en cuanto a un contenido mínimo de acreditación probatoria para involucrar a una persona en un proceso penal. El que esta exigencia exista en México y no en otro país no significa necesariamente que sea mejor o sea peor, significa que es acorde a la actualización que el Constituyente mexicano le ha querido dar a este nuevo sistema de justicia.

Respecto de aquellos que opinan que el juicio de amparo no debiese existir en función de la operatividad del sistema acusatorio³, yo diría lo siguiente: El juicio de amparo es un mecanismo de protección, es una “garantía” dentro del contexto del

³ Esto se quiere dejar sólo como un planteamiento anticipado para justificar la existencia misma del curso.

Derecho Procesal Constitucional para garantizar determinado sector de vulneración de los derechos constitucionales, es una “garantía” para restituir en el goce de derechos fundamentales dentro del contexto al que el maestro Fix-Zamudio llama la “defensa de la Constitución”⁴; bueno, si esto es así, y si esto ya existe así en México, y además criticamos el sistema tradicional penal por ausencia de suficientes garantías, por deficiencias en el respeto a los derechos fundamentales y por ciertos abusos por parte de las autoridades de investigación o instrucción, y se opta por incorporar otro sistema que se dice más garantista en aras de mejorar, ¿acaso tendríamos que dejar a un lado lo que ya de por sí constituye un mecanismo de protección en el tema de los derechos fundamentales? Creemos que no, pues a lo que se aspira en este caso es a la existencia de un nuevo sistema acusatorio penal sin necesidad de renunciar a las instancias de garantías que ya tenemos, sino buscando una forma en que puedan funcionar de manera eficiente; no se trata, claro, de que el amparo obstaculice el sistema penal, pero tampoco significa que el sistema acusatorio deba carecer de control constitucional para que las autoridades hagan lo que les plazca so pretexto de la reforma. No, no debe aceptarse tal interpretación, al menos de acuerdo con lo que en nuestra Constitución se sigue plasmando hoy por hoy.

En México, el nuevo sistema no se ha depurado aún, sin embargo, lo que se ha hecho en algunas entidades es algo digno de reconocer y, en muchos casos, de recomendable seguimiento porque contiene disposiciones adecuadas y suficientemente viables, a pesar de que en otros supuestos, tal vez de acuerdo con los criterios rectores de la Constitución, puedan existir deficiencias o incongruencias, pero eso estará por definirse.

Este curso, pues, pretenderá aclarar qué es lo que al respecto nuestra Constitución establece; claro que esto generará debate, pero se trata de contribuir en la búsqueda constante para el mejor desarrollo de todo el sistema de justicia, y ese sistema sólo se podrá ir conformando en la medida en que la sociedad en su conjunto, y en especial los operadores del sistema, realmente le den la seriedad e importancia que le atañe. La razón fundamental por la que este curso tiene esta sede e interviene el Poder Judicial de la Federación es porque, necesariamente, en un país de corte federal como México la Corte Suprema está llamada a protagonizar el liderazgo necesario para que el sistema pueda implementarse a nivel nacional fortaleciendo la seguridad jurídica como derecho fundamental.⁵

En México la seguridad jurídica tiene como uno de sus fundamentales pilares los criterios de jurisprudencia, pues la diversidad de códigos e interpretaciones en el sistema mexicano suele requerir de su indispensable acotamiento a través de los criterios jurisprudenciales que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emite como Máximo Tribunal constitucional, de esa manera se garantiza por igual el acceso al debido proceso penal en toda la República. El tema de los derechos fundamentales dentro de un debido

⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª edic., México, ed. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998, pp. 19 y ss.

⁵ En cuanto a la importancia superlativa que estimamos corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso de México, para garantizar la seguridad jurídica en el sistema de justicia de todo el país, cfr. Luna Castro José Nieves, *La Suprema Corte como órgano de legalidad y Tribunal Constitucional. Análisis de sus funciones y de la trayectoria de su transformación*. Porrúa, México, 2006, pp. 83 y ss.

proceso penal es un tema de máxima importancia, es un tema de derechos humanos fundamentales, y si en este país el órgano máximo encargado de resolver sobre derechos fundamentales y sobre constitucionalidad es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no podría entonces desconocerse esa necesaria intervención.

Con esto lo que quiero decir es que los contenidos definitivos de lo que vamos a entender en el nuevo proceso, por ejemplo respecto del auto de vinculación a proceso o a cómo se debe comprender un determinado principio, el tema de la prueba o todos aquellos que en lo sucesivo se presenten, tendrán que acotarse con ese contenido uniforme desde la perspectiva constitucional como base de la seguridad jurídica en esa materia y en todo el país. Por lo pronto, evidentemente habremos de vivir una época de transformación y de pluralidad de criterios que en el sistema mexicano acuden a la vía de la contradicción y resolución potencial de criterios, de ahí lo importante de sentar unas bases mínimas a partir de las cuales, desde la perspectiva constitucional, los gobernados del sur, del norte o del centro tengamos un lenguaje común respecto de cuáles son nuestros derechos esenciales en materia del debido proceso penal reconocidos en la Constitución.

La reforma constitucional de junio de dos mil ocho, en su artículo 9° transitorio establece la creación de la Secretaría Técnica del Consejo para la Implementación de la reforma y en ese consejo participan diversas instituciones.

Por lo que hace al Poder Judicial Federal participan la Suprema Corte y el Consejo de la Judicatura, de manera que este Consejo Técnico es un organismo pluriinstitucional que tiene legitimación constitucional para aplicar medidas tendientes a la implementación.

No se trata simplemente de observar cómo en cada localidad o en cada ámbito, sea local o federal, se hacen los esfuerzos respectivos y aislados por cumplir con la reforma, sino que la legitimación a la que nos estamos refiriendo exige también el establecimiento de programas y de actividades específicas para la difusión de criterios homologados, la capacitación y la certificación posibles, por eso es muy importante conocer la legitimación constitucional de estos esfuerzos, pues es en ese contexto que las instituciones implicadas autorizaron la organización de un curso fundamental sobre los aspectos más esenciales del sistema acusatorio, por ser las bases elementales respecto a las cuales cabrá cualquier tipo de reflexión posterior.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Consejo, desde el interior de la institución, han establecido a su vez consejos de carácter asesor en los que se han involucrado servidores públicos del fuero federal, representantes de la academia, representantes de la sociedad civil, etcétera. Dentro de esos trabajos, uno de los que se aprobaron el año pasado fue el llamado “Proyecto Fletcher”, que consistió en autorizar el envío de 110 juzgadores, tanto federales como locales, para que fuesen a tres países (Estados Unidos, Colombia y Chile). Fletcher se llama un Instituto de Cambio Cultural que pertenece a la Universidad de Tufts, en Boston, Massachusetts, y tiene un programa de cambio cultural que se considera único en el mundo y que es utilizado como soporte para la implementación de cambios de sistemas jurídicos, de manera que en ese proyecto los jueces que tuvieron la oportunidad de acudir participaron en la finalidad

de comparar vivencialmente la forma en que los tribunales operan en dichos países, que tienen sistemas de corte acusatorio. Obviamente en el caso de Estados Unidos como modelo más original de corte sajón, y en el caso de Chile y de Colombia por ser países más cercanos a la idiosincrasia latinoamericana y que están experimentando, con un poco de anticipación respecto de nosotros, la transición al sistema acusatorio y oral.

Esto confirma el necesario liderazgo constitucional del Poder Judicial de la Federación como un presupuesto para la implementación de la reforma integral en México, porque los contenidos que constitucionalmente se asignen en cada sistema a cada uno de los temas generadores de debate, van a depender finalmente de la interpretación constitucional de los tribunales facultados para ello en cada país.

¿Es procedente el amparo contra el auto de vinculación a proceso o no lo es? ¿Cuál es la finalidad y el alcance del auto de vinculación a proceso? ¿Cuáles son las exigencias en cuanto al registro en el sistema de justicia mexicano, debe haber videograbación o sólo grabación de audio? Estos son sólo algunos de los debates que ya se suscitan, entre muchos otros. Hay quienes opinan, por ejemplo, que un auténtico sistema acusatorio no debe tener dos instancias porque la inmediación se rompe con la existencia de recursos, pero en realidad vemos cómo algunos países, no obstante, adoptan su respectivo sistema y establecen mecanismos para tratar de satisfacer, por un lado, el principio de mediación, pero al mismo tiempo otro principio que también es fundamental, el del acceso a los medios de impugnación.

De acuerdo con todo esto, resulta entonces que si en este momento quisiéramos definir cómo es el sistema que la reforma constitucional de junio de dos mil ocho implementó, cómo es el sistema acusatorio en México, la respuesta, en mi opinión, tendría que ser variable, pues dependería de muchas perspectivas diferentes.

Si vamos a Oaxaca, al Estado de México, a Nuevo León o a Chihuahua, o a cualquier entidad donde se han tomado determinados modelos, la respuesta puede tener un contenido más o menos definido, pero si lo vemos desde el ángulo constitucional probablemente hubiera discrepancias e incorrecciones. Existen Estados de la República donde ya está funcionando el sistema, pero otros donde no, y qué pensar de un sistema que ya está funcionando pero con permanencia aún de disposiciones legislativas que en realidad ya no son compatibles con este nuevo sistema, y que sin embargo en muchos códigos prevalecen. ¿No estaremos en presencia de una normatividad inercial donde únicamente se imita o traslada el contenido de un sistema acusatorio ajeno, pero sin revisar todas las implicaciones consecuentes? ¿Cómo podemos hablar de que estamos en un sistema acusatorio cuando uno de sus principios fundamentales es el acceso a los derechos de la defensa y presunción de inocencia y sin embargo en la sentencia, por ejemplo, se dice que por no haber acreditado la buena conducta “positiva” (aún sin contar con antecedentes) no se tiene derecho a ningún beneficio, imponiéndose la prisión? Además, ¿cómo interpretar esto si el sistema acusatorio pretende evitar el uso abusivo y la saturación de las prisiones y no obstante, con la presencia de normas incongruentes, no se contribuye a ese fin?

El sistema prevé otro tipo de instituciones, como el principio de oportunidad, el juicio abreviado, salidas alternas para la solución de conflictos, etcétera, es decir, el

sistema es mucho más que simplemente los juicios orales e implica la coexistencia de estos criterios y mecanismos con sujeción al control judicial.

El fin de la reforma no es simplemente cambiar los juicios escritos en verbales, eso no tendría ningún sentido. La eficacia del sistema abarca la difusión de diversas ideas, la educación, así como crecimiento en algo tan elemental como es la cultura de la legalidad, y esa cultura opera de maneras distintas en los diferentes países.

También debe aclararse cuáles son las verdaderas posibilidades y alcances del nuevo sistema, pues una idea tergiversada puede llevar a una incorrecta sensación de fracaso o a una expectativa inalcanzable. Se han emitido comentarios de funcionarios de alto nivel que expresan ideas como la siguiente: “*Esto de los juicios orales tal vez no funcione, porque no ha bajado la criminalidad*”.

¿Acaso el sistema acusatorio tiene como única o principal finalidad reducir la criminalidad? No, claro que no, es un cambio de las reglas del procesamiento en beneficio de las expectativas de un Estado de derecho democrático, donde la persona que sea señalada como delincuente (lo sea o no) tenga al menos un proceso justo en términos de la legalidad; obviamente esto no significa inclinar la balanza a favor de la delincuencia, pero tampoco que el proceso en sí mismo va a solucionar todos los problemas multifactoriales que generan o incrementan la criminalidad.

El curso pretende generar una difusión de la amplitud real del sistema, que vaya más allá de lo estrictamente técnico al problema del planteamiento de la cultura de la legalidad, y esta parte introductoria, que es probablemente lo más elemental, es también la que nos tiene que llevar a la reflexión subsecuente de lo más importante.

II. ¿Por qué y para qué la reforma?

Definitivamente no consiste únicamente en convertir lo escrito en verbal, esa no es la finalidad de la reforma, pero ¿cuál es la razón que condujo a ella? Hace varios años se encargó a un organismo internacional dependiente de la Organización de Estados Americanos⁶ un dictamen sobre la evaluación y diagnóstico del estado de la justicia penal en México, en ese dictamen se determina, en primer lugar, que una de las dificultades para hablar de un diagnóstico certero sobre el estado de la justicia es el hecho de que no existen datos, no existen estadísticas uniformes, confiables y generalizadas, pero no obstante eso, se puede tener acceso a ciertos datos que, aunque aislados, reflejan un estado crítico, a saber:

1. En cuanto a etapas del procedimiento, el sistema mexicano presentó una marcada característica: la excesiva concentración de facultades en manos del Ministerio Público y

⁶ Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), organismo internacional perteneciente a la Organización de Estados Americanos, a quien por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se encomendó desarrollar un proyecto de investigación para contribuir a la adecuada implementación de la reforma penal por parte del Poder Judicial de la Federación. Estos resultados se analizan detalladamente en la publicación editada por el Máximo Tribunal de constitucionalidad del país, cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Consejo de la Judicatura Federal, *El Sistema Penal Acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, 2008, pp. 17 y ss. Cfr. también S.C.J.N. *El Sistema de Justicia Penal en México. Retos y Perspectivas*, México 2008, pp. 599 y ss.

en la etapa de averiguación previa, la cual se considera una fase que algunos denominan el “corazón de la impunidad”⁷. ¿Por qué?, porque permite, dado esa concentración de facultades reconocidas, que los casos que llegan a los tribunales sean selectivos, sean sólo algunos y ése es uno de los grandes problemas de la percepción ciudadana de impunidad respecto a la justicia en México.

De cada cinco delitos se dice que se denuncia uno, estamos hablando de 20%; de cada cien asuntos penales se logra hacer comparecer al inculpado en 51% de los casos; y de cada cien averiguaciones, sólo veintiséis se concluyen; si sumamos esto, quiere decir que la posibilidad de que un presunto delincuente llegue a ser juzgado y sentenciado es de 2.7%. Entonces, desde esa perspectiva la averiguación se convierte en un filtro de impunidad porque se frena la posibilidad de acceso a la justicia desde una visión victimológica. Según ese dictamen, una de las razones son las cargas de trabajo.⁸

El otro factor negativo de la averiguación previa que se destaca en el informe⁹ es la ineficiencia en la investigación y, según ese dictamen, algunas de las razones son la falta de entrenamiento, de capacitación para la investigación, de incentivos para la profesionalización en la investigación y la corrupción.

2. Según el mismo informe, otra de las cuestiones que se debatieron como parte del problema del sistema de justicia que llevó a la reforma es el tema de la preinstrucción, pues la averiguación con esas peculiaridades llega en el sistema tradicional al órgano judicial que apertura esa etapa, ¿y qué sucede?, bueno, que el término constitucional es un término reducido y, en opinión de varios teóricos, esta situación, con todo y la ampliación a las ciento cuarenta y cuatro horas, llevaba a que el juez, en realidad, al resolver el término constitucional se basaba también en el contenido de las pruebas de la averiguación.

El resto del procedimiento penal se veía caracterizado con cuestiones como las siguientes: la confusión entre inmediación e inmediatez. La inmediatez en nuestro medio se ha desarrollado jurisprudencialmente como un criterio conforme al cual se le asigna más valor a aquella prueba más cercana en tiempo a los hechos; eso es la inmediatez, un tema de temporalidad. La inmediación, en cambio, es un tema de conexión, de cercanía, de autenticidad en cuanto a que el juez perciba directamente la prueba y no a través de intermediarios o delegados. Se dice que este criterio de la inmediatez, aunado al hecho de la prevalencia de la averiguación previa y a lo que se conoce como el principio de permanencia de prueba, que es aquél conforme al cual las pruebas inicialmente recabadas perduran con valor obligatorio durante todo el proceso (lo que ocurre en el sistema tradicional), dan matiz inquisitivo y crítico al sistema tradicional mexicano.

Vale la confesión porque fue obtenida en tiempo, porque no se justificó la retractación; vale la primera declaración del testigo de cargo; vale la primera declaración de la víctima, etcétera. Dar validez a la confesión recabada en la averiguación previa es

⁷ Zepeda Lecuona, Guillermo, *La investigación y la subversión de los principios del subsistema penal en México*, “Project on Reforming the Administration of Justice in México”, Center for U.S.-México Studies, Universidad de California, San Diego, citado en S.C.J.N. El Sistema Penal Acusatorio en México..., op. cit., p. 20.

⁸ Idem.

⁹ Ibidem., pp. 21 y ss.

una forma de legalizar la ausencia de intermediación y tal vez es una forma de imposibilitar al juez de ser realmente lo que debe ser, alguien que juzgue una prueba percibida de manera directa.

Estas situaciones, en apretado resumen y conforme al dictamen del que estamos hablando, provocaron la conclusión de que el sistema penal tradicional en México era un sistema injusto e ineficaz.

Ineficaz por los pobres números de aplicación y resolución efectiva de casos. Injusto desde el punto de vista cualitativo, porque la falta de observancia de determinados principios impedía el ejercicio pleno de los derechos, tanto del procesado como, en su caso, desde la perspectiva de la víctima (presunción de inocencia, defensa adecuada, publicidad, intermediación, etc.).

3. Se deben reconocer también como factores que impulsaron las reformas tanto el carácter influyente de los compromisos internacionales –pues en Latinoamérica México se estaba quedando rezagado en ese aspecto¹⁰– como la necesaria modernización de los sistemas penales en el contexto de las sociedades contemporáneas y conforme a un gran listado de instrumentos internacionales que comprometen a nuestro país desde hace muchos años, debiéndose tomar en cuenta también las recomendaciones que por parte de la Organización de las Naciones Unidas se han emitido.¹¹

4. Restaría mencionar que la opinión de la sociedad es muy importante. La percepción que la colectividad tiene sobre el sistema de justicia penal en México no es nada favorable; en esa medida, resulta indudable que también constituye uno de los factores que influyó en esta reforma.

Pero ¿para qué la reforma?, ¿qué es lo que realmente puede pretender? Más allá de las iniciales exposiciones de motivos (de las que únicamente puede tomarse lo que resulte congruente con el texto finalmente aprobado), creemos razonable deducir que esa finalidad se obtiene de la conjunción armoniosa de las instituciones y principios constitucionales que programáticamente se asignan al nuevo sistema con un ideal de operatividad funcional y sistemática, o, dicho en otras palabras, lo que la reforma pretende es lograr la conformación de un sistema integral nacional propio de un Estado de derecho donde se respeten de mejor manera los derechos de todos los involucrados, esto es, el procesado, la víctima y los intereses de la sociedad en su conjunto.

Por consiguiente, al tratarse de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos esa finalidad no puede ser sectorizada, pues es a nivel nacional y persigue un mejor acceso a la garantía del debido proceso con evidentes fines de más igualdad.

Se trata de una garantía fundamental y, por lo tanto, conforme al sistema constitucional mexicano hay una legitimación indiscutible para los tribunales constitucionales en cuanto a definir cuál es el contenido de esa garantía del debido proceso.

¹⁰ Por cuanto hace a un resumen de la experiencia del sistema acusatorio en América Latina, vid. Sánchez Zepeda, Juan Rodolfo, en *Fundamento del Sistema Acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia latinoamericana*, serie Estudios jurisprudenciales, número 3, ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2010, pp. 27 y ss.

¹¹ Se han emitido varios informes donde la ONU realiza recomendaciones a nuestro país en materia de justicia (1986, 1988, 1994, 1999 y 2010).

El sistema al que se aspira, como dice el consejero Vázquez Marín¹², no se agota sólo en los juicios orales, lo que pretende nuestra reforma es la implementación de un sistema de justicia y ese sistema abarca medios alternos de solución de conflictos, cultura de legalidad, capacitación de todos los operadores; implica el reconocimiento y operatividad racional de los derechos de la víctima, entre muchos otros aspectos pendientes de redimensionar.

La finalidad del curso incide en ese gran propósito, al menos en cuanto a fincar las bases de los requerimientos de reflexión y capacitación desde la perspectiva constitucional; es decir, dejar muy en claro el impostergable reconocimiento de la necesidad de reflexionar sobre la obtención de una estructura sistemática acorde a las necesidades de nuestro país con características propias (ventajas o desventajas, fortalezas o debilidades) y a partir de ahí, la ineludible urgencia de capacitación como base fundamental de la implementación, una capacitación en la que tenemos que estar inmersos todos, conforme a los contenidos de un nuevo y diferente sistema que día a día se irá conformando.

SEGUNDA PARTE

Cultura y sistemas penales, ¿cómo y por qué funcionan en cada país?

I. La importancia de la influencia cultural

El segundo de los temas se refiere precisamente a la relación entre cultura y derecho. La trascendencia no sólo en el ámbito estrictamente penal, sino en el sistema jurídico de que se trate, tiene necesaria e ineludible vinculación con el sistema cultural del que emerge y en el que se desarrolla.

El problema cultural está inmerso en diferentes ámbitos, no nada más en lo jurídico, y particularmente en lo penal; incide también en lo político, económico y sociológico de una determinada sociedad, de manera que hablar de cultura es buscar el fondo del origen de las cosas y de las características que luego se ven reflejadas en los determinados sistemas jurídicos. Dicen algunos autores, por ejemplo, Günther Jakobs¹³, que el sistema penal es como una “tarjeta de presentación de la sociedad”, de manera que en el sistema de los Estados Unidos de Norteamérica, o de un país europeo, vamos a ver que las instituciones están plasmadas con base en la forma de pensar de la gente que ahí se desenvuelve y para la cual está dirigido ese determinado sistema.

En el curso del programa “Fletcher”, uno de los profesores, el Dr. Miguel Basañez, hablaba de sus experiencias como estudiante en Europa y de la importancia y credibilidad que se da a las manifestaciones de las personas, pues queda bajo su respectiva

¹² Ceremonia de inauguración del Diplomado Sobre el Nuevo Sistema de Justicia Penal Acusatorio en México desde la Perspectiva Constitucional. Discurso de inauguración, 23 de marzo de 2011.

¹³ Señala como ejemplo que si el sistema penal tipifica y sanciona como delito por lesiones cometidas por brujería, pues ese sistema penal estará evidenciando el tipo de sociedad de la que proviene y el tipo de cultura que en esa sociedad prevalece. Cfr. Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1996, p. 22.

responsabilidad. La diferencia está en que hay toda una cuestión cultural detrás de cómo actúan determinadas sociedades, cómo creemos en el otro, cómo confiamos en que el otro nos esté diciendo la verdad o no, o cómo podemos aceptar que alguien sea capaz de señalar a otra persona como autor de un hecho delictivo, a pesar de saber que no lo es. Desde ahí empieza el cómo tejer el entramado de un sistema jurídico.

Los ámbitos de análisis de la cultura pueden ser muy amplios, nosotros vamos a tratar de referirnos primordialmente a lo vinculado con la cuestión jurídica y hablar de una transformación constitucional que nos conduce a un nuevo sistema de justicia penal en México, lo cual nos debe llevar a una reflexión al menos genérica sobre los diferentes sistemas que existen¹⁴.

Se habla de la existencia de cuatro grandes sistemas jurídicos universales: el sistema conocido como “common law”, de corte anglosajón; el sistema de corte romano-germánico o de tradición de Europa continental (el que se dice ha influenciado mucho a la normatividad mexicana); el sistema de los países asiáticos, y los sistemas de derecho derivados de criterios religiosos (como por ejemplo de tipo musulmán). No se dice que alguno sea mejor que otro, simplemente digo que por lo menos podemos hablar de cuatro grandes sectores de sistematización diferente.

Los que nos interesan más para efectos de la comparación entre el sistema en que estamos incursionando y el que se supone estamos tratando de superar son el sistema sajón y el de tradición romano-germánica de Europa continental.

En el continente americano, las influencias culturales y jurídicas provienen de los países que generaron la respectiva colonización y consecuente transmisión cultural. En las colonias norteamericanas, el derecho que se implantó era un derecho proveniente del sistema sajón inglés, mientras que en los países conquistados por el reino de España el sistema jurídico que se implementó con toda su influencia fue el de corte escrito e inquisitivo, cuyo surgimiento se ubica en la época medieval en Roma y en algunos países en donde se faculta, bajo criterios de imposición ideológica de los gobernantes, a la investigación y la aplicación férrea de sistemas de justicia. Es claro que sólo trato de hacer una muy apretada síntesis narrativa, pero el sistema inquisitivo se identifica entonces como el ejercicio de un órgano de Estado que se extiende en representación de quien ejerce el poder, generalmente de carácter monárquico, y por lo tanto se identifica al juzgador como un enviado del rey, como un representante del poder al que se teme por sus excesos y porque bajo esa idea el juez se convierte en un protagonista de la investigación, que asume además las facultades de acusación e impone condenas sin la existencia de límites.

El sistema de corte anglosajón, por su parte, en la Bretaña, se fue desarrollando con base en el derecho consuetudinario, particularmente impulsado, en el siglo XII, por un gobernante (Enrique II) que se caracteriza por hacer cosas verdaderamente importantes, sentando las bases de lo que hoy en día se conoce como el sistema de los precedentes (obligatorios o sólo moralmente vinculantes)¹⁵, lo que a la larga conlleva a

¹⁴ Un interesante desarrollo esquematizado de la comparación entre las características de cada uno se contiene en Bardales Lazcano, Erika, *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, ed. Magister, México, 2010, pp. 25-41.

¹⁵ Lo que aquí en México Carlos Arellano García denomina como “la fuerza moral del precedente” por la naturaleza del órgano del que proviene, refiriéndose a la Suprema Corte, cfr. Arellano García Carlos, *El juicio de Amparo*, ed. Porrúa, 1ª. Edición, México 1982. Estos precedentes obligatorios fueron los que a la larga constituyeron el sistema que se traslada a México por cuanto hace al sistema jurisprudencial obligatorio propio del juicio de amparo.

una gran diferencia desde el punto de vista cultural, pues en este sistema el juez no se identifica como un representante del Estado, sino como alguien que aplica los criterios predominantes en la comunidad, donde el carácter consuetudinario se traslada a la legalización, por parte de los jueces, de lo que la comunidad consideraba correcto; por ende, se ve al juez como el que respeta y hace respetar los derechos que la sociedad reconoce. Así, mientras al juez inquisidor se le teme, al juez comunitario que aplica las normas de convivencia que los ciudadanos consideran válidas se le respeta como protector, diferencia que subsiste como base cultural hasta nuestros días, claro, haciendo un gran brinco de lo histórico e irrespetuoso de los detalles, para hacer comprensible la diferencia de cómo se ve al titular de la judicatura en un país y cómo se ve en otros bajo la idea del reconocimiento.

Estos son aspectos muy básicos de los sistemas diametralmente considerados, aunque en realidad puede hablarse de un sistema intermedio o mixto. Así, en el inquisitivo se tienen todas las facultades sin limitación para investigar, perseguir, acusar y sentenciar, y generalmente es el mismo órgano el que lo hace. No hay división de funciones. Un sistema mixto o acusatorio moderado para algunos sería un sistema ya más característico del siglo XIX, cuando se logran ciertos avances, como las divisiones que se hacen de la etapa de la averiguación frente a una etapa pública, que es el juicio como tal, pero que mantiene detalles que lo siguen vinculando con aspectos de carácter inquisitivo; el ejemplo más claro, el principio de permanencia de pruebas. Finalmente, el sistema acusatorio que pretende superar el modelo inquisitivo haciendo nítida la gran división entre quien investiga y quien juzga, buscando el equilibrio de fuerzas entre quien acusa y quien se defiende, y acotando la posición imparcial del juez, que no debe inclinarse en beneficio de ninguno de los participantes. Por lo tanto, en un sistema acusatorio la suplencia de la queja deficiente puede estimarse contradictoria porque suplir en exceso las deficiencias implica desequilibrio, duplicidad por problemas de tiempo, pero, sobre todo, fomenta la incapacitación en el ejercicio de las profesiones.

En un sistema acusatorio, en aras de la igualdad de fuerzas, si el órgano técnico de acusación se ejerce por un profesional del derecho, indudablemente que la defensa tiene que ser una defensa adecuada en niveles de capacitación y profesionalización.

Estos antecedentes inciden en la problemática para la implementación del sistema acusatorio, pues es evidente que en un país donde la sociedad está acostumbrada a un determinado tipo de cultura, será más difícil adaptarse a cuestiones provenientes de culturas distintas.

II. ¿Qué vamos a entender por cultura?

Existen diversas concepciones de acuerdo con la óptica que se adopte¹⁶, yo voy a utilizar una definición expuesta por el maestro Basañez, según la cual se entiende como “código de creencias, valores compartidos que se transmiten a través de significados

¹⁶ Para una revisión amplia e interesante respecto de los diferentes puntos de vista desde los que históricamente se ha tratado de definir el concepto “cultura”, véase Pesqueira Leal, Jorge, *Cultura y Alienación. Deuda Externa y Sometimiento Económico*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires 1991, pp. 27-31.

sutiles y subliminales¹⁷. Me parece que contiene un factor fundamental como común denominador; la idea de cultura entendida como sistema de valores y creencias que no son estáticos, que son cambiantes, que se transmiten y que se pueden modificar, pues de lo contrario, si se parte de la idea de que la cultura fuese inamovible, por ejemplo, no tendría sentido hablar de “cambio cultural” y, por ende, de los planteamientos de este curso. La cultura, pues, no es estática, se desarrolla y modifica, pudiendo ser imitada e incluso impuesta.

El maestro Jorge Pesqueira Leal destaca un punto fundamental: el riesgo del “etnocentrismo cultural”¹⁸, o sea, la insana creencia de países o sociedades que consideran que sólo su cultura es válida, la mejor, la correcta, adoptando posiciones de negación frente a las demás, pudiendo convertirse en plataforma ideológica para pretender imponer criterios de dominación cultural (imperialismo cultural) mediante modelos de transformación cultural ajena, a veces bajo intereses de tipo económico transnacional, religioso o de otra clase de rectoría ideológica.

Es muy importante aclarar que hablar de cambio cultural sólo implica la recepción de ideas positivas y convenientes, mas de ningún modo la permisión de llegar a extremos de importar ideologías de tipo etnocentrista. Las culturas son diferentes, por razones distintas, y en mucho vale la pena mantener esas diferencias. El que sean diferentes no necesariamente las hace mejores o peores, pero además, al ser las culturas cambiantes, es perfectamente aceptable imitar a otras culturas aquello que sea objetivamente válido, positivo. El cambio cultural es razonable, pues una cultura inamovible encontraría en esa estatificación su exclusión en el tiempo y en el espacio.

Las culturas vivas tienen que evolucionar, pues la dinámica es característica de estos códigos de creencias y valores de los que estamos hablando. Pero esa transformación no debe ser producto de la imposición o de tendencias que lleven a desconocer nuestros propios valores e identidad cultural. Los cambios serán positivos en la medida que los hagamos nosotros mismos por aspiraciones propias, para mejorar nuestra cultura, con miras a alcanzar mejores niveles de desarrollo y superación como individuos, como sociedad y como nación. Se pueden enfrentar condiciones económicas difíciles y en situaciones culturales adversas, sin embargo, la modificación en la manera de percibir los valores o de optar por lo valioso puede transformar no sólo la vida de una persona, sino la de sociedades enteras.

Existen estudios que perciben diferencias culturales significativas de acuerdo con las regiones del mundo y sus factores ambientales, religiosos, históricos y sociopolíticos.

Lawrence Harrison, en su libro *El subdesarrollo está en la mente*¹⁹, plasma sus estudios comparativos en varios países latinoamericanos evidenciando cómo algunos han logrado el desarrollo y otros no, y cómo sus tradiciones culturales son distintas pues provienen de criterios religiosos y económicos que a veces impiden dar verdaderos saltos hacia niveles de crecimiento, tanto individual como de estado-nación.

¹⁷ Cfr. Basañez O. Miguel, *Análisis del desarrollo cultural diferenciado entre los países de América y Europa*. Conferencia magistral, Instituto Fletcher, Tufts University, Cambridge Massachusetts, junio de 2010.

¹⁸ Pesqueira Leal, Jorge, o.u.c. p. 32.

¹⁹ Harrison, Lawrence E., *El subdesarrollo está en la mente*, ed. Limusa/Noriega Editores, primera reimpresión, México, 1990, pp. 197 y ss.

Cuando hablamos de creencias hablamos de un aspecto cognoscitivo y racional, y cuando hablamos de valores hablamos de cuestiones de carácter emocional, de identificación subjetiva, pero ambos son compartidos de manera social y se conforman, mediante procesos vivos y cambiantes, a través de significados sutiles, transmitiéndose de varias formas, la más sencilla, el lenguaje; pero hay otras formas más subliminales, como el humor, el doble sentido, los estereotipos, etc.

Esas creencias, valores y significados se reflejan en religiones, instituciones y lenguajes, por lo tanto, el aspecto religioso, el institucional y el del lenguaje son, a su vez, mecanismos tanto de transmisión como de potencial modificación cultural.

Institucionalizar valores significaría prever un sistema de incentivos, es decir, reconocer lo valioso y castigar lo negativo²⁰.

El tema del delito, por ejemplo, implica una consideración de una conducta intolerable, penalmente reprochable, que culturalmente se define como aquello que se considera comportamiento negativo en un determinado momento y sociedad; llevándolo al tema concreto de la prisión preventiva, por ejemplo, en algún lugar pudiera verse aparejado de una medida cautelar obligatoria, cuando en otras latitudes eso no sucede de esta manera.

Se habla también de dos grandes sistemas de valores que se identifican con el aspecto geográfico, con el aspecto histórico y con las características que la naturaleza ha ejercido en el desarrollo de las personas. Así, se han encontrado grandes diferencias entre los países en los que el clima, históricamente, ha sido más severo (países de grandes inviernos) y aquellos de clima tropical. El tener que trabajar más para prever cómo sobrepasar el invierno que viene es algo que trasciende la naturaleza humana; lo podemos incluso advertir en el propio desarrollo de ciertos organismos animales que actúan en relación con esa influencia, que hibernan, que en una época del año tienen que recolectar para poder vivir aquella otra fase o periodo generalmente cruento y difícil de supervivencia. Llevado al tema de la cultura humana se encuentran diferencias de forma de pensar en cuanto al esfuerzo, la importancia del trabajo, del ahorro, la seguridad y la previsión como requisito para estar en condiciones de afrontar las necesidades.

Las culturas son diferentes, no necesariamente mejores o peores, y el desarrollo en el cambio cultural debe ser en la medida en que la racionalidad nos permita avanzar.

De acuerdo con esas observaciones, autores como Harrison afirman que en los países latinoamericanos de tradición romano-germánica el derecho inquisitivo, trasladado desde los españoles, nos ha llevado a una serie de concepciones culturales (económicas, religiosas y políticas) que nos han frenado en el desarrollo, en comparación con otras culturas. Pero no significa que necesariamente toda permanencia ideológica sea mala, pues también puede constituirse como barreras que evitan aceptar todo aquello que venga de fuera por el simple hecho de ser extranjero.

²⁰ Existe una interesante posición que estima a los valores como instrumento útil para la prevención delictiva; en México se tiene conocimiento de estudios en ese sentido, particularmente por lo que hace a la zona del Distrito Federal, cfr. Castro Melgar, Noel, *Prevención del delito a través del fortalecimiento de valores*, s.e., México, 2007, pp. 109 y ss.

III. ¿Imitación o contextualización?

Tratándose de la implementación de la reforma penal cabe una pregunta: ¿el sistema acusatorio debe contextualizarse a nuestro país, o es una simple imitación de modelos ajenos?

Tal vez en otro país funciona de tal o cual forma porque su estructura y su nivel cultural lo hace funcionar con esos contenidos, pero eso no implica que para traerlo a México no debemos hacer un esfuerzo de análisis, de comparación y de contextualización, relativizando los principios en la medida que sean aplicables para nosotros los mexicanos de la mejor manera posible, alcanzando sus beneficios sin renunciar a los aspectos positivos de nuestra estructura jurídica y sin perder de vista nuestras específicas necesidades y posibilidades. Si queremos progresar en la implementación del sistema acusatorio de justicia debemos también hacer un esfuerzo por tomar de aquellos ámbitos culturales de los que proviene, los aspectos característicos que hacen posible su funcionamiento y que sean de utilidad para nosotros.

Si bien nosotros no adoptamos la institución del jurado, eso no significa que no podamos transitar en pos de un sistema acusatorio más avanzado y equitativo respecto del que actualmente se tiene.

Ese proceso de adaptación es fundamental para que esto pueda prosperar. Los principios de una mejor cultura de legalidad, al igual que la idea de la conciliación y de solucionar conflictos de manera anticipada, entre otros, se tienen que transmitir desde la educación elemental para conformar sociedades con esos valores.

Los valores adquieren especial significación en tres sectores clave: el comportamiento en el ámbito económico, en el ámbito político y en el ámbito social.

En el primer caso, por ejemplo, se relaciona con el reconocimiento del esfuerzo; si se concibe el valor de las cosas por lo que cuesta conseguirlas, entonces se reconoce también lo que tienen los demás, lo que se merecen los demás.

En el plano político, el valor debe ser hacia el debate, hacia el disenso, hacia el convencimiento mediante argumentos válidos para que prosperen las razones en beneficio de lo que conviene al bien común.

En lo social, el valor positivo es el disentimiento asertivo respecto de aquello que no es bueno y que, por ende, no puede ser impuesto²¹. Por ejemplo, en cuanto a la legislación sobre el sistema acusatorio, o cualquier otra, las determinaciones del ejecutivo o legislador no son incontrovertibles ni de imposición caprichosa sobre la sociedad civil. En una cultura donde se disiente, se debate, se discute, el legislador va a tener que mejorar su ley, porque una ley que no funcione, que no sea racional, no debiera aprobarse, pero si lo hace va a ser criticada por la sociedad y descalificada por los órganos judiciales; si se critica y descalifica va a tener que ser modificada.

Una sociedad fortalecida y consciente no debe permitir una condición de “surrealismo normativo” en donde subsistan leyes que dicen una cosa y una realidad

²¹ Por cuanto se refiere a la “obediencia al derecho” y su vinculación a la conciencia, vid. Pérez del Valle, Carlos, ed. Comares, Granada, 1994, pp. 20 y ss. También Malem Seña, Jorge F., *Obediencia al Derecho*, en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta J., Francisco (coords.), *El derecho y la Justicia*, ed. Trotta, 2ª. Edic. Madrid, 2000, pp. 521 y ss.

que dice otra, leyes que por buenas que parezcan no se cumplan, derechos que no se respeten.

La sencillez con la que se imparte, por ahora, el curso, deriva de la importancia de fomentar el reconocimiento de su estructura esencial desde la percepción de la sociedad entera, sin requerir altos niveles de especialización técnica²² ni exigir posturas de eruditos o académicos “especialistas” en el funcionamiento de sistemas ajenos. Desde el punto de vista cultural, más allá de la opinión de los operadores se requiere la compenetración de la sociedad en su conjunto, porque el éxito de un sistema penal, a final de cuentas, pasa por la aprobación de la propia sociedad, por eso, la implementación del sistema debe acompañarse con el desarrollo de una mayor cultura de la legalidad.

Recapitulando sobre la pregunta de por qué funciona o no en un determinado país un sistema de ese corte, se tiene que responder admitiendo la presencia de múltiples factores diferenciadores, aunados al contexto cultural como plataforma fundamental.

Cabría señalar algunas diferencias en relación con puntos concretos:

1. En cuanto a derechos de víctima u ofendidos, por ejemplo, en el caso de Estados Unidos hay movimientos de la sociedad civil que reclaman hoy en día la falta de regulación de los derechos de las víctimas en materia penal. No hay participación de la víctima en el sistema norteamericano, no tiene los derechos que en México se han ido desarrollando. Tampoco en Colombia se le han asignado como se ha hecho en México.

2. Por cuanto a la funcionalidad de mecanismos alternos para evitar la congestión del sistema, debe aclararse que ya en México, aun antes de esta reforma, en varias partes de la República tenían bastante desarrollo, por ejemplo, las figuras de mediación o conciliación.

La negociación, mediación y conciliación son figuras más vinculadas con el derecho privado, por eso cuando hablamos de soluciones anticipadas del proceso penal, en sentido estricto no estamos hablando de ellas. En realidad se trata de las resoluciones anticipadas que prevé el propio sistema cuando, una vez iniciado el proceso penal en las condiciones legalmente exigidas, se reconoce por parte del inculpado la comisión del hecho y se llega a una forma de acuerdo de cómo restaurar el daño, pudiéndose alcanzar una suspensión condicionada del proceso o una resolución con efectos atenuados.

Y la otra forma tradicionalmente utilizada atañe a los llamados acuerdos reparatorios, que se reservan a cierta clase de delitos, donde los bienes jurídicos son generalmente disponibles y sólo se afectan los intereses del directamente agraviado particular, caso en el que, con la autorización del juez, se puede acudir a un acuerdo restauratorio o reparatorio que se convierte en una salida alternativa del conflicto. En ambos casos los asuntos ya no llegan al juicio oral.

²² La profundización técnica habrá de formar parte de niveles avanzados de capacitación necesariamente especializada para cada sector de operación, sobre todo a partir de la aplicación de normatividades específicas, pues por ejemplo, en el ámbito federal no existe aún el Código Federal de Procedimientos y desde la perspectiva constitucional los preceptos ya existentes en las entidades federativas están siendo materia de análisis disperso o aislado, sin obtener todavía criterios definidos o uniformes que permitan una sistematización de contenidos característicos de lo que será finalmente dicho sistema contextualizado a la estructura constitucional del país.

Un sistema acusatorio de cualquier parte del mundo debe estar diseñado para ocuparse únicamente de un porcentaje reducido de casos en la etapa de juicio oral, los restantes deben resolverse mediante vías alternas que forman parte esencial del sistema, ya sea en sentido estricto o bien mecanismos previos –como la conciliación, la mediación y la negociación– que pueden operar también en el sistema penal.

La mayor o menor tendencia o costumbre en la aceptación de la sociedad también se influye por las peculiaridades del ámbito cultural respectivo.

Las vías de mediación y conciliación se utilizan bastante en aquellas sociedades donde las personas tienen la costumbre o tienen la cultura de evitar el conflicto, porque sienten que el conflicto les representa afectación en su calidad de vida, en tiempo y costos. La gente entiende que es más conveniente llegar a un acuerdo o buscar un mecanismo alternativo. En cambio, en algunas culturas latinoamericanas, donde demagógicamente se dice que “no cuesta nada”, que se puede ir a los juzgados las veces que se quiera e interponer infinidad de recursos, ¿qué incentivo tiene llegar a un acuerdo previo o a una forma anticipada de mediar?

3. En cuanto a flexibilidad en la aplicación del nuevo sistema, se advierte la importancia asignada al proceso de transformación, sin rigidez excesiva. Incluso en la bibliografía respectiva de dichos países se puede encontrar que los autores recomiendan que al inicio se actúe con flexibilidad y tolerancia en las nuevas prácticas²³, pues todo mundo está recién adentrándose al nuevo sistema y es comprensible que los operadores estén incursionando en una modalidad distinta a la que estaban acostumbrados, por eso se habla del reconocimiento de un periodo de transición donde no se debe ser tan rígido respecto de las críticas y las consecuencias a la operatividad del sistema, dando oportunidad a su perfeccionamiento.

4. En lo tocante a la percepción social de cambio benéfico por la implementación del sistema acusatorio, debe recordarse que Chile y Colombia muestran una peculiaridad muy marcada, pues transitan de un sistema verdaderamente inquisitorial donde el juez tenía funciones de investigador, acusador y juzgador. Evidentemente que abandonan un sistema inquisitivo absoluto por un sistema de corte acusatorio, donde tiene sentido llamarle juez de control de garantías a quien regula la participación del órgano investigador en la triada que mantiene el equilibrio procesal pero que sólo regula la aplicación de las reglas del proceso penal ordinario, la legalidad de actuación de las partes (no es un control de constitucionalidad).

5. Por lo que respecta a la presencia de instituciones diferenciadoras del sistema puro, u original, en el caso de Estados Unidos, el sistema acusatorio tiene una característica fundamental y es el hecho de que opera a través del jurado; en ese modelo el tema de la publicidad, por ejemplo, y de la apertura y transparencia se satisface en un altísimo porcentaje, pues es un sistema en donde los ciudadanos participan cotidianamente de las decisiones judiciales.

²³ Horvitz Lennon, María Inés / Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, pp.17 y ss.

En Boston se explicaba²⁴ que, en una familia promedio, en un periodo de aproximadamente tres años un miembro de la familia era designado jurado. Esto significa que hay un involucramiento bastante considerable y que esa presencia de los ciudadanos, cuando deciden sobre una causa, les hace no sólo conocer el sistema, no sólo incrementar el nivel de la cultura jurídica, de la legalidad, sino que les hace confiar en cómo opera el mecanismo del sistema pues ellos mismos participan en él; en este modelo, por ejemplo, la presencia del jurado hace una diferencia diametral con respecto al nuestro, pues no tenemos jurado; en el caso chileno tampoco se tiene jurado y Colombia tampoco lo tiene. ¿Significa que deja de ser acusatorio el sistema por el hecho de no tener la institución del jurado? No, lo que pasa es que el sistema se contextualiza al orden jurídico en el que se aplica, por eso es que no existen realmente sistemas absolutos puros de una u otra manera, e incluso los principios pueden ser más o ser menos (de acuerdo con las diferentes posiciones teóricas), pero en todos los sistemas se coincide en reconocer una serie de características fundamentales que hacen a ese sistema diferente de lo que sería uno de corte inquisitivo o de corte mixto tradicional.

6. Respecto a las características de sistemas de gobierno, población, policías de investigación y fiscalías, de manera comparativa citaría el caso chileno, con una población aproximada de 16 millones, código único, sistema centralizado, donde hay una policía única que se llama “carabineros”, una institución militarizada que data de los años treinta y que tiene un prestigio elevadísimo; ser un carabiniere en aquel país es un orgullo, tienen un alto índice de confiabilidad en la percepción ciudadana. Respecto a la policía de Colombia, tiene problemas más similares a los nuestros, pero también es una policía única; la población general es de aproximadamente cuarenta y seis millones, es un país centralizado, hay un solo código, hay investigadores con niveles de capacitación y profesionalización, etc.

Este o cualquier sistema obviamente opera mucho mejor cuando el imputado se encuentra *sub judice*, pero fuera de los casos de flagrancia, ponerse a investigar quién realizó un delito y llevar a los verdaderos responsables ante la justicia exige de investigación efectiva y eso depende de que los niveles de capacitación de las policías sean satisfactorios, por eso, para la posibilidad de eficacia del nuevo sistema, es indispensable la capacitación y coordinación efectiva de las policías, porque de lo contrario, el que hagamos las cosas verbales en vez de hacerlas escritas no va a resolver todo el problema de ineficiencia para investigar y poder llevar a un imputado ante la justicia, y más aún, para probar jurídicamente su responsabilidad en un juicio imparcial y evitar la impunidad.

7. En lo tocante a la publicidad debe atenderse armonizando los derechos fundamentales de las personas involucradas y el juez tiene una gran responsabilidad de cuidar el derecho a la información de la sociedad, pero también el derecho de aquel (víctima o imputado) que puede verse perjudicado por el propio sistema de justicia o a

²⁴ Durante las visitas realizadas a los tribunales en Massachusetts, la primera etapa del programa Fletcher de cambio cultural en la Universidad de Tufts, junio de 2010.

través de la estigmatización o etiquetamiento por parte de los medios de comunicación; eso se conoce como victimización secundaria o terciaria, respectivamente.²⁵

En el caso de Estados Unidos la fiscalía es un órgano más independiente y ser fiscal es tan digno como ser juez, es una vocación de procuración de justicia y hay todo un reconocimiento para quien cumple esa función de manera satisfactoria, es decir, hay una especialización necesaria para poder ser fiscal y el nivel de profesionalismo para defender jurídicamente a la sociedad a través de la persecución de los delitos es igualmente alto.

Por lo que hace a la policía, es notorio el desarrollo en capacitación criminológica, métodos de investigación científica y aplicación de tecnologías. Todo ello constituye un pilar para la eficacia del sistema en cuestión, minimizando la impunidad.

TERCERA PARTE

Características del Sistema Penal Acusatorio en México conforme a las disposiciones constitucionales

Podrá criticarse o coincidirse con el contenido finalmente logrado en la reforma efectuada, pero lo que no podríamos hacer es poner en duda cuál es el marco legal que la Constitución nos está dando para que este sistema se implemente; y este marco legal contempla el amparo, el auto de vinculación a proceso, los medios de impugnación, contempla a la víctima, entre otras características propias de nuestro sistema.

Obviamente son muchos los puntos sobre los que tendría que reflexionarse, sin embargo, ante lo reciente de su implantación y lo incipiente de su desarrollo sólo mencionaremos lo que hasta el momento se muestra más palpable respecto de áreas específicas del ejercicio del sistema en nuestro país.

1. ¿Quiénes son las partes en el proceso penal?

En lo referente a la posición de las partes contendientes en el proceso, se tiene que comenzar por reconocer que a diferencia de otros países, el sistema penal mexicano, además de las partes en sentido estricto, prevé la participación posible de la víctima u ofendido, a quien se reconocen derechos de rango constitucional en el proceso. Sin embargo, eso no autoriza a suponer que se le asigna carácter de “parte”, sino únicamente de coadyuvante²⁶, esto como condición para conservar el equilibrio procesal.

En efecto, el sistema acusatorio tiene una característica fundamental, que es la contradicción, y ésta presupone lo que se conoce como el equilibrio procesal.

Entonces, con la reforma constitucional se trata de dar una nueva dimensión a

²⁵ Para un desarrollo del proceso de reconocimiento de los derechos de las víctimas en México, así como la compilación de bibliografía de varios autores europeos en relación con las víctimas y los procesos de victimización, en especial lo relativo a las denominaciones primaria, secundaria y terciaria, vid. Luna Castro, José Nieves, *Los derechos de la víctima y su protección en los sistemas penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, ed. Porrúa, México, 2009, pp. 28 y ss.

²⁶ Como textualmente lo especifica la fracción II del inciso C del artículo 20 de la Constitución mexicana, según su texto actual y a partir de la reforma de 18 de junio de 2008.

la coadyuvancia de víctimas u ofendidos, con derecho a interponer recursos y a poder tener una participación mucho más activa, pero eso no significa que sea una parte independiente del Ministerio Público como titular de la acción penal y representante del interés público, pues suponerlo así conduce a la destrucción del esquema de equilibrio connatural al sistema punitivo en un Estado de derecho.

2. Equilibrio procesal

En relación con la posición de las partes (quién imputa y quién defiende), obviamente el sistema acusatorio pretende una ubicación de las partes distinta de cómo se tenía anteriormente, precisamente de equilibrio y de igualdad de armas ante el juez, lo cual se debe mantener con todo y la peculiaridad de la presencia posible (no obligada) de la víctima u ofendido como coadyuvante.

3. Etapas del proceso penal

Respecto a las etapas del proceso, debe reconocerse la exigencia constitucional de una división formal con carácter de derecho fundamental, que es la resolución (fundada y motivada conforme a las nuevas exigencias) donde se determine sobre la procedencia o no de la vinculación a proceso²⁷.

4. Instancias procesales

Debe decidirse sobre eliminar el medio de impugnación en aras del principio de mediación interpretado estrictamente, o establecer mecanismos de impugnación con determinadas características. En el caso mexicano la tendencia es en este último sentido, no sólo porque la existencia de los medios de impugnación es un derecho internacionalmente reconocido, sino porque forman parte de la tradición jurídica jurisprudencialmente conformada.

5. Posibilidades de actuación del juzgador

Estimo que el contenido del artículo 20 constitucional prevé una figura judicial imparcial conforme a las características del modelo acusatorio, sin embargo, ello no impide la exigencia de comportamientos aceptables que impliquen de manera justificada facultades para casos excepcionales, donde sin tomar partido, simplemente en aras de la racionalidad, el juez intervenga para la debida dirección y posibilitación de los fines del proceso.

6. Establecimiento de principios rectores

Conforme a la Constitución mexicana, en el artículo 20, entre otros, se establece

²⁷ Un ejemplo del desarrollo en la legislación secundaria acerca de la resolución de vinculación a proceso en esta etapa, o bien su inclusión como parte de la fase dos de investigación, es la normatividad del Estado de México que así lo prevé. Al respecto, vid. Luna Castro, José Nieves, *Etapas de investigación (fase dos)*, en Moreno Vargas, Mauricio (coord.), *Nuevo sistema de justicia penal para el Estado de México*, ed. Porrúa/Universidad Anáhuac, México, 2010, pp. 183-189. Llama la atención que en mucha de la bibliografía reciente en relación con la reforma en México, los autores, al referirse a las etapas del proceso penal acusatorio, se olvidan de la importancia del auto de vinculación a proceso y prefieren limitarse a transcribir las conocidas etapas consideradas conforme a los criterios tradicionales (ajenos a la estructura constitucional mexicana). Vid. también Natarén Nandayapa, Carlos F. y Ramírez Saavedra, Beatriz E., *Litigación oral y práctica forense penal*, ed. Oxford University Press, México, 2009, pp. 52 y ss.

la regencia de los principios de publicidad, contradicción, continuidad, concentración e inmediación, pero además debe recordarse que la misma Constitución garantiza los de igualdad, expeditez, presunción de inocencia, exacta aplicación, etc. Y aunado a las peculiaridades de nuestra estructura constitucional, debe concluirse que los principios habrán de relativizarse a fin de funcionar simultánea y sistemáticamente.

Además, se prevén el carácter acusatorio y la oralidad como características metodológicas, es decir, la oralidad como principio de acción, como forma a través de las audiencias, y el carácter de acusatorio es la característica que permite lograr el objetivo procesal mediante la práctica de los principios rectores.

7. Reconocimiento de normatividad de excepción

La reforma constitucional prevé un proceso penal con normas especiales para la delincuencia organizada, es decir, normatividad de excepción, que se caracteriza por mantener la validez de diligencias de averiguación para esos casos.²⁸

8. Prisión preventiva

Se contempla un régimen excepcional para prisión preventiva tratando de cumplir con una de las características fundamentales del sistema acusatorio, que es la presunción de inocencia. Así, el sistema prevé la prisión preventiva pero lo plantea como un régimen que debe ser excepcional, lo que implica que cambian los parámetros de regulación respecto de las circunstancias específicas en que se puede justificar. Una característica importante es el hecho de que la Constitución contiene un listado de delitos graves donde la prisión preventiva debe considerarse forzosa, lo que implica una decisión político-criminológica que presume su justificación.

En el artículo 19 constitucional se establece que la prisión preventiva debe ser la última opción, siempre y cuando se justifique, de manera razonada, como medida cautelar por parte del Ministerio Público.

9. Previsión de mecanismos complementarios de solución

El sistema mexicano contempla el establecimiento de mecanismos alternativos de salida o culminación anticipada del proceso en sentido estricto, así como también mecanismos alternos de solución de los conflictos penales, como la conciliación y la mediación, las cuales por cierto ya funcionan en varios estados de la República.

10. Subsistencia del requisito de argumentación fundada

No desaparece del artículo 16 constitucional la exigencia de la fundamentación y motivación, pero ahora, en lo conducente, debe entenderse conforme a los nuevos parámetros del sistema y en la medida del ámbito de exigibilidad pertinente.

²⁸ En relación con el análisis de los criterios jurisprudenciales y el impacto de la reforma constitucional en materia de delincuencia organizada cfr. Dondé Matute, Javier (coord.), Cunjama López, Emilio Daniel, *Concepto de delincuencia organizada*, ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2010, pp. 17-38.

11. Finalidad y alcance de la transformación

El sistema que propone nuestra Constitución, no sólo en el artículo 20 sino en otros artículos como el 16, 17, 18, 19 y 21, abarca varios aspectos e incluye la expansión jurisdiccional en materia de ejecución de penas, por ende, la creación de jueces de ejecución, lo que da muestra de los alcances pretendidos. En el artículo 20 de la Constitución se prevé que *“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”*, lo que presupone tratar de llegar a una resolución que se corresponda con la acreditación fáctica y formal del hecho tipificado como delito, evitar la impunidad y, en su caso, reparar el daño, pero con la condicionante de que esa posibilidad o fin del procedimiento se haga de tal manera que se respeten los derechos del imputado. Y cuando se dice que uno de los fines será *“el esclarecimiento de los hechos”*, se confirma la idea de que el procedimiento no es el fin sino el mecanismo o medio para la aplicación del derecho.

12. Previsión de regulación de la prueba ilícita

El nuevo sistema anticipa la nulidad de pruebas obtenidas de manera contraria a la legalidad, lo que implica la consecuente necesidad de regulación normativa y jurisprudencial sobre el tema que en México no ha alcanzado suficiente y racional desarrollo.

13. Diferenciación de etapas y autoridades

La reforma constitucional establece una diferenciación rígida de las etapas del proceso y de las autoridades que participan en cada una.

Una cosa será el titular de la investigación, otra el control de la legalidad de diligencias (de carácter cautelar o de medidas de carácter preliminar) por parte de un órgano judicial, pero tampoco va a ser el mismo que en su momento emita una resolución en la etapa del juicio oral o funja como juez de ejecución penal.

La característica de secrecía de la investigación inicial (previa a la formalización) no desaparece, pero se pretende regular de mejor manera. En México, no obstante, al Ministerio Público se le excluye de toda función jurisdiccional por cuanto al sistema acusatorio programado.

14. División entre jurisdicción ordinaria y constitucional

El control constitucional no forma parte del sistema adversarial, los principios, entonces, tienen que relativizarse según el tipo de jurisdicción buscando el funcionamiento armónico pertinente, por tanto, el funcionamiento del sistema acusatorio debe contextualizarse ante la existencia y fortalecimiento del juicio de amparo mexicano, como garantía de defensa de la constitucionalidad respecto de los actos de autoridad.

En el sistema mexicano el control constitucional se ejerce exclusivamente por un tribunal constitucional, que es la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y también a través de organismos regionalizados, que son los tribunales colegiados de Circuito que conocen del amparo en sus dos vías, directa o indirecta, y en el caso del amparo

indirecto, con la intervención en primera instancia de los jueces de Distrito que conocen incluso de amparos contra leyes.

Por tanto, la connotación que tiene en México la expresión “juez de garantías” únicamente corresponde al juzgador de amparo como juez de control constitucional, que es distinto al “juez de control de legalidad” que existirá en nuestro sistema acusatorio. Diferenciación que resulta fundamental para la contextualización del sistema que mantiene ambas jurisdicciones (constitucional y ordinaria) sin existir duplicidad de funciones en sentido estricto.

15. Gradualidad y plazo para la implementación

En el caso mexicano se determinó un plazo máximo de ocho años para que la Federación y todas las entidades adecuaran la legislación, ajustándola gradual e integralmente al nuevo sistema procesal. Sin embargo, tratándose de los jueces de ejecución de penas (que también forman parte del sistema), se fijó un plazo máximo de tres años, el cual se cumple en dos mil once, lo que en el ámbito federal generó la tarea preocupante de establecer oportunamente dicha figura, en tanto que en algunas entidades ya existe.

Se contempla la implementación del nuevo sistema procesal penal acusatorio a partir de la llamada “carga cero”, como lo han venido haciendo algunas de las entidades federativas donde ya entraron en vigor las reformas respectivas.

Finalmente, debemos recordar que las características o peculiaridades del nuevo sistema de justicia penal constitucionalmente programado para nuestro país, habrán de seguir delineándose conforme se realice la práctica de su aplicación continua y se arraigue en la percepción ciudadana como parte del desarrollo de la cultura de la legalidad, y en ese desarrollo y potencial logro estaremos involucrados todos, no solamente quienes participen como operadores y de manera directa, sino la sociedad entera.

Ojalá que estos breves comentarios iniciales motiven la reflexión que nos permita conocer de mejor manera las problemáticas que encierra el proceso de implementación y las opciones que conduzcan a obtener resultados satisfactorios en aras de alcanzar un mejor sistema de justicia para los mexicanos.

BIBLIOGRAFÍA

ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El Juicio de Amparo*, ed. Porrúa, México, 1982.

BARDALES LAZCANO, Érika, *Guía para el estudio del sistema acusatorio en México*, 3ª edic., México, ed. Consorcio Penal Jurídico Vanguardia Magíster publicaciones de Derecho Penal.

CASTRO MELGAR, Noel, *Prevención del delito a través del fortalecimiento de valores*, México, 2007.

DONDÉ MATUTE, Javier (coord.), *Impacto de la reforma penal en la jurisprudencia, México*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al Estudio de la Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2ª edición, México, ed. Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 1998.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto y J. LAPORTA, Francisco (coord.), *El derecho y la justicia, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, 2ª. Edición, Editorial Trotta – Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 2000.

HARRISON, Lawrence E. *El subdesarrollo está en la mente. El Caso Latinoamericano*, ed. Limusa/Noriega Editores, México, 1990.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2010, Tomo I.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, ed. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1986.

LUNA CASTRO, José Nieves, *La Suprema Corte como órgano de legalidad y Tribunal Constitucional. Análisis de sus funciones y de la trayectoria de su transformación*, ed. Porrúa, México, 2006.

LUNA CASTRO, José Nieves, *Los Derechos de la Víctima y su Protección. En los sistema penales contemporáneos mediante el juicio de amparo*, ed. Porrúa, México, 2009.

MORENO VARGAS, Mauricio (coord.), *Nuevo Sistema de Justicia Penal para el Estado de México*, ed. Porrúa, México, 2010.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F. y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E., *Litigación*

oral y práctica forense penal, México, ed. Oxford University Press, 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos, *Conciencia y Derecho Penal*, Granada, Editorial Comares, 1994.

PESQUEIRALEAL, Jorge, *Cultura y Alienación. Deuda externa y sometimiento económico*, ed. Plus Ultra, Buenos Aires, 1991.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema de justicia penal en México: retos y perspectivas*, México, 2008.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fundamento del Sistema Acusatorio y perspectiva de su implementación desde la experiencia latinoamericana*, México, 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y Consejo de la Judicatura Federal, *El Sistema Penal Acusatorio en México: estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, 2008.

PRINCIPIOS RECTORES
DEL NUEVO PROCESO PENAL,
APLICACIONES E IMPLICACIONES:
ORALIDAD, INMEDIACIÓN,
CONTRADICCIÓN, CONCENTRACIÓN

Rafael Zamudio Arias



MAGISTRADO

Rafael Zamudio Arias

Licenciado en Derecho con especialidad en administración judicial por la Escuela Nacional de Estudios Profesionales Aragón, de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Ha sido catedrático en el Instituto de la Judicatura Federal, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales de la Procuraduría General de la República y en la Universidad Nacional Autónoma de México. Además fue invitado por la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica en México, para conocer el sistema de justicia en ese país.

Antes de ocupar el cargo de Magistrado del Quinto Tribunal Unitario del Segundo Circuito, se desempeñó como Juez de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal.

Como ya se ha venido comentando y es del conocimiento general, el 18 de junio de 2008 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en lo que es la materia de nuestro estudio, más que reformar vinieron a revolucionar el sistema de justicia penal en nuestro país al disponer la instauración de un nuevo sistema que viene a romper con una serie de paradigmas, tradiciones y costumbres enraizadas en nuestra historia y cultura jurídica. Un nuevo sistema de un pretendido corte acusatorio y garantista; transparente, en el que se establezca a su vez el punto de equilibrio para las partes procesales, propio de un Estado democrático de derecho, y en el que habrán de prevalecer la acusatoriedad y la oralidad como características que lo diferencian del actual sistema de enjuiciamiento penal federal.

Fue bajo tales premisas que se reformó la Constitución federal en sus artículos del 16 al 22, así como el 73, en sus fracciones XXI y XXIII; el 115, fracción VII, y la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

Esta reforma constitucional trajo como lógica consecuencia la necesidad de abordar el estudio de los temas centrales del nuevo sistema de justicia penal que diseña. Ante ello, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entonces presidida por el ministro Sergio Armando Valls Hernández, diseñó y llevó a cabo el Congreso Nacional de Juzgadores del Poder Judicial de la Federación sobre la reforma constitucional en materia penal, desarrollado durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de dos mil ocho en las ciudades de Tuxtla Gutiérrez, Distrito Federal y Monterrey, para concluir en Juriquilla, Estado de Querétaro, en cuyas sedes se logró la asistencia de aproximadamente cuatrocientos juzgadores, tanto federales como locales; la aportación de todos los que en él participamos se vio materializada con la edición del libro intitulado “La Reforma Constitucional en Materia Penal”.

Pero a la fecha es sabido que después de ese esfuerzo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para difundir y comprender el contenido y alcance de la reforma, han proliferado una diversidad de escuelas particulares, institutos o academias, esencialmente privadas, que han venido ofreciendo cursos de capacitación en juicios orales penales, en algunos casos contando con la colaboración de capacitadores autorizados por la CETEC, pero operando por lo general con programas diseñados a discreción o bajo la óptica de lo que en cada caso, según el instituto de que se trate, deben ser los temas a abordar, tomando como base para el diseño de sus programas no sólo la reforma constitucional, sino las leyes procesales ya vigentes en algunos Estados de la República, como Chihuahua, Nuevo León, Oaxaca, Morelos y Estado de México, fundamentalmente, cuyos contenidos o normas del procedimiento en algunos temas, se sabe, no son del todo coincidentes.

Esa diversidad de institutos que ofrecen tal capacitación, y con la natural diversidad a su vez de formas de interpretación de las legislaciones, han dificultado tener un concepto claro y uniforme de los alcances e implicaciones de la reforma constitucional que se comenta, y no es desconocido que algunos estudiosos del tema se han mostrado resistentes o escépticos en cuanto a que con el nuevo sistema se logren los objetivos trazados por el legislador y que son la base de la reforma; posturas que por ende

confunden y generan dudas en la comunidad jurídica, incluso en el común de la gente, sobre la viabilidad de su instrumentación y de su conveniencia para el mejoramiento de la administración de justicia.

Ante ese panorama, y como se expone en el programa que hoy nos ocupa, este diplomado tiene como objeto el estudio de los temas que abarca, partiendo de los contenidos de la reforma de los preceptos constitucionales, profundizando en su análisis, para el mejor entendimiento y posible aportación para la necesaria e inminente expedición del Código Federal de Procedimientos Penales.

El tema que comprende este estudio es el análisis de los “Principios Rectores del Nuevo Proceso Penal, sus Aplicaciones e Implicaciones”, y específicamente de los principios de a) oralidad, b) intermediación, c) contradicción y d) concentración.

Como ya se anunció, el estudio de estos temas deberá hacerse desde la perspectiva constitucional. Por esa razón creo necesario plasmar aquí algunas de las consideraciones que el legislador planteó para dar sustento a esos nuevos postulados.

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que esencialmente hicieron propio las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos del Senado, se ponderó que “... uno de los reclamos más persistentes y sentidos de los ciudadanos en México tiene que ver con el funcionamiento de la justicia penal, lo que hace necesario reformar el marco institucional aplicable, de manera que se asegure, a favor de todas las partes involucradas, el debido proceso legal conforme a las exigencias que existen y funcionan en otros países, muchas de las cuales derivan de tratados y convenciones internacionales que México ha firmado y ratificado. Destacan como un principio básico que el trabajo judicial se haga bajo la mirada de todos los ciudadanos y, en particular, de los usuarios del sistema de justicia, pues un sistema de juicios orales en el que las pruebas se rinden bajo la mirada del público y en el que el juez escucha a las partes, es más confiable que un sistema opaco y escrito, como el que tenemos actualmente.

Se ponderó que para ello el artículo 20 constitucional “... debe ser completamente modificado para incorporar las bases del debido proceso legal y el mandato claro para crear juicios orales en México, tanto en el ámbito federal como en el local. Para tal efecto se propone incluir como características del proceso penal la acusatoriedad, adversarialidad y oralidad, y como principios básicos la publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación”.

Se planteó, para dar sustento a la reforma, que la revisión integral del sistema de justicia se presentaba “... como un reto impostergable, pues la sociedad mexicana percibe que la lentitud, inequidad, corrupción e impunidad son el denominador común en la mayoría de los casos cuando las personas intervienen en la sustanciación de un proceso penal, lo que genera desconfianza en las instituciones y debilita su consolidación; que es urgente la modernización de nuestro sistema penal que salvaguarde los derechos reconocidos en nuestra Constitución a las víctimas del delito, así como a los acusados de éste y a la ciudadanía en general, a través de un procedimiento acusatorio, adversarial

y oral, que sin falsos garantismos cumpla con los principios del debido proceso, como el de inmediación, concentración, contradicción, publicidad y continuidad, utilizando como herramienta indispensable la oralidad”.

Y se insiste en que el nuevo enjuiciamiento penal debe tener “como características del sistema la oralidad, lo acusatorio y lo adversarial; y como principios rectores, la inmediación, la publicidad, la contradicción, la concentración y la continuidad”.

Otro grupo de legisladores impulsores de la reforma argumentó que: “... desde sus orígenes, nuestra tradición constitucional reconoció avanzados principios para contener la potestad punitiva del Estado. Sin embargo, éstos nunca tuvieron una aplicación plena. El derecho de toda persona acusada penalmente de ser escuchada en audiencia pública, de manera expedita y por un juez imparcial, que se contempla en nuestra Constitución desde hace noventa años, nunca se instrumentó. Por el contrario, este derecho se fue desdibujando frente a hábitos que lo debilitaron por completo. El más nocivo de éstos fue la práctica de escriturar el proceso en gruesos expedientes, práctica que terminó por asumirse como si fuera una exigencia legal, lo cual no es garantista, pues ni para las víctimas ni los acusados es una manera justa de proceder”.

Sostienen también que en el actual sistema de enjuiciamiento “... las actividades del acusador gozan de una presunción de veracidad y los datos recabados tienen el estatus de prueba virtualmente plena. La averiguación previa integrada por el ministerio público rara vez puede ser desvirtuada en sede jurisdiccional por la defensa; de ahí que esa práctica instala en los hechos una presunción de culpabilidad, en lugar de una presunción de inocencia. La consecuencia más grave de esto es que se han atrofiado las capacidades de investigación del ministerio público”.

Refieren que “... la investigación empírica confirma que las sentencias de los jueces penales, en sus contenidos prácticamente calcan el contenido de las averiguaciones previas, por lo que el ministerio público no necesita procurar una investigación profesional que después pudiera resistir un efectivo debate en el juicio, pues no habrá tal. Así, no tenemos en nuestro país un juicio, sino una simulación de juicio...”

Destacan que, “... afortunadamente, el proceso de democratización de América Latina ha influido notablemente en la forma en que ha evolucionado el sistema procesal penal, y que la mayoría de los países de la región cuenta ya con sistemas procesales de carácter acusatorio, acordes con los requerimientos de las sociedades democráticas...”

Se abstrajo también la propuesta legislativa de “... incorporar en la Constitución las bases del debido proceso legal y el mandato claro para crear juicios orales en México, tanto en el ámbito federal como en el local, con audiencias cuya base sea la publicidad y el debate entre las partes, bajo los principios de libertad probatoria, continuidad, concentración, inmediación e imparcialidad.

A pesar de que algunos autores identifican lo acusatorio con lo adversarial, señalan que es menester incluir esta última característica, en tanto que la misma 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.

En el dictamen que se comenta se recabó también la posición de otros legisladores, en el sentido de que era urgente “... establecer las bases del nuevo sistema procesal penal,

que implica un cambio no sólo de las reglas procesales, sino de todo el sistema, de sus instituciones, organización, operación, valores y cultura”. Sostienen que “... uno de los problemas más graves en México es la inseguridad tanto física como jurídica; la primera, por los altos índices de violencia que se suceden a diario y que afecta a todos los estratos sociales; la segunda, por la ausencia de un marco jurídico que contribuya a combatir los altos índices de impunidad. Ante dicha problemática, afirman que la respuesta ha sido poco eficiente: aumentos en las penas y sobrepoblación en las prisiones, en lugar de formular una estrategia de prevención de los delitos, transformar las corporaciones policiacas en instituciones sólidamente capacitadas, profesionales, honestas, eficaces y confiables”.

De las posiciones de los legisladores, se estableció que “... ningún sistema de justicia es totalmente puro, pues debe ser acorde con las exigencias de las sociedades de cada país; en el caso de la propuesta que se plantea, se pretende implantar un sistema acusatorio respetando sus fundamentales principios y características, y adaptado 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”.

Destacan que “... 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 “minijuicio”, pues adquiere gran peso dentro del proceso, lo que ha propiciado que en juicio se suelen reproducir casi de manera íntegra los elementos probatorios, restando con ello importancia al juicio y la valoración objetiva que se hace de los argumentos de las partes que intervienen, generando inevitablemente que el ministerio público sea poco competitivo, debilitando su efectivo desempeño. El hecho de que las diligencias generalmente se consignen por escrito, se ha traducido, en la mayoría de los casos, en opacidad a la vista de los ciudadanos, toda vez que el juez no está presente en la mayoría de las audiencias, pues delega frecuentemente sus funciones a auxiliares. Un muestreo representativo del CIDE en las cárceles de Morelos, del D.F. y del Estado de México en 2006, revela que ochenta por ciento de los imputados nunca habló con el juez”.

En el dictamen que se comenta, se concluye que “... el modelo de justicia penal vigente ha sido superado por la realidad en que nos encontramos inmersos. En tal virtud, se propone 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, el inculpaado esté en posibilidades de defenderse y que al final sea un juez quien determine lo conducente; la segunda, que abonará a 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...”; y que “... respecto a la defensa del imputado, se propone eliminar la ‘persona de confianza’ y

garantizar el derecho a una defensa adecuada por abogado. Para consolidar tal objetivo y que exista igualdad de condiciones, se prevé asegurar un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurar las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores, estableciendo que sus emolumentos no podrán ser inferiores a los que correspondan a los agentes del ministerio público”.

En cuanto al significado de los principios que rigen el nuevo sistema acusatorio adversarial, se explica que “... la oralidad propiamente dicha no es un principio procesal, sin embargo, es el instrumento que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios... No es imaginable un proceso público si las actuaciones se desarrollan por escrito; en este tipo de procesos los jueces y el público se enteran al mismo tiempo de todas las actuaciones. Tampoco sería posible una adecuada continuidad en el desarrollo de las audiencias y la concentración en el desahogo de las pruebas si las actuaciones no se desarrollan oralmente. Sin la oralidad tampoco cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción.

Cabe asimismo aclarar que la oralidad no sólo es una característica del juicio, sino de todas las actuaciones en las que deban intervenir todos los sujetos procesales. La oralidad presupone abandonar el sistema o la metodología de formación de un expediente hasta ahora en vigor, para sustituirla por una metodología de audiencias.

La metodología de audiencias, propia de este nuevo proceso, implica que las decisiones judiciales, sobre todo si afectan derechos, se adopten siempre frente a las partes, una vez que se les ha dado la oportunidad de contradecir la prueba y de ser escuchadas. Así pues, la oralidad no es una característica únicamente del juicio, sino de todo el proceso en general, incluidas las etapas preparatorias del juicio. Queda a salvo, por supuesto, la posibilidad de que el ministerio público solicite, sin presencia del imputado o su defensor, órdenes de aprehensión, cateo, intervención de comunicaciones privadas y reserva de actuaciones, entre otras diligencias que por su naturaleza requieran sigilo.

Fue bajo tales premisas que se materializó la reforma (entre otras) del artículo 20 constitucional, para quedar en su texto como sigue:

“Art. 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 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.
- 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 ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias señala 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.

B. De los derechos de toda persona imputada.

(...)

- 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.

En delincuencia organizada, 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.

(...)

Una vez puntualizados los antecedentes de la reforma, y atendiendo a la redacción del nuevo artículo 20 constitucional, considero necesario hacer una breve referencia a lo que constituye el proceso penal acusatorio, para después explicar el significado e implicaciones de los principios que conforme al invocado precepto regirán al sistema penal federal.

En el sistema acusatorio, a diferencia del inquisitivo, en el que se confunden o se asumen por una sola sustitución las facultades de investigación, acusación y juzgamiento, dichas facultades se separan claramente; aunque no es sólo esa la nota distintiva entre ambos sistemas de enjuiciamiento penal, pues la generalidad de los estudiosos del tema coinciden en que otra de las características propias del sistema inquisitivo es que se base en la secrecía de las actuaciones y la forma escrita, en tanto que el sistema acusatorio adopta la forma oral y la publicidad. Mientras que el sistema inquisitivo se conforma de una serie de actuaciones formales, sucesivas e intermitentes, el acusatorio se estructura basado en actos concentrados y continuos que procuran la inmediatez y que para algunos autores se constituye como un sistema de partes, que advierte la necesaria contradicción entre ellas, en el que cada una ejerce sus habilidades y argumentos en defensa de sus intereses.

CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS

SISTEMA INQUISITIVO	SISTEMA ACUSATORIO
Se confunden o se asumen por una sola institución las facultades de investigación, acusación y juzgamiento.	Se separan claramente tales facultades.
Se basa en que las actuaciones son secretas y se adopta en ellas la forma escrita.	Adopta la forma oral y la publicidad.
Se conforma de una serie de actuaciones formales, sucesivas e intermitentes.	Se basa en actos concentrados y continuos que procuran la inmediatez (para algunos autores se constituye como un sistema de partes, que advierte la necesaria contradicción entre ellas, en el que cada una ejerce sus habilidades y argumentos para el logro de sus objetivos).

LA ORALIDAD

Conforme quedó plasmado en páginas precedentes y según lo explicó el legislador, la oralidad no constituye propiamente un principio que rige el proceso penal, sino se le define como un instrumento o medio (la expresión hablada) que permite o facilita la materialización y eficacia a los verdaderos principios así reconocidos en el propio texto constitucional, como lo son los antes preindicados de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La publicación de las reformas arrancó un sinfín de comentarios acerca de si la oralidad realmente era una aportación novedosa o si era algo ya instaurado en nuestro actual sistema de enjuiciamiento penal federal, pues se sigue comentando que en la práctica realmente se cuenta con un sistema oral, bajo el argumento de que en los expedientes del proceso sólo se redacta lo que las partes que intervienen relatan ante la autoridad correspondiente, ministerio público o juez.

Tal situación evidentemente no concuerda con los objetivos de la reforma, pues aunque esa postura puede ser así aceptada no es el objetivo buscado, pues como se razonó por el legislador, además de constituir la oralidad, según se ha dicho, el medio o característica que permitirá materializar los identificados principios del nuevo sistema de enjuiciamiento, con ello se abandonará el obsoleto y secreto sistema de expedientes, además de dar paso, en el aspecto material, al uso de la tecnología propia de nuestros días, puesta al servicio de la pronta y transparente administración de justicia.

En relación con los principios propiamente dichos, en la doctrina algunos autores definen los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación como principios referentes o que inciden en la prueba; otros consideran que tales principios rigen en el proceso en general; pero también existen otros criterios que realizan distintas clasificaciones, dependiendo incluso de la legislación de que se trate, pues por ejemplo, el Código Procesal Penal de Costa Rica no contempla los enunciados principios, ya que en su artículo 326 dispone: “Principios. El juicio es la base esencial del proceso, se realizará sobre la base de la acusación en forma oral, pública, contradictoria y continua”.

Conforme a la reforma al artículo 20 constitucional, en ese aspecto quedó clarificado en su propia redacción, al disponer expresamente en su primer párrafo que el proceso se regirá por los principios que postula, y lo confirma la disposición contenida en la fracción X del mismo precepto en su apartado A, al establecer que “los principios previstos en este artículo se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”, entendiéndose así que tales principios también habrán de ser observados en actuaciones como la audiencia de control de detención, de formulación de la imputación y de vinculación a proceso, entre otras más que procesalmente puedan preverse.

Algunos estudiosos consideran, sin embargo, que el ámbito de aplicación de los principios que estudiamos no se limita al proceso y sus audiencias preliminares, sino también cobran aplicación en actuaciones practicadas después de concluido, y que se desarrollan ante el juez de ejecución, como pudiera ser el caso de cuando se solicita un beneficio preliberatorio; esa postura se adopta con base en la Opinión Consultiva

OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la que se sostuvo que las garantías englobadas dentro del debido proceso deben respetarse en tres momentos: I. Al momento de la detención, II. En el desarrollo de procedimientos judiciales y III. En el cumplimiento de una medida reeducativa o de internamiento (incluso la prisión).

PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN

En términos generales, el principio de inmediación es entendido como la actividad propia del juzgador de presenciar de manera directa y personalísima la recepción o desahogo de pruebas y de los alegatos de las partes.

Así el principio de inmediación obliga al juez a presenciar todo acto procesal, toda audiencia que le permita percibir, recibir y efectuar la valoración de todo aquello que incida en el proceso.

Pero dicho principio no rige sólo respecto de los actos procesales vinculados necesariamente a la producción o desahogo de la prueba o recepción de alegatos, pues si como lo postula el artículo 20 constitucional dicho principio es propio del proceso, entonces debe regir para todo vínculo bilateral en que participe el juez y así deberá regir respecto de todos los intervinientes en el drama penal, pues como lo expresa María Eloísa Quintero, retomando la idea del legislador, "... es entre todos los intervinientes del proceso que debe darse la inmediación porque: a) en relación con el juez, le permite realizar una efectiva valoración de la prueba y demás actos de las partes (por ejemplo, alegatos); b) en relación con las partes, les otorga un efectivo ejercicio de la contradicción; c) en relación con el acusado, le concede un efectivo ejercicio de su derecho de defensa, y por último, c) en relación con todos los intervinientes del proceso (inclusive en relación con el resto de la sociedad) permite que la publicidad se dé de la mejor forma, es decir, recibiendo de manera directa –sin intermediación– la información/actos/ pruebas que se supone deben brindarse durante el proceso..."

Esa estrecha relación o contacto entre el juez con los órganos de prueba y con todos los actores procesales, defensor, fiscal, peritos, testigos, etc., que le permite no sólo ser receptor de tales pruebas, sino sensorialmente también de todos los impactos y reacciones que con su desarrollo se producen en los justiciables, es propia y justificada, desde ese punto de vista, en aquellos sistemas en que se contempla el juzgamiento de culpabilidad o inculpabilidad por medio de jurado.

¿Qué implicaciones podemos advertir que tendrá la aplicación del principio de inmediación en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal?

En nuestra tradición jurídica, el principio de inmediación se ha conceptualizado con igual significado que el principio de inmediatez, y un ejemplo de ello lo constituye la diversidad de criterios aislados o incluso jurisprudenciales que los han interpretado para su aplicación en el proceso penal, dirigidos a justificar el conocido criterio de que por inmediatez procesal debe entenderse que a las pruebas recabadas con mayor cercanía al

momento de acaecidos los hechos materia del proceso, como por regla general se invoca cuando de declaraciones se trata, debe asignarse mayor valor que a las rendidas con posterioridad.

Criterio que históricamente se ha sostenido, basado, por un lado, en la evocación, percepción y recuerdo de los hechos, que, se argumenta, se desvanecen con el paso del tiempo; o bien, cuando de las declaraciones de los imputados se trata, bajo el argumento de que las pruebas declarativas las rinden bajo un relativo concepto de certeza, como es la espontaneidad, mientras que las posteriores desde luego entrañan una variación o retractación de aquellas, se reputan, por regla general, como contaminadas por la reflexión defensiva o el aleccionamiento del defensor.

Postura que frente al nuevo sistema de enjuiciamiento penal previsto por la reforma, aparece francamente opuesta al principio de libre valoración de la prueba que postula.

No obstante ello, esa aparentemente clara contradicción deberá tenerse con reservas, pues si por un lado en el artículo 20 constitucional reformado se prevé, en su fracción III del apartado A, que para efectos de la sentencia sólo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, lo que por sí mismo parece clausurar toda posibilidad de aplicación de ese criterio valorativo de inmediatez procesal, no debemos olvidar que respecto de la delincuencia organizada la propia reforma contempla un régimen diferenciado de procesamiento; y en el aspecto que comentamos habrá que tener presente el contenido del párrafo segundo de la fracción V, del apartado B, que según lo previo, el legislador, en el capítulo correspondiente del Código Federal del Procedimientos Penales, podría dar pauta por la aplicación del principio de inmediatez que se comenta.

PRINCIPIO DE CONCENTRACIÓN

El principio de concentración se entiende como la posibilidad de desarrollar la máxima actividad del procedimiento en la audiencia de juicio oral, o en el menor número posible de sesiones.

Este principio evidentemente va unido al diverso de continuidad a que hizo constante alusión el poder reformador de la Constitución en los dictámenes que dieron sustento a la reforma, y que aunque no fue enviado como tal en el artículo 20 es claro que coexistían en la realidad, pues no podría concebirse esa concentración de actuaciones que se pregona sin la necesaria continuidad en sus distintas fases o etapas procesales, incluso ante la eventual postergación de la audiencia concentrada.

El principio de concentración que se comenta no incide o se refiere, desde luego, únicamente a los retos propios del proceso o de la audiencia concentrada, sino necesariamente exige la natural concentración de las partes procesales y demás intervinientes en el caso, tales como testigos, peritos, etcétera, cuya concentración aglutina, por consecuencia del desarrollo mismo del acto procesal, a los demás principios rectores del proceso, pues como lo razona Julio B. J. Maier, “no sería posible

proceder de ese modo con la presencia de los intervinientes durante la sustanciación del procedimiento y la realización de los actos procesales si el debate no fuera oral, concentrado y continuo”.

La aplicación de estos principios –concentración, continuidad– traerá como lógica consecuencia, por un lado, el respeto a otro postulado constitucional, no contemplado por la reforma como uno de los principios del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, sino que prevalece como garantía fundamental de todo gobernado, de que se le administre justicia de manera pronta y expedita, y por otro lado, podrá cumplirse con el ideal del legislador, de evitar la dispersión de la prueba en distintos escenarios procesales, al tiempo que se abandona el tradicional sistema de escritura, la recepción de la prueba y su valoración por un funcionario distinto del juzgador, a la vez que permite a éste la percepción no sólo de la eficacia de la prueba, sino también los argumentos y contraargumentos de las partes, que al mismo tiempo materializan y dan sentido al principio de contradicción.

No obstante, tales finalidades y bondades que con la reforma presenta el nuevo sistema de enjuiciamiento penal en torno al comentado principio de concentración, es claro que en no pocas ocasiones se verá ante la dificultad material de concentrar en la audiencia de juicio oral a todas las partes procesales y demás actores del drama penal, como es el caso de los peritos o testigos; o bien, que estando reunidos no sea posible su conclusión por el número de intervinientes y el tiempo de su comparecencia. Asimismo, podrá darse el caso que iniciada la audiencia ésta deba suspenderse por alguna contingencia o causa de fuerza mayor que impida la continuidad o conclusión en una sola sesión. Circunstancias que, no dudamos, habrán de ser observadas por el legislador y previstas por ende en el Código Federal de Procedimientos Penales que habrá de expedirse, a fin de conceptualizar o definir lo que para tales efectos habrá de entenderse por concentración.

El Código de Procedimiento Penal Colombiano, en el artículo 454 de la ley 906 de 2004, prevé que “la audiencia del juicio oral deberá ser continua salvo que se trate de situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad y sin existir otra alternativa viable, en cuyo caso podrá suspenderse por el tiempo que dure el fenómeno que ha motivado la suspensión.- El juez podrá decretar recesos, máximo por dos horas, cuando no comparezca un testigo y deba hacersele comparecer coactivamente.- Si el término de suspensión incide por el transcurso del tiempo en la memoria de lo sucedido en la audiencia y, sobre todo, en los resultados de las pruebas practicadas, ésta se repetirá. Igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez”.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Colombia, al analizar el alcance del principio de concentración, precisó que “... tal alcance al principio de concentración no precisa necesariamente de la realización del juicio oral en una sola audiencia y en un solo día, pues al utilizar el término –no puede realizarse en una sola jornada– el legislador condicionó tal acontecer a que estén dadas las circunstancias para ello, esto es, siempre que sea posible en el contexto donde se desarrolle dicha diligencia, por ejemplo, ponderando la complejidad del asunto, la cantidad de pruebas admitidas que deban practicarse, la necesidad de conducir a testigos renuentes, la inasistencia de los

sujetos sin cuya presencia no resulta viable surtir el juicio, amén de las obligaciones del funcionario respecto de otros trámites cursantes en su despacho... En ese orden de ideas coinciden las posturas de las Altas Cortes en relación con la importancia que ofrecen los principios de concentración e inmediatez en un sistema penal acusatorio.- En efecto, mientras que el principio de concentración apunta a que el juicio oral se realice sin interrupciones injustificadas, aquél de la inmediatez se incardina a que quien va a fallar pueda tener un contacto directo con los medios de pruebas, situación que resulta imposible mediante sistema de audio y video.- Sin lugar a dudas, el derecho a un juicio sin dilaciones injustificadas es un componente del derecho al debido proceso, consagrado en los artículos 29 Superior y 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en nada se opone a ello el deber de repetir una audiencia de juzgamiento cuando quiera que el paso del tiempo pueda alterar gravemente la percepción que tiene el fallador acerca de las pruebas practicadas; más grave aún, cuando el funcionario encargado de emitir el fallo ni siquiera ha presenciado la práctica y controversia de las pruebas. Ahora bien, el argumento del recurso a los medios tecnológicos (audios y videos), la Corte considera que si bien se trata de herramientas valiosas que han permitido la implementación de un sistema penal fundado en la oralidad, también lo es que se trata de simples instrumentos que no reemplazan la percepción directa que tiene el juez sobre las pruebas...”

PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción se presenta, a nuestro juicio, como el principio fundamental sobre el cual descansan y en torno al cual giran los demás principios del nuevo sistema de enjuiciamiento penal.

En efecto, pues como lo destaca María Eloísa Quintero, siguiendo la idea del legislador, “consiste en el indispensable interés de someter a refutación y contraargumentación la información, actos y pruebas de la contraparte”.

En semejantes términos se ha pronunciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al reconocer que el derecho a un juicio adversarial contradictorio significa que los principales contendientes –fiscal y defensa– tengan la misma oportunidad de conocer y comentar las observaciones documentadas y evidencias aducidas por la otra parte. En otras palabras, dicho principio pregona la igualdad entre las partes.

La mayoría de los autores que abordan el estudio de ese principio procesal coinciden en lo general, al considerar que mediante el uso pleno de la contradicción por las partes antagónicas se puede alcanzar el objeto del proceso, pues por medio de la contradicción se favorece una producción de calidad respecto de la información y se logra advertir los puntos más sensibles que sólo con el debate puede descubrir el juzgador, y que serán determinantes para el sentido de su sentencia o bien para la graduación de las penas.

Otros de los beneficios procesales que, se afirma, se obtienen mediante el ejercicio del contradictorio, es que permite a su vez el ejercicio efectivo del derecho de defensa,

además de que mediante la justa y equilibrada confrontación se materializa el verdadero sistema de partes, pues como lo plantean Pastrana Berdejo y Benavente Chorres, tal principio postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes, estableciendo su igualdad funcional o de armas.

De tal modo que es sólo mediante el efectivo ejercicio del contradictorio que puede lograrse el adecuado funcionamiento del sistema a que se aspira, a la vez que alcanzar el objeto del proceso penal que lo constituye, según postulado constitucional: “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”.

Esas son, desde nuestro punto de vista, sólo algunas de las aplicaciones e implicaciones que, en el aspecto meramente procesal, tendrá la entrada en vigor de la reforma constitucional que nos ocupa.

Sin embargo, consideramos que dicha reforma constitucional, desde el punto de vista normativo, presentará sin duda muchos más problemas a resolver, desde luego mediante la necesaria expedición del Código Federal de Procedimientos Penales, que precisamente habrá de reglamentar la aplicación de los principios constitucionales que aquí tratamos.

Pero también estimamos que la sociedad entera, y la comunidad jurídica en particular, habrá de resentir el mayor impacto de la reforma constitucional en otros ámbitos diversos del estrictamente normativo, como lo son el cultural y de tradición jurídica, pues necesariamente habrá que romper con viejos moldes y arraigados conceptos de la labor jurisdiccional, así como con algunas técnicas litigiosas, para asumir una nueva cultura respecto de la concepción y naturaleza del proceso, como de sus reales objetivos, a la vez que el abandono de algunas instituciones procesales hasta ahora paternalistas, en algunos aspectos tanto del órgano de acusación como del imputado, y en ocasiones, más que favorecedoras de éste lo parecieran de su defensor; tal es el caso, por ejemplo, de la facultad del juez o tribunal de ordenar la práctica de pruebas para mejor proveer, cuyo resultado da pie lo mismo para una sentencia absolutoria que para una sentencia de condena; la reclasificación de los delitos como una facultad del juez natural, e incluso del tribunal de apelación, que no se traduce en otra cosa que en subsanar las deficiencias técnicas del ministerio público al realizar el ejercicio de la acción penal y, en el caso de la apelación, sin que medie siquiera petición expresa del órgano acusador (artículos 163 y 385, párrafo segundo del CFPP):

“Artículo 163. Los autos a que se refieren los dos artículos anteriores se dictarán por el delito que realmente aparezca comprobado, tomando en cuenta sólo los hechos materia de la consignación, y considerando la descripción típica legal y la presunta responsabilidad correspondientes, aun cuando con ello se modifique la clasificación hecha en promociones o resoluciones anteriores. Dichos autos serán inmediatamente notificados, en forma personal, a las partes.”

“Artículo 385. Si solamente hubiere apelado el procesado o su defensor, no se podrá

*aumentar la sanción impuesta en la sentencia recurrida.
(Reformado, DOF 27 de diciembre de 1983)*

Si se tratare de auto de formal prisión o de sujeción a proceso, o de orden de aprehensión o de citación para preparatoria, podrá cambiarse la clasificación del delito y dictarse por el que aparezca probado.”

El paternalismo de que hablamos se refleja con mayor claridad en el momento procesal culminante y de mayor trascendencia, como lo es la acusación formal del ministerio público, pues por disposición de la ley, en caso de que la acusación se formule de manera deficiente porque no se concrete en ella la pretensión punitiva, porque se omita acusar al justiciable por algún delito materia de la formal prisión, o bien se omita acusar a algún coprocesado, lo que evidentemente se traduce en una deficiencia sólo atribuible al órgano que acusa, no obstante ello la ley procesal vigente impone al juez la obligación de remitir el pliego de tal deficiente acusación al Procurador General de la República, para que confirme o corrija su acusación.

“Artículo 292. El Ministerio Público, al formular sus conclusiones, hará una exposición breve de los hechos y de las circunstancias peculiares del procesado; propondrá las cuestiones de derecho que se presenten; y citará las leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables. Dichas conclusiones deberán precisar si hay o no lugar a acusación.

(Reformado, DOF, 27 de diciembre de 1983) (F. de E., DOF, 23 de marzo de 1984)

Artículo 293. En el primer caso de la parte final del artículo anterior, deberá fijar en proposiciones concretas los hechos punibles que atribuya al acusado, solicitar la aplicación de las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y perjuicio, y citar las leyes y la jurisprudencia aplicables al caso. Estas proposiciones deberán contener los elementos constitutivos del delito y los conducentes a establecer la responsabilidad, así como las circunstancias que deban tomarse en cuenta para individualizar la pena o medida. Para este último fin, el Ministerio Público considerará las reglas que el Código Penal señala acerca de la individualización de las penas o medidas.”

“(Reformado, DOF, 10 de enero de 1994)

Artículo 294. Si las conclusiones fueren de no acusación, el juez o tribunal las enviará con el proceso al Procurador General de la República, para los efectos del artículo 295.

Se tendrán por conclusiones no acusatorias, aquéllas en las que no se concrete la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omita acusar:

a) Por algún delito expresado en el auto de formal prisión; o

b) A persona respecto de quien se abrió el proceso.”

*“(Reformado, DOF 3 de enero de 1989) (Republicado, DOF 4 de enero de 1989)
Artículo 295. El Procurador General de la República o el Subprocurador que corresponda oírán el parecer de los funcionarios que deban emitirlo y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá, si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si transcurrido este plazo no se recibe respuesta de los funcionarios primeramente mencionados, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas.”*

Mientras que en lo tocante al procesado y su defensor, tal paternalismo se refleja en el hecho de que precisamente por disposición de la ley, para el caso de cualquier inconformidad o recurso respecto de decisiones que afecten la situación jurídica de aquél, deberá suplirse, sin limitación alguna, la suplencia de la deficiencia de la queja en torno a los agravios que al respecto se expresen, o bien ante la ausencia total o torpeza del defensor en su expresión (artículo 364 del CFPP).

“(Reformado primer párrafo, DOF 12 de enero de 1988)

Artículo 364. La segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima, para resolver sobre los agravios que estime el apelante le cause la resolución recurrida. Los agravios deberán expresarse al interponerse el recurso o en la vista del asunto. El tribunal de apelación suplirá la deficiencia de los agravios cuando el recurrente sea el procesado o, siéndolo el defensor, se advierta que por torpeza no los hizo valer debidamente.

(Reformado [N. de E. adicionado], DOF 10 de enero de 1986)

“Las apelaciones interpuestas contra resoluciones anteriores a la sentencia de primera instancia, deben ser resueltas por el tribunal de apelación antes de que se emita dicha sentencia.”

Entonces, si como se ha explicado la aplicación de los principios constitucionales que aquí estudiamos brevemente transforman el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, según algunos autores, en un “derecho procesal de partes”, no hay duda de que se presenta como algo necesario y hasta urgente el que todos los actores, operadores, estudiosos, etc., del sistema penal asumamos esas realidades en torno a las nuevas formas, métodos y condiciones en que habrá de desarrollarse el nuevo proceso penal federal pregonado por la reforma constitucional de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

QUINTERO, María Eloísa y POLAINO-ORTS, Miguel, *Principios del Sistema Acusatorio, Una Visión Sistémica*, 1ª Edición, Ara Editores, Perú, 2010.

PASTRANA BERDEJO, Juan David y BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *El Juicio Oral Penal, Técnicas y Estrategias de Litigación Oral*, 2ª Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

ORTEGA RIBERO, Germán, *Diccionario del Sistema Penal Acusatorio*, 1ª Edición, Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 2010.

CONSTANTINO RIVERA, Camilo, *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio (Juicios Orales)*, 5ª Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, 2011.

CRUZ VEGA, Henry Arturo, *Los Principios Sustanciales del Proceso Penal con Tendencia Acusatoria en México, Estructura del Proceso y Procedimientos Especiales Derecho Comparado*, 1ª Edición, Flores Editor y Distribuidor, México, 2010.

PRESUNCIÓN
DE
INOCENCIA

Miguel Ángel Aguilar López



MAGISTRADO

Miguel Ángel Aguilar López

Cursó la Licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México, de 1973 a 1977, se tituló el 4 de marzo de 1980, con la tesis “La libertad sindical derecho reivindicatorio de la clase obrera”; el 29 de noviembre de 1994 obtuvo el grado de Maestro en Ciencias Penales, en el Instituto Nacional de Ciencias Penales; Doctorado en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de Tamaulipas, presentando la tesis de investigación “La teoría del delito y el derecho penal mexicano”; Posgrado de la Universidad Nacional Autónoma de México, con la tesis “El Ministerio Público Federal en el procedimiento penal federal”; y Master Internacional Derecho Penal, Constitución y Derechos en la Universidad Autónoma de Barcelona, España.

Se ha desempeñado como: Agente del Ministerio Público Federal y abogado litigante en el Bufete Jurídico “Aguilar & Asociados”. Distinciones: por Excelente Desempeño Académico, Universidad de las Américas, en 1996; Miembro Fundador de la Especialidad en Derecho Procesal Penal, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal, A. C., en 1999; y Miembro de la Comisión de Estudio de la Propuesta de Reforma Penal del Ejecutivo Federal, en 2001, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A partir de 1996 Juez Primero de Distrito en el Estado de Tamaulipas; Juez Primero de Distrito en Materia Penal en el Distrito Federal; a partir de 1999 Magistrado del Cuarto Tribunal Unitario del Décimo Circuito; Magistrado del Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito; Magistrado del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito; y Magistrado de Sexto Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito.

I. JUSTIFICACIÓN

Hoy en día se transforma la estructura jurídica-social de nuestro país mediante Reformas Constitucionales en Derechos Humanos y en el juicio de amparo, así como en el sistema acusatorio y oral en el proceso penal. Además, el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto al Control Difuso de los Derechos Fundamentales establecidos en la Constitución a favor de los individuos, ahora inviste a los órganos de impartición de justicia del control del que antes formalmente carecían. Todo ello constituye una transformación hacia un Estado Democrático de Derecho, en donde el individuo vuelva a ser el eje y sustento de nuestra estructura social y por ende, los Derechos Humanos funjan como la base de su composición.

La reforma del sistema acusatorio oral se estructura en el principio de presunción de inocencia, como garantía fundamental sobre la cual se erige el proceso penal de corte liberal y alude a que el fundamento del *ius puniendi* del Estado de Derecho descansa en el anhelo de los hombres por tener un sistema equitativo de justicia que proteja los derechos fundamentales del individuo frente a la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad que han existido a lo largo de la historia.² Los Derechos Humanos tomaron una significación jurídica y política a partir de la Revolución Francesa y del pensamiento predominante durante la Ilustración en el siglo XVIII, momento en que se conceptualizó un Estado con un poder limitado y al Derecho como un instrumento de defensa de los valores primigenios de los individuos contra violaciones graves a los mismos bajo el imperio de la ley. De esta forma, se evitó el establecimiento de Estados de corte totalitarios que pudieran restringir al máximo los derechos fundamentales de los individuos: su derecho a pensar, a la libertad y a decidir libremente sobre su propio devenir.

Los Derechos Humanos han reflejado la evolución de las relaciones sociales; la ponderación axiológica de los mismos con la denominación de garantías individuales mediante consenso internacional, es la base para su integración en las legislaciones fundamentales de cada Estado Democrático de Derecho³. La adopción de los valores que sustentan las garantías individuales representa el límite de actuación del Estado frente a los gobernados. En el ámbito del Derecho penal, tal circunstancia adquiere particular relevancia, en atención a la grave afectación que el inculpaado puede resentir en su esfera jurídica con motivo de la sujeción a un proceso penal en el que se le atribuye

¹ Ensayo en el que el autor sustentó la ponencia expuesta el once y doce de abril de 2011, en el diplomado “El nuevo sistema de justicia penal en México, desde la perspectiva constitucional” específicamente en el Módulo I, temas: 4. Principios rectores del nuevo proceso penal, aplicaciones e implicaciones, subtemas, e) Presunción de inocencia, f) Principio de publicidad y g) Transparencia. Tanto la ponencia como el ensayo se estructuraron con apoyo en el libro *Presunción de Inocencia: Principio fundamental en el sistema acusatorio* de su autoría, publicado en su primera edición, por el Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de la Judicatura Federal, número 6 de la Colección Estudios de la Magistratura, México, 2009; y, segunda edición, por el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal A.C., División Editorial, México 2009.

² Por ello señala el maestro Carrara, que la finalidad del procedimiento penal se puede encuadrar en esta afirmación: “protejo a este hombre porque es inocente, y como tal lo proclamo mientras no hayáis probado su culpabilidad; y esta culpabilidad debéis probarla en los modos y con las formalidades que yo os prescribo y que vosotros debéis respetar, porque también proceden de dogmas racionales absolutos”. Carrara, Francisco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. V, trad. Santiago Sentís Melendo, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000, p. 14.

³ Tal y como se explica sucintamente Abbagnano, Incola, *Diccionario de Filosofía*, trad. José Esteban Calderón, et. Al., Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p.273, “...en la Democracia del siglo XX el concepto de pueblo (del que anteriormente, en su

la comisión de un hecho ilícito. Así, el *ius puniendi* del Estado está limitado por los principios fundamentales del Derecho penal, cuya esencia radica, precisamente, en los Derechos Humanos. La publicación del libro de Beccaria *De los delitos y de las penas*⁴, generó un impacto que cambió el pensamiento liberal de su tiempo⁵ y derivó tanto en la modificación de los principios que sustentan el proceso penal,⁶ como en la transformación intelectual que culminó con la Revolución Francesa y la aportación de los pensadores de la Ilustración. El concepto de derecho inquisitivo fue remplazado por el periodo de humanización de las penas y surgieron principios que trataron de conciliar la finalidad represiva de las normas punitivas con un sistema de garantías jurídico-penales, entre las cuales se incluyó la presunción de inocencia.

Empero, al no haber una autoridad que pudiera poner orden, esas libertades naturales terminaban, por cualquier vía, siendo caóticas, lo que provocaba la falta de cohesión o de integración en las sociedades. De esa forma, lo que imperaba era la ley del más fuerte y en esas circunstancias surgió la idea de que necesariamente tenía que haber una primera conversión social. Luego, se le dio una nueva teleología, una nueva razón de conversión al Estado. El contexto liberal-moderno fue la invención para que los individuos pudiéramos disfrutar de lo que no enajenamos en el contrato social. En ese sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, elaborada por la Asamblea Constituyente Francesa en 1789, es uno de los primeros textos, si no el primero, que jurídicamente concreta las ideas del liberalismo. El artículo 2o de la Declaración nos da esa nueva teleología o esa nueva razón de ser del Estado de la que acabamos de hablar, cuando literalmente establece: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales imprescriptibles del hombre”. En esta medida, la razón de ser de la asociación política es la esencia de la vida en sociedad y con ello, la de conservar los derechos naturales del hombre, convertidos ya, mediante el pacto social, en derechos y libertades jurídicas. Es decir, la razón del Estado, como poder político, en la modernización, es proteger a los individuos y garantizar la vigencia de sus derechos. Se habla entonces de seguridad y de justicia; los liberales le dan tal importancia a este aspecto que, incluso, el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano establece:

Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los derechos ni

⁴ Al respecto señala García Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Universidad Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 422: “Crítica Beccaria la irracionalidad, la arbitrariedad y la crueldad de las leyes penales y procesales del siglo XVIII, residuo anacrónico muchas de ellas de preceptos históricos obsoletos [...] Y, partiendo de la idea del contrato social, fundamenta el principio de legalidad de los delitos y de las penas, la conveniencia de una política de prevención del crimen, y su teoría utilitarista del castigo. Beccaria, que se declaraba discípulo de Montesquieu, basa su alegato contra el sistema penal de la Monarquía Absoluta en la teoría del contrato social. Este sella el origen de la sociedad civil, de la autoridad y del principio de derecho a castigar”.

⁵ Es importante recordar que en el siglo XVIII, la teoría política tuvo su concentración en Francia, además de que la filosofía y la ciencia habían sido relativamente autónomas; al convertirse el cartesianismo en una especie de escolasticismo, fue deliberadamente suplantado por la filosofía de Locke y la ciencia de Newton. Esto permitió que el antiguo ideal de una norma fundamental que la Francia del siglo XVI había compartido con toda Europa y que tenía aún la suficiente vitalidad para encontrarse casi en pie de igualdad con la soberanía en la filosofía de Bodino, había perdido todo significado concreto en la monarquía de Luis XIV.

⁶ Entre esos tópicos señalaba: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida [...] no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados”. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, trad. Antonio de las Casas, ed. Facsimilar de la edición Príncipe, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 246.

determinada la separación de los poderes, no tiene constitución.

Por ende, en los actuales sistemas democráticos únicamente merece el calificativo de debido proceso penal⁷ aquél en el que se respetan las garantías procesales y los derechos y las libertades de los ciudadanos, esto es, aquél que cumple con las exigencias derivadas del principio del proceso donde la dignidad del hombre sea el baluarte en el marco de un juicio público y transparente con el que el Estado garantice el actuar de sus operadores. Cuando en el ejercicio del *ius puniendi* no se cumplen esas exigencias, no estamos en realidad ante un proceso penal, sino ante un acto de autoritarismo, de significación profundamente antidemocrática, que evidencia la manifestación de arbitrariedad de los poderes públicos.

En el proceso penal moderno se distingue entre el modelo de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*), caracterizándose el primero por la presunción de culpabilidad del mero sospechoso y por considerar los derechos procesales un mal necesario; y, el segundo, por la presunción de inocencia del imputado y por estimar los derechos de éste, consustanciales al mismo derecho procesal y, por tanto, irrenunciables por el individuo a quien el Estado garantiza tales derechos a través de una tutela judicial efectiva. La implantación del Estado de Derecho lleva consigo entre otras premisas el principio de legalidad⁸.

La presunción de inocencia, no sólo debe ser una garantía procesal, también es un principio de los sistemas democráticos que limitan el monopolio legítimo de la fuerza. Los sistemas penales deben garantizar mecanismos de defensa que permitan demostrar la inocencia a los acusados. En México, en el Siglo XIX, surge el primer texto “La Constitución de Apatzingán de 1814”, cuyo artículo 30, estableció: “Todo ciudadano se reputa inocente mientras no sea declarado culpable”.

La actual Constitución Política, en su *vacatio legis*, reformada el dieciocho de julio de 2008, en su artículo 20, apartado B, fracción I, establece:

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.

Los Magistrados y Jueces Federales, al interpretar, esto es, desentrañar la esencia del sentido de la ley, se erigen como protagonistas de primer orden en la implementación y efectividad de las reformas constitucionales en todas sus vertientes: los Derechos Humanos, el Juicio de Amparo, el Sistema Acusatorio y Oral, así como en el Control Difuso de la Constitución cuando ello corresponda. La capacitación, la experiencia y los conocimientos son la base para sustentar los resultados que la sociedad nos demanda,

⁷ La concepción clásica del proceso penal lo configura como el único instrumento que los Estados tienen para poder ejercer su *ius puniendi*, condenando e imponiendo una pena a los culpables de hechos delictivos. La pena solamente puede ser impuesta por el Estado en el marco de un proceso penal previo. Es lo que la doctrina procesal denomina instrumentalidad del proceso penal. Esta concepción clásica debe ser superada pues ofrece una visión reduccionista, parcial y fragmentaria del proceso penal. En una concepción moderna, el proceso penal es también un medio de legitimación democrática, esto es, un ejercicio de legitimidad democrática.

⁸ Sin perjuicio de los antecedentes más o menos lejanos -la Carta Magna de Juan Sin Tierra y la *Constitutio Criminales Carolingia* germánica- la formulación doctrinal de este principio en el sentido moderno que hoy se le atribuye es del S. XVIII a Cesare Beccaria y a Feuerbach, quien lo formuló en los conocidos términos latinos *nullum crimen, nula poena sine lege*. Con ello se trató de contrarrestar el *ius incertum*, la incerteza y la inseguridad que dominaba el derecho penal del Antiguo Régimen. A partir de la Revolución Francesa, es firme la convicción de que la ley expresa la voluntad general y que el sometimiento a ella de los poderes ejecutivo y judicial era el necesario instrumento para evitar las arbitrariedades del Antiguo Régimen.

por ello, se deben vencer inercias, aprender una nueva forma de pensar, decir y hacer en el desarrollo del proceso penal. Además es necesario convencerse de las enormes ventajas que tiene la oralidad en el proceso penal. Su publicidad y transparencia otorgan más garantías al acusado y a la víctima con la publicidad y transparencia de los operadores. Además, puesto que difunde la actividad jurisdiccional, por ende refuerza la confianza en el Poder Judicial de la Federación; asimismo, rinde cuentas a la sociedad y da evidencia de nuestra responsabilidad y compromiso con la justicia. Con ello, contribuye a hacer legítima nuestra función: la impartición de justicia.

II. INTRODUCCIÓN

El sistema acusatorio y oral tiene como destinatario a la delincuencia común e incluye el derecho de excepción, de acotamiento, simbólico, especial o también llamado contra el enemigo, para la delincuencia organizada. En general, busca enfrentar los retos impuestos por la delincuencia. El Congreso de la Unión reformó los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Federal con lo cual, el sistema acusatorio de tipo adversarial, propone una investigación preliminar que garantice los derechos fundamentales de los imputados y la transparencia del ejercicio de la acción penal. Sin soslayar que la etapa preliminar no es eminentemente contradictoria, como el propio juicio oral, si no que pugna porque se mantengan las mismas posibilidades de defensa entre las partes y con ello supone la posibilidad de proponer diligencias, la participación de las partes en ellas, plantearse incidentes e interponer los recursos correspondientes. A través de la reforma constitucional, se introduce un sistema acusatorio y oral que se sustenta en principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación y cuyo eje rector es el principio de presunción de inocencia. El objeto principal es el esclarecimiento de los hechos; la protección del inocente; evitar la impunidad del culpable; y, el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el delito (artículo 20).

El imperativo de que los Poderes Judiciales cuenten con jueces de control que resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares mediante providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieren de control judicial, garantiza los derechos de los inculpados y de la víctima u ofendido. Con lo anterior, se regulan las comunicaciones privadas entre el juez y el Ministerio Público, y la actuación de este último, como parte acusadora, se apega al Derecho. El juez de la causa, es quien se hará cargo del caso una vez vinculado el imputado, hasta la emisión de la sentencia mediante un juicio oral y público. El juez ejecutor, vigilará y controlará la ejecución de la condena.

La sustitución del auto de formal prisión y el de sujeción a proceso por “auto de vinculación a proceso”, acorde con el nuevo sistema garantista, es una nueva regulación respecto de las medidas cautelares y en éste destaca la prisión preventiva como medida excepcional, cuando otras no sean suficientes para garantizar la comparecencia del acusado; además, cuenta con el establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias, mediante los cuales se procura asegurar la reparación del daño y se

sujeta a supervisión judicial cuando la ley secundaria lo prevea. Por ello, el sistema debe desarrollar y estructurar las garantías y principios generales a favor del imputado, víctima y ofendido, así como de todos aquellos que concurran al proceso, bajo la prevalencia de la dignidad humana. Por otro lado, establece un régimen especial para miembros de la delincuencia organizada y eleva a rango constitucional el arraigo cuando se trata de delincuencia organizada. De este modo, se sientan las bases para construir y operar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, así como un régimen transitorio para la implementación del sistema acusatorio que no debe exceder de ocho años.

III. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En las últimas décadas los países latinoamericanos se han visto inmersos en reformas de los sistemas procesales de justicia penal⁹, las cuales tienden a abandonar sistemas inquisitivos o mixtos por modelos del sistema acusatorio; sin embargo, mantienen diferencias en sus regulaciones, aun cuando existen principios uniformes, como la libertad de ofrecer y desahogar pruebas mediante la utilización de cualquier medio, siempre que no se obtengan ilícitamente.

En la XIV Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del cuatro al seis de marzo de dos mil ocho, en la ciudad de Brasilia, Brasil, se planteó como tema destacado la oralidad en el proceso penal, con el apoyo coordinado de la mayor parte del sector social, (abogados, jueces, fiscales y defensores), mediante la instauración de reglas mínimas que desarrollan proyectos relativos al sector de justicia entre poderes judiciales europeos e iberoamericanos, como respuesta al fortalecimiento del poder judicial y, por consiguiente, del sistema acusatorio; sin embargo, como señaló Luis Paulino Mora, Presidente de la Corte Suprema de Costa Rica “para ello, es necesario una metamorfosis”, la cual, estimo, debe ser de carácter cultural, específicamente tendiente a la cultura de la verdad y de la legalidad.

Entre los temas relacionados con las reformas procesales penales, en la Cumbre se analizó la introducción de la oralidad en los procedimientos, a fin de retroalimentarse de avances y prácticas judiciales en la materia, con el respeto y observancia a los derechos humanos, a partir del imperio de la ley. Asimismo, se establecieron posibles fórmulas para fortalecer la capacitación de los jueces¹⁰ y magistrados iberoamericanos en la función jurisdiccional, en el entendido de que la calidad de la justicia se construye a partir de la calidad de la capacitación de quienes la imparten; el eje temático es el rol del juez dentro de la sociedad, por encima de las particularidades de las diferentes regiones

⁹ Entender el concepto de justicia hoy en día, requiere tener en cuenta las aristas filosóficas y/o políticas, pero mi interés por el momento será de carácter jurídico (de ninguna manera totalitarista, negativa o materialista) que cultive como su misma condición de posibilidad la memoria de lo sucedido, particularmente durante la década de los ochenta y noventa, donde el proceso de modernización judicial fue acentuándose con mayor firmeza. De ahí, que el sentido de justicia sea cada vez más exigente en el quehacer cotidiano de los impartidores de justicia.

¹⁰ Es tiempo de desterrar la patética concepción que permea en la sociedad, de estimar que el juez es una figura ausente, inaccesible, que no escucha a nadie, que el proceso es incomprensible para la víctima y el ofendido, y en su caso, que el juez resuelve a oscuras y en secreto, sin que motive su decisión.

participantes. Al final, se coincidió que la publicidad y la oralidad en los procesos es parte fundamental de su transparencia, como factor de confianza y legitimación de la actividad jurisdiccional, en virtud de que la ciudadanía está deseosa de confirmar que esa labor tiene una aplicación objetiva, serena y ponderada de la ley, por parte de los juzgadores que adquieran de forma pública, oral y concentrada la convicción para emitir la decisión final¹¹.

Doctrinarios y operadores iberoamericanos respetados han opinado sobre estos temas lo siguiente:

- a) El debido proceso penal se sustenta en el respecto a la dignidad y libertad de los individuos (imputado, víctima, ofendido, testigos y en general de todos los que concurren, entre otros: operadores jueces, fiscales, defensores y auxiliares del servicio público).
- b) El sujeto imputado se presume inocente, principio que debe permanecer durante todas etapas del proceso.
- c) La parte toral, la transición a un verdadero sistema acusatorio, radica en el sistema probatorio, porque ello determinara los niveles de efectividad de un proceso penal.
- d) Por ello la presunción de inocencia debe entenderse como regla de tratamiento y de norma probatoria.
- e) La exclusión de pruebas ilícitas, obtenidas con violación a derechos fundamentales constitucionales, jurisprudencial, incluso, contenidos en Tratados Internacionales y leyes secundarias, sin menoscabo de la doctrina sobre el tema.
- f) La sentencia:
El juez debe sustentarse al valorar la prueba en los principios de la lógica y la máxima de la experiencia.
El sistema de valoración es libre de la prueba.
En la motivación de la valoración de la prueba, se explica el procedimiento intelectual que se realizó y se exteriorizan las razones que condujeron a la formación de su convencimiento.
- g) Se necesitan adoptar instrumentos útiles para combatir la corrupción, de lo contrario, todo el proceso de reforma entrará en una profunda situación de crisis.
- h) La tarea más ardua en la transformación en el sistema procesal conlleva:
 1. El cambio en los valores y principios culturales con respecto a la verdad y la legalidad de: los jueces, los magistrados fiscales, los defensores y los policías. Incluso las universidades pueden contribuir en la formación de individuos y no tan sólo deben producir científicos, sino también

¹¹ Vid. *Revista Cumbre Judicial Iberoamericana*, número 3-Segundo Trimestre de 2008.

individuos capaces de lograr una metamorfosis cultural. En este sentido, la filosofía y la sociología jurídica deben ponderar los valores éticos de los hombres buenos y útiles a la realidad nacional.

2. Además se debe incluir a los medios masivos de comunicación a fin de acotar su poder mediático a través de juicios públicos, todo lo cual implica que en su conjunto, la sociedad debe tener una participación activa.

IV. EL PROCESO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTÍAS

El proceso penal de control social del delito (*crime control model*) y el modelo del debido proceso (*due process model*), se distinguen en cuanto a que en el primero se destaca la presunción de culpabilidad del imputado-sospechoso y se consideran los derechos procesales un mal necesario; en contraste con esto, en el segundo existe la presunción de inocencia del imputado y de los derechos de éste, los cuales se consideran consustanciales al mismo derecho procesal, y por lo tanto, que son irrenunciables por el ciudadano y tutelados efectivamente por el Estado. Además, la implantación del Estado de Derecho conlleva entre otras premisas, el principio de legalidad. Durante la segunda mitad del siglo XX, los sistemas de justicia penal¹² han sufrido un fenómeno de profunda transformación, en virtud de dos factores principales:

1. La progresiva internacionalización de los derechos humanos y la creación de mecanismos e instituciones internacionales de protección, como fueron la instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. La incorporación en las Constituciones Nacionales de un catálogo de derechos fundamentales a los que se les otorga no ya una finalidad meramente programática, sino eficacia inmediata y directa. El catálogo de derechos fundamentales es vinculante para todos los poderes públicos. Estos factores han impulsado la vigencia de los principios y elementos del sistema acusatorio, a fin de erradicar el sistema inquisitivo, cuyas notas o características son:
 - a) Acción penal. El juez puede proceder (juzgar) de oficio sin esperar la reclamación de un acusador, por lo que no puede hablarse del ejercicio de la acción penal como presupuesto del juicio y de la condena.
 - b) Partes. No hay una parte que acusa y otra que es acusada en posición

¹² El proceso penal se articula y construye sobre una base garantista. Se empieza a hablar del proceso penal como verdadero sistema de garantías de los ciudadanos frente a la injerencia estatal que supone el ejercicio del *ius puniendi*; cuyos antecedentes hay que buscarlos en los cambios liberales y revolucionarios europeos, adquiere no obstante una nueva dimensión político-constitucional, y permite articular una serie de principios procesales.

contrapuesta con derecho de contradicción y de igualdad procesal, sino que el juez inquisidor, a veces auxiliado por otros acusadores, es el mismo que acusa frente a un imputado que carece de los elementales derechos de defensa.

- c) Imparcialidad. El mismo que acusa (el juez inquisidor) es el que decide la práctica o no de las pruebas y el que sentencia, por lo que no puede reputársele como tercero imparcial.
- d) Procedimiento. Los principios de escritura y secreto dominan el procedimiento, al menos en su fase inicial.
- e) Prueba. Valoración legal o tasada de la prueba, incluso de la documentada en fase instructora.
- f) Congruencia. La decisión judicial no necesita motivarse ni someterse a los límites de la congruencia y de la correlación entre lo pedido y lo otorgado. No obstante el juez, puede desvincularse de la acusación en cuanto a la calificación jurídico penal, pero no así en cuanto a los hechos imputados.
- g) La división del proceso en dos etapas: investigación y decisión; se trata de evitar que el buen investigador mate al buen juez y quien juzgue sea quien investigue.

El sistema acusatorio por el contrario, se caracteriza porque necesariamente debe existir una parte acusadora que ejerza la pretensión punitiva, distinta del órgano jurisdiccional, ya que al juez le está vedada su conversión en acusador, para asegurar su necesaria imparcialidad. Además, impone que éste último no pueda sobrepasar el objeto del proceso y condene por hechos distintos de los que fueron objeto de la acusación, o a persona distinta del acusado, aunado a la prohibición de *non reformatio in peius*.¹³

El papel del juzgador, en este al sistema, es asumir un rol neutral, a fin de garantizar su imparcialidad; el impulso procesal corresponde a las partes, quienes definen la estrategia probatoria; la parte acusadora tiene la carga probatoria en el proceso penal, sin que sea dable revertir la misma, ya que el acusado está amparado por la garantía de presunción de inocencia; por ende, la actuación del juez, director del debate, adquiere su majestuosidad al valorar las pruebas del sumario, de manera libre, bajo los principios de la lógica y máxima experiencia, únicamente del material probatorio que se desahogó en su presencia y por ende que percibió directamente. El proceso penal acusatorio establece una separación tajante sobre las funciones de acusar y decidir (juez inquisitivo) al ofrecer un tratamiento protector a los derechos de los sujetos del proceso, principalmente mediante la garantía de presunción de inocencia, tanto en su versión de regla de tratamiento como en su vertiente de regla de decisión y constituye al mismo tiempo la piedra angular sobre la que se construye el sistema de tipo acusatorio. Las funciones de

¹³ Vid. De la Rosa Cortina, José Miguel, "Oralidad, justicia alternativa y el Ministerio Fiscal Español, dentro de las ponencias en el Curso de Formación Especializada "Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización"", celebrado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 noviembre de 2007.

acusar y juzgar quedan claramente separadas. Se impide la parcialidad del Juez, ya que es el Ministerio Público el que realiza las actividades de investigación y acusación¹⁴.

Una de las características del sistema acusatorio es la de considerar al inculpado como sujeto del proceso penal y no como objeto. Dentro de las conveniencias del sistema, se encuentra la implementación de la libre valoración probatoria, entendida como verificación o refutación empírica de las hipótesis acusatorias mediante la utilización de las reglas de la lógica, de la razón, de las máximas de la experiencia, que en el proceso penal debe imprimir un juicio probabilístico, suficiente del material probatorio, para alejarse de la duda razonable: por ello, la culpabilidad debe quedar probada más allá de dicho estado de dubitación. Por medio de este sistema probatorio, se posibilita al juzgador para que forme libremente su convicción al valorar la prueba sin encorsetamientos previos, sin reglas impuestas sobre qué valor concreto atribuir a cada medio de prueba utilizado. En tanto que la presunción de inocencia, como regla probatoria, impone a la parte acusadora la carga de probar la culpabilidad del acusado y obliga a desplegar durante el proceso un esfuerzo probatorio suficiente de cargo encaminado a acreditar dicha culpabilidad o a establecer que la presunción de inocencia de la que goza todo inculpado en un proceso penal ha quedado incólume. Por ello, en los actuales sistemas democráticos únicamente merece el calificativo de debido proceso penal¹⁵ aquél en el que se respetan las garantías procesales y los derechos y las libertades de los ciudadanos, esto es, aquél que cumple con las exigencias derivadas del principio del proceso debido.

De ese modo, el proceso penal como sistema de garantías, se sustenta en los principios de:

- a) Presunción de inocencia;
- b) Exacta aplicación de la ley;
- c) *In dubio pro reo*;
- d) *Non bis in idem*;
- e) *Non reformateo in Perus*;
- f) *Litis* cerrada;
- g) Libre valoración de pruebas;
- h) Igualdad procesal;
- i) Tutela judicial efectiva;
- j) Defensa adecuada;
- k) Motivación de la sentencia;
- l) Acceso a los recursos;
- m) Independencia e imparcialidad judicial;

¹⁴ Con la caída del sistema inquisitivo en el siglo XIX, se redefinió con las conquistas de la ilustración el principio acusatorio, pues la acusación penal continuó en manos del Estado, pero se exigió una separación de las funciones requirentes y decisorias que tenía el inquisidor, ahora cargo de dos órganos estatales diferentes, Ministerio Público y juzgador como consecuencia del respeto a los derechos del *imputado*, al respecto véase Bovino, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, 2ª ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, p. 39

¹⁵ La concepción clásica del proceso penal lo configura como el único instrumento que los Estados tienen para poder ejercer su *ius puniendi*, condenando e imponiendo una pena a los culpables de hechos delictivos. La pena solamente puede ser impuesta por el Estado en el marco de un proceso penal previo. Es lo que la doctrina procesal denomina instrumentalidad del proceso penal. Esta concepción clásica debe ser superada pues ofrece una visión reduccionista, parcial y fragmentaria del proceso penal. En una concepción moderna, el proceso penal es también un medio de legitimación democrática, esto es, un ejercicio de legitimidad democrática.

- n) No autoincriminación;
- o) No retroactividad de la ley en perjuicio;
- p) Prohibición de la prueba ilícita;
- q) Derecho de ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, cuando no comprenda o hable la lengua o idioma del Tribunal o Juzgado; y,
- r) Sistema Acusatorio y oral, en el que se garanticen los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

En la exposición de motivos de la reforma constitucional, se precisó que estos principios consisten en:

- Publicidad: todo acto jurisdiccional debe ser público, salvo que existan razones fundadas en la protección de las víctimas o del interés público.
- Contradicción: las partes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos de la contraparte, y controvertir cualquier medio de prueba durante el juicio.
- Concentración: el desahogo de las pruebas, el desarrollo del debate y la emisión de la resolución deben ocurrir en un mismo acto procesal.
- Continuidad: 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, salvo casos excepcionales previstos en la ley; e
- Inmediación: Los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de las partes con la presencia interrumpida de los sujetos procesales que deben participar en ella, salvo los casos previstos en la ley.

Es importante precisar que en el Dictamen de las Comisiones Unidas que elaboró el Proyecto de Decreto de reforma constitucional, se sustentó que, una característica importante del proceso de corte acusatorio es la estricta separación entre el órgano de investigación y de persecución con el de jurisdicción; la oralidad no es un principio procesal, es el instrumento o medio que permite actualizar y dar eficacia al resto de los principios que sustentan el sistema acusatorio. Se explicó que no hay proceso público si éste se desarrolla por escrito, debe ponderarse que quienes concurren a la audiencia de debate, paralelamente a las partes, se enteren del desarrollo del proceso; no hay continuidad en las audiencias y concentración en el desahogo de las pruebas si las actuaciones no se desarrollan oralmente; sin la oralidad, no cabe la existencia de interrogatorios ágiles que hagan posible la contradicción. La oralidad no es sólo una característica del juicio sino de todas las actuaciones en las que deban intervenir todos los sujetos procesales. La oralidad sustituye al expediente por una metodología de audiencias.

V. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO UN DERECHO FUNDAMENTAL

En su exposición de motivos, la reforma constitucional sustenta la presunción de inocencia como el derecho fundamental a favor de todas las personas sometidas a un proceso jurisdiccional, para que éstas no sean consideradas sin fundamento alguno como culpables, por lo que dicha presunción sólo podrá desvirtuarse mediante sentencia emitida por el juez de la causa. Es cuestión central de todo sistema acusatorio de justicia tener por objeto preservar la libertad, la seguridad jurídica y la defensa social, busca proteger a las personas en cuanto a los límites mínimos en que perder o ver limitada su libertad. Este principio sostiene que la decisión de absolver al justiciable es consecuencia de que no se haya probado plenamente su culpabilidad. Se reconoce como derecho público subjetivo, en diversos ordenamientos constitucionales¹⁶, como instrumento de defensa de los ciudadanos frente a los actos de los órganos de impartición de justicia. Ello implica que la aplicación del debido proceso penal requiere la observancia de las garantías previstas en las leyes fundamentales e instrumentos internacionales en los que la presunción de inocencia, junto con otros principios jurídico-penales¹⁷, conforman un sistema de justicia propio de un Estado Democrático de Derecho que limita al ejercicio del poder punitivo del Estado.

Por lo anterior, resulta incuestionable que ese principio se encuentre expresamente reconocido en la Constitución, para que también se responda a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que expresamente lo consagran como garantía. Los documentos obligatorios jurídicos son: las Declaraciones Universal (artículo 11, párrafo 2) y Americana (artículo XXVI) de Derechos Humanos, del 10 de diciembre y 2 de mayo de 1948, respectivamente; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (artículo 14.2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969 (artículo 8.2), así como por las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos (artículo 84, párrafo 2), adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955.

La doctrina le otorga tres significados: a) garantía básica del proceso penal; b) regla de tratamiento del imputado durante el proceso; y c) regla relativa a la prueba.

El artículo 20, apartado B, fracción I como garantía básica del proceso penal de la Constitución Federal reformada, expresa sobre el imputado que:

¹⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional español ha referido: “el derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2º del artículo 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determina una presunción, la denominada ‘presunción de inocencia’ con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba”. Consultese Climent Durán, Carlos, *La prueba penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 715-716

¹⁷ Legitimidad, culpabilidad, principio de acto, de bien jurídico, legalidad, irretroactividad, exacta aplicación de la ley, *litis* cerrada, defensa adecuada y *non bis in idem*.

[...] se presume su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa [...]

El Código Modelo del proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación¹⁸, artículo 8, redactado por la Comisión Nacional de Tribunales, regula el principio de presunción de inocencia en cuatro puntos:

- 1) Toda persona se presume inocente, en todas las etapas del proceso, mientras no se declare su responsabilidad en sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en ese código. En caso de duda se resolverá a lo más favorable para el imputado.
- 2) En la aplicación de la ley penal son inadmisibles las presunciones de culpabilidad.
- 3) Hasta que se dicte sentencia condenatoria, ninguna autoridad pública podrá presentar a una persona como culpable, ni brindar información en ese sentido.
- 4) En los casos del sustraído a la acción de la justicia, se admitirá la publicación de los datos indispensables para su aprehensión por orden judicial.

Los artículos 14 y 15 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (julio de 2010) de la Secretaría Técnica. Gobierno Federal, Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal y de la SEGOB, Secretaría de Gobernación, establecen los principios de presunción de inocencia y carga de la prueba, en los siguientes términos:

[...] Toda persona se presume inocente en todas las etapas del procedimiento hasta en tanto no fuere condenada por una sentencia firme en los términos señalados en este código. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del acusado.

[...] Corresponde a la parte acusadora la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado conforme lo establezca el código penal.

La Jurisprudencia ha establecido criterios importantes al respecto en el amparo en revisión 89/2007 del veintiuno de marzo de dos mil siete, siendo ponente el Ministro Genaro David Góngora Pimental, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien en la tesis intitulada *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA ALCANCES DE ESE PRINCIPIO PROCESAL*, afirmó:

- 1) En materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador;
- 2) Es un derecho fundamental que la Constitución reconoce y garantiza en general;
- 3) Su alcance trasciende la órbita del debido proceso;
- 4) Con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales, como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre;

¹⁸ V. [http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu\(Conatrib\).pdf](http://www.pjedomex.gob.mx/web2/documentos/CodModProPenAcu(Conatrib).pdf)

- 5) Opera también en situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de “no autor o no partícipe” de un hecho de carácter delictivo o en otro tipo de infracciones mientras no se demuestre la culpabilidad; y,
- 6) Otorga el derecho a que no se apliquen las consecuencias a los efectos jurídicos privativos vinculados a tales hechos, en cualquier materia.

También el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis aislada p.XXXV/2002, bajo el rubro *PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL* estableció, en relación al tema, los siguientes postulados:

1) De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21 párrafo primero, y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución, se desprende:

A. Por una parte, el Debido Proceso Legal implica que:

- Al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad;
- El Estado sólo podrá privarlo de la misma, cuando existan suficientes elementos incriminatorios;
- Se le siga un proceso penal en su contra;
- Se le respete las formalidades esenciales del procedimiento;
- Específicamente, las garantías de audiencia y la de ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación correspondiente;
- Con sustento de ello, el Juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable;

B. Por otra, el Principio Acusatorio indica que:

- Corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (carga) de buscar y presentar las pruebas que acrediten su existencia.

2) Por lo cual concluyó que:

- a) Los principios constitucionales de debido proceso legal y acusatorio, resguardan de manera implícita el principio de presunción de inocencia.
- b) El principio indicado da lugar a que el gobernado no esté obligado a probar su inocencia.
- c) El sistema previsto en la Constitución le reconoce, a priori, y expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la culpabilidad del imputado¹⁹.

¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XVI, agosto 2002, p. 14, Materia Constitucional, Penal.

VI. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, respecto de la minuta de Proyecto de Decreto de la reforma a la Carta, se propuso, de manera paralela al sistema acusatorio, un régimen especial (doctrinariamente se conoce como Derecho Penal del Enemigo), que regule los procesos penales que tratan sobre delincuencia organizada, con la facultad para que el Congreso de la Unión legisle sobre la materia.

El argumento total se sustentó en la necesidad de establecer nuevos elementos que contribuyan a mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal y otorguen mejores mecanismos para el combate a la delincuencia organizada; con ello, se busca responder con mayor efectividad al grave fenómeno delictivo que nuestro país padece, en el que las leyes han sido rebasadas por ese fenómeno, por lo que deben ser adecuadas a la realidad para que el Estado cuente con herramientas suficientes para el combate a esa delincuencia. Por ende, el Ministerio Público debe contar con mecanismos con los cuales pueda actuar con mayor eficacia y rapidez en las tareas de investigación, por ende, se regulan las medidas cautelares, consistentes en cateos, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

El autor Günther Jakobs, en la jornada berlinesa en 1999, enfatizó los tres postulados del Derecho Penal del Enemigo: 1. Anticipación de la punibilidad (delitos de peligro); 2. Penas excesivas que corresponden a un derecho de lucha; y, 3. Reducción de las garantías individuales.

El autor señala que se vive un Estado de emergencia que se incrementa en razón de la disminución de la fuerza social, es producto de la desintegración familiar y el multiculturalismo a raíz de las inmigraciones, de modo que la sociedad tendrá enemigos que aparentan ser ciudadanos normales. La coacción pretende ser efectiva, no se dirige contra la persona de derecho sino contra individuos peligrosos, “al culpable se le hace morir más como enemigo que como ciudadano”. En concreto Jakobs identifica enemigos en las siguientes áreas: según su actitud, en los delitos sexuales y en supuestos de criminales habituales; según su ocupación, en la delincuencia económica y en la delincuencia organizada; según su vinculación con una organización criminal, relacionada con el tráfico de drogas, el complot para asesinar o el terrorismo. Sostiene que estos grupos de sujetos se han apartado de manera duradera y de modo decisivo del derecho, esto es, en palabras del autor, no prestan la garantía cognitiva mínima para que sean tratados como personas, ya que de lo contrario se vulneraría el Estado de Derecho y la seguridad de las demás personas, ya que debemos protegernos de los enemigos, quienes por principio se conducen de modo desviado y por ende, no ofrecen garantía de un comportamiento personal, por ello no pueden ser tratados como ciudadanos, sino deben ser combatidos como enemigos, la guerra tiene lugar en razón del legítimo derecho de los ciudadanos a tener seguridad.²⁰

²⁰ Jakobs, Günther y Cancio Melía, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005, pp. 25-34, 40.

La postura de Jakobs, en un principio se identificaba con el Derecho penal tradicional, que distinguía a los “sujetos” que no se pueden comunicar (inimputables) y que por lo tanto se sujetarían a medidas de seguridad; de los que sí se pueden comunicar, personas que están dentro del Derecho penal, entre este grupo, están los que actúan conforme a la norma y los que cometen infracciones a ésta, pero que no la conmovieran seriamente pues su infracción sólo sería un “desliz reparable”. Sin embargo paralelamente a éstos, existen aquellos que pueden comunicarse y que permanentemente no quieren cumplir con las normas (p. ej. los narcotraficantes); ellos, según la concepción normativista, no pueden ser sujetos ni personas, de modo que para ellos va dirigido el Derecho penal del enemigo, pues el Derecho tendrá que reaccionar de manera similar a las acciones de éstos, ya que para ellos no puede regir el mundo normativo. Jakobs dice: “el Derecho penal del ciudadano es el derecho de todos; *el Derecho penal del enemigo es el de aquéllos que responden contra el enemigo y frente al enemigo, es sólo coacción física, hasta llegar a la guerra*”; por eso, señala que su propuesta es más sincera de lo que acontece actualmente en la legislación, pues el derecho vigente, por lo menos contra los terroristas, insistirá en tratarlos como si fueran “personas”, mezclando reglas propias con las del Derecho penal del enemigo, que instaura al enemigo en el concepto de delincuente ciudadano (delincuente “normal”) y no debe asombrarse si se mezclan los conceptos de “guerra” y “proceso penal”.

Frente al llamado “Derecho penal del enemigo”, caracterizado por una relativización de las garantías penales, materiales y procesales, se opone un “Derecho penal del ciudadano”, propio de una sociedad de libertades. Es cierto, que la nueva política criminal moderna, no opera como hace tiempo con la descriminalización y atenuación de penas, sino con la nueva criminalización y agravamiento de las mismas, se concentra en la creación abusiva de tipos penales abstractos, ocupa campos que constituyen riesgos para la sociedad que abarcan: el medio ambiente, el terrorismo, el narcotráfico, los delitos electorales y los financieros. El modelo garantista caracterizado por la racionalidad y proporcionalidad en la utilización de los medios represivos ante el respeto a la dignidad humana, cede ante un modelo de Derecho penal orientado hacia el intervencionismo.

El Derecho penal dentro de un Estado de Derecho tiene que respetar los derechos fundamentales de toda persona, la dignidad humana no puede pender del reconocimiento estatal, de lo contrario estaríamos ante un Derecho penal de autor en el que se relativizan los derechos humanos para un grupo de sujetos. La dignidad humana y la libertad individual imponen igualdad para todos los individuos sin excepciones, ni siquiera está justificado tratar a los delincuentes como enemigos en situaciones extremas, por más grave y deshumana que haya sido la conducta del infractor, a nadie le está permitido tratar a una persona como un ser desprovisto de sus derechos. No debemos olvidar que el Derecho debe actuar siempre como lo que es y no como poder; de otro modo se trataría del aniquilamiento del hombre por el hombre como se ha mencionado. A partir de que permitamos esta violación con justificación excepcional, estaremos abriendo un peligroso precedente para que otras restricciones vengan a ser hechas, siempre bajo la justificación de protección a los ciudadanos.

Por ello, frente al Derecho Penal del enemigo, se opone el Derecho Penal del Ciudadano, que tiene como sustento el respeto irrestricto de los derechos fundamentales de todo gobernado, como principio de un Estado Democrático de Derecho y que cuenta específicamente en el proceso penal con la presunción de inocencia.

Desafortunadamente algunos gobiernos han optado por insertar medidas legislativas penales que dan preponderancia a la seguridad de la ciudadanía en detrimento de derechos fundamentales. México al ratificar la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional (Convención de Palermo), en 1996 expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada y en las reformas al sistema de justicia penal, paralelamente al implementar un sistema acusatorio, la oralidad en el proceso y la presunción de inocencia como piedras angulares de dicho sistema. En razón de que el sistema actual se ha estancado en una estructura burocrática, caduca y obsoleta, que bajo el principio de legalidad ha disfrazado una maquinaria corrupta y disfuncional que ha permitido el aumento de la delincuencia en forma desorbitada, el legislador ha optado por implementar un Derecho penal simbólico para acallar los reclamos sociales, bajo la instauración de un derecho de excepción para aquéllos sujetos que sean acusados por delitos de delincuencia organizada. En los artículos 16, 18, 19, 20 y 22 constitucionales reformados, en cuanto al tema de delincuencia organizada se destaca:

- a) La figura del arraigo, siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia (artículo 16 párrafo séptimo);
- b) El concepto de delincuencia organizada, la cual se entiende como una organización de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia (artículo 16 párrafo octavo);
- c) La retención del Ministerio Público podrá duplicar las cuarenta y ocho horas con las que cuenta para ordenar la libertad o poner al indiciado a disposición de la autoridad judicial (artículo 16 párrafo noveno);
- d) La no aplicación expresa de compurgar su pena en los centros penitenciarios más próximos a su domicilio (artículo 18 párrafo octavo);
- e) Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias se destinarán centros especiales (artículo 18 párrafo noveno);
- f) Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos (artículo 18 párrafo noveno);
- g) Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso, el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal (artículo 19 párrafo séptimo);
- h) Se acota la garantía de defensa del imputado en virtud de que la autoridad

- judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador (artículo 20, inciso B, fracción III);
- i) En su carácter de inculpado, se otorgan beneficios al procesado o sentenciado, cuando preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos (artículo 20, inciso B, fracción III, párrafo segundo);
 - j) 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 (artículo 20, inciso B, fracción V, párrafo segundo); y,
 - k) No se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de aquellos cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En cuyo caso, se requiere de un procedimiento jurisdiccional y autónomo del de materia penal, respecto de los bienes:
 - 1) El instrumento, objeto o producto del delito señalado, aun cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió.
 - 2) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del delito, pero que haya sido utilizado o destinado a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del número anterior.
 - 3) Los que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo.
 - 4) Que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño, según indica el artículo 22, párrafo segundo, fracciones I y II, incisos a), b), c) y d).

Al actualizar en el texto constitucional figuras como el arraigo, duplicar los plazos de la detención para efectuar las investigaciones preliminares por el agente del Ministerio Público, que en ocasiones permanecen incomunicados o son objeto de golpes o de medidas peores como la corrupción de las instituciones investigadoras²¹, mantener en reserva el nombre del acusador, o a introducir válidamente en el juicio oral pruebas

²¹ Un signo especialmente significativo para la identificación del derecho penal del enemigo, es la considerable restricción de garantías y derechos procesales del imputado, la exigencia de la veracidad en el procedimiento, la reducción de las exigencias de la licitud y admisibilidad de la prueba, medidas de intervención de comunicaciones privadas, de investigación clandestina, de incomunicación, de ampliar los plazos de detención con “fines investigadores” y el uso de la tortura, ponen en entredicho, la presunción de inocencia. Cfr. Gracia, Martín, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘derecho penal del enemigo’”, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006, p. 1058. En el artículo 268 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la detención en casos de delito flagrante es de cuarenta y ocho horas, para que el Ministerio Público determine ejercer acción penal o dejar en libertad con reservas de ley al inculpado, pero en tratándose de delincuencia organizada, el plazo de la detención se puede duplicar.

anticipadas, ante el temor de que la delincuencia organizada atente contra víctimas o testigos de cargo (testigos protegidos) y que se produzca una franca reducción de las garantías constitucionales de los sujetos que cometan delitos previstos en la ley de la materia o que pertenezcan a células del narcotráfico; de esta manera, se produce la excepcionalidad bajo la estimación de que ante problemas excepcionales, se requiere de soluciones excepcionales.

En el caso de los países latinoamericanos denominados por Jakobs como “desgarrados por la guerra”, se debe de pugnar por cimentar las bases de una cultura de respeto a los derechos humanos que han sido violentados de manera sistemática en regímenes dictatoriales como es el caso de Argentina, Perú y ahora Colombia, y no apostar por la violación de éstos. El Estado no puede exigir un marco de respeto si el mismo incumple y atropella las garantías individuales, pues es el primero que está obligado a forjar y garantizar a sus ciudadanos el estatus de personas. Por lo tanto, se debe defender y retomar la doctrina de los derechos del hombre ante un llamado en contra de la utilidad y la eficiencia del Estado y se requiere lograr el respeto de los derechos existentes, para lo cual la presunción de inocencia es un baluarte fundamental.

VII. REFLEXIONES

El aspecto troncal radica en el reto de buscar un equilibrio entre un proceso penal eficaz que combata la delincuencia pero que a la vez sea respetuoso de los derechos fundamentales del ciudadano. Por esto se requiere de:

a) El reconocimiento de la presunción de inocencia, cuya observancia demandan tanto la normatividad jurídica internacional como el derecho interno, concretamente en el ámbito constitucional; de ahí la importancia de que se haya incluido, expresamente, como principio fundamental en la Constitución Federal ya que no es una cuestión de la que podamos prescindir en nuestro actual sistema penal. Como se ha advertido, a pesar de que México ya han signado diversos instrumentos internacionales sobre el particular, la imprevisión expresa del referido principio, ha conducido a la carencia de una legislación efectiva y de una práctica judicial adecuada, que postule el respeto de la misma en el proceso penal mexicano; esto se aúna a que su ausencia acentuó las fallas de un procedimiento inquisitivo que ignora la cultura de respeto hacia quien está sujeto a un proceso.

b) Si la Constitución, norma fundamental, obliga a todos los órganos del Estado y puede ser invocada para que los poderes del mismo ejecuten, legislen, interpreten o juzguen con respecto de determinada situación fáctica, elevar a rango constitucional la presunción de inocencia implica que el legislador, bajo el principio de legalidad, no requiere crear normas que atenten contra este derecho, ni que lo restrinjan de algún modo. En este sentido, dicha garantía del inculpado, constituye un límite al legislador en la creación de normas jurídicas que consagren una presunción de culpabilidad que obligue al inculpado a demostrar su inocencia, lo cual eliminaría los tipos penales que revierten la carga de la prueba sobre el justiciable y que, como se ha comentado, se

encuentran previstos en nuestra legislación penal secundaria actualmente.

c) Ello también evitará que nuestros tribunales constitucionales, al emitir criterios desentrañando el sentido de las normas penales en la construcción del sistema acusatorio, consientan la violación de este postulado fundamental sobre el cual se construye nuestro Estado de Derecho, al prescindir de un conocimiento profundo respecto de los alcances del mismo, como principio rector del sistema penal, y perfilen su actividad jurisprudencial para proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades o prácticas viciadas en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales, Ministerios Públicos, fiscales y policía, o para justificar la existencia de presunciones de ilicitud en la descripción de los delitos. De esta manera, es como se puede aspirar a construir un sistema legal de tipo acusatorio que permita que este principio fundamental se aplique.

d) A manera de ejemplo y para justificar la necesidad de haber incluido de manera expresa, como garantía individual, el principio de presunción de inocencia, cabe recordar que en nuestra legislación punitiva se previó la presunción del dolo en base a la influencia positivista del Código Penal de 1929, lo que representó una contraposición al precitado principio que establecía hipótesis de presunciones de culpabilidad. Es por ello indispensable que se reforme el texto constitucional, y consecuentemente las normas secundarias, para la aplicación de un sistema penal más justo.

e) El principal problema es determinar en qué medida incide en la legislación secundaria la falta expresa del referido reconocimiento a efecto de implementarlo de forma correcta y evitar en lo posible su violación, de lo contrario, si se desconoce un criterio firme respecto de los lineamientos y alcances de la citada garantía jurídico-penal, sólo será uno más de los principios rectores que subyacen en la elaboración de los textos penales, pero que carecen de la máxima de la obligatoriedad y fácilmente susceptibles de ser violados por los órganos jurisdiccionales.

Todo lo anterior reporta por lo tanto, la necesidad de un cambio radical en la forma de pensar y actuar del conglomerado social, un cambio cultural hacia la verdad y la legalidad. De lo contrario, la reforma penal sólo será un intento más como se ha venido cuestionando en foros nacionales, ya que se piensa que el cambio compete sólo a las autoridades que intervienen en el proceso penal, con lo cual se soslaya que la metamorfosis está en cada uno de los ciudadanos. La lucha contra la corrupción empieza en la familia, los valores y principios que como seres humanos desarrollamos deciden el país que somos. Sin embargo, hay que destacar que es sobre todo la incultura en contra del derecho y de su realización fáctica, lo que hasta ahora constituye un cáncer que no hemos querido combatir en forma particular.

f) Nos encontramos en tiempos de reflexión acerca del proceso penal, es decir, no sólo reflexionamos sobre cómo el instrumento de política criminal es capaz de dar una respuesta suficiente ante la criminalidad, sino que además debemos cuestionar si el proceso penal cumple eficazmente con sus fines y al mismo tiempo respeta las garantías procesales que se tutelan tanto en las normas constitucionales como en los tratados internacionales, ya que si bien se exige protección al legislador, se trata de que esa eficacia no sea a costa del sacrificio del derecho a la libertad y de la presunción de inocencia, la cual debe reconocerse como premisa inicial de todo ciudadano para asegurarle un juicio justo.

g) La relación entre seguridad y garantías constitucionales, constituye el eje alrededor del cual gira la polémica sobre la modernización y expansión del Derecho penal vinculado a fenómenos político-criminales de Derecho penal simbólico, de neopunitivismo y reducción drástica de garantías individuales que dan origen a un Derecho penal de exclusión ante la ineficacia del Derecho penal tradicional para hacer frente a la delincuencia.

Cierto es que vivimos en un momento de tremenda tensión y violencia a causa de la delincuencia cada vez más especializada y letal, pero ello no quiere decir que el Derecho penal pueda olvidarse de que esencialmente le compete proteger el Estado de Derecho. De considerarse a la actual criminalidad como manifestación del enemigo, entonces deberá procurarse comprender el objeto de la supuesta guerra y alcanzar la pacificación más que la conquista, dado que la delincuencia sigue creciendo y la respuesta no se encuentra ni en la criminalización de estadíos previos, ni en el agravamiento de las penas o en el acotamiento brutal a las garantías individuales, sino en la aplicación eficiente de la ley con un ropaje de justicia social; ello no implica que el Estado y la sociedad permanezcan incólumes ante la criminalidad, sino como señala Manuel Cancio Melía, la respuesta jurídico penal no se encuentra en la exclusión sino en la manifestación de normalidad, en la negación de la excepcionalidad: es mejor apostar a los criterios de proporcionalidad e imputación tradicionales del sistema jurídico penal; sin embargo, no es dable legitimar la violencia estatal, sobre todo si supone un régimen que pone en entredicho los clásicos principios en los que se asienta el Estado Democrático de Derecho.

VIII. CONCLUSIONES ESPECÍFICAS SOBRE EL TEMA

En el Estado Democrático de Derecho, el principio de presunción de inocencia, en tutela efectiva debe pugnar por:

- 1) Encontrar el equilibrio entre el proceso penal eficaz que combata a la delincuencia y a la vez sea respetuoso de los derechos fundamentales del gobernado;
- 2) Garantizar esos Derechos Fundamentales, concretamente: la dignidad, la libertad (de pensar, deambular y discernir sobre el destino de cada hombre), la honra y el buen nombre;
- 3) Explicar, desarrollar, fomentar, ejemplificar, sustentar, penetrar colectiva e individualmente la ideología de la cultura del cambio social a la verdad y a la legalidad; y,
- 4) En cuanto a la presunción de inocencia que:
 - a) Reconocer al imputado el derecho a la libertad;
 - b) Privarlo de su libertad sólo podrá cuando existan plenos elementos probatorios en su contra;
 - c) En el proceso penal en su contra, el acusador tiene la carga de probar su culpabilidad;
 - d) La prueba de cargo debe ser lícita;
 - e) Debe tutelarse el derecho del imputado a ejercer su defensa plenamente;

- f) Se debe garantizar, por ello, el debido proceso, específicamente, el derecho a ofrecer pruebas para desvirtuar la imputación;
- g) La sentencia condenatoria se encuentra motivada, más allá de la duda razonable.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ABBAGNANO, Incola, *Diccionario de Filosofía*, trad. José Esteban Calderón, et. Al., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, *Presunción de Inocencia. Principio Fundamental en el Sistema Acusatorio*, 2ª ed., Instituto nacional de estudios superiores en Derecho Penal, A.C, División Editorial, México, 2009.

BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, trad. Antonio de las Casas, ed. Facsimilar de la edición Príncipe, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

BOVINO, Alberto, *Principios políticos del procedimiento penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

CARRARA, Francisco, *Opúsculos de Derecho Criminal*, vol. V, trad. Santiago Sentis Melendo, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2000.

CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, “Oralidad, justicia alternativa y el ministerio fiscal español, dentro de las ponencias en el Curso de Formación Especializada ‘Los retos del proceso penal acusatorio en la era de la globalización’”, celebrado en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 12 al 16 noviembre de 2007.

GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, Derecho penal. *Introducción*, Universidad Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Complutense de Madrid, Madrid, 2000.

GRACIA MARTÍN, Luis, “Sobre la negación de la condición de persona como paradigma del ‘derecho penal del enemigo’”, *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de exclusión*, vol. I, Edisofer, Buenos Aires, 2006.

JAKOBS, Günther y Cancio Melía, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2005.

Revista Cumbre Judicial Iberoamericana, número 3, Segundo Trimestre de 2008.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVI, agosto 2002.

LOS LÍMITES Y CONTROLES
INSTITUCIONALES EN EL
NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA
PENAL MEXICANO

Pedro Rubén Torres Estrada



Doctor
Pedro Rubén Torres Estrada

Egresado de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí y Doctor Europeo en Derecho Constitucional por las Universidades de Salamanca y Bolonia.

De sus libros como autor están “La Autonomía municipal y su garantía constitucional directa de protección”, “Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho” y “Dos aspectos de la autonomía municipal: atributo y garantía institucional del municipio”. Además es Co-director de la revista ISOTIMIA.

Es Profesor de doctorado de la Escuela de Graduados en Administración y Políticas Públicas del Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey; miembro de la cátedra de investigación “Estado de Derecho” de la EGAP y del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel II). Actualmente es Coordinador de Enlace Técnico de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

I. EL EQUILIBRIO DEL PODER COMO GARANTÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como todos sabemos, una de las características de todo Estado constitucional no sólo es tener Constitución, sino que ésta tenga controles reales y efectivos que hagan que el poder no se centralice o que pueda algún actor del Estado llegar a concentrarlo y pervertirlo. Actualmente, México se encuentra inmerso en el proceso de transición de un sistema penal mixto a uno adversarial, y una de las principales modificaciones que se van a vivir en este proceso es el replanteamiento de los límites y controles que existen actualmente en dicho sistema.

En este sentido, la intención de este artículo es la de evaluar a la luz de la teoría del control del poder los nuevos límites y sus garantías en dos áreas determinantes para el mismo, como son el diseño que se está planteando para cada una de las instituciones y su interrelación procesal entre ellas; asimismo, el nuevo papel que juegan la víctima y el imputado en este entramado de pesos y contrapesos. El estudiar esto nos permitirá no sólo alertar y vislumbrar las fortalezas y debilidades que tiene el nuevo proceso, sino ir a la parte que le da sustento y movimiento al sistema que es la configuración de las nuevas instituciones y la reconfiguración de las ya existentes.

Es por esto que un sistema nuevo de justicia penal como el que se está instrumentando en México, visto desde un ángulo general, tiene como una de sus características formales la de establecer más controles tanto en el interior de las instituciones u órganos del sistema (lo que para efectos de este trabajo y clasificación denominaremos controles intraorgánicos) com o entre las instituciones pertenecientes al poder ejecutivo y al poder judicial (éstos los denominaremos controles interorgánicos),¹ Así también, se amplían los controles extraorgánicos² (los cuales, para efecto de esta clasificación, son los que se realizan por los actores del proceso que no son parte de ninguno de los órganos del Estado, como pueden ser la víctima o el imputado).³

Ejemplo de lo comentado son las relaciones de control y equilibrio dentro de un mismo poder (controles intraorgánicos), como puede ser el control que realizan los fiscales a las actuaciones de los policías o los controles de jueces superiores sobre inferiores, es decir, todos aquellos controles que se den al interior de un mismo poder; o entre poderes (controles interorgánicos), como es el control que realizan los jueces de control frente a los fiscales o los jueces de ejecución frente a los administradores penitenciarios.

¹ En otros sistemas jurídicos existen figuras que, al día de hoy, no están consideradas en el orden federal mexicano, como pueden ser las fiscalías autónomas, las cuales se encuentran fuera de los tradicionales poderes ejecutivo, legislativo o judicial. No obstante, la tendencia en las entidades federativas es darles cierto grado de autonomía frente a los poderes; por ejemplo, la Fiscalía General del Estado de Coahuila cuenta con autonomía constitucional técnica, operativa y de criterio jurídico, para planear, programar, dirigir, ejecutar, evaluar y supervisar las funciones en materia de seguridad pública y procuración de justicia propias del Estado, sin que se constituya como un organismo constitucionalmente autónomo, ya que es parte de la Administración Pública Centralizada, según el artículo 108 de la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza.

² Vamos a definir controles extraorgánicos como los que son ejercidos por aquellos que no están insertos en ninguno de los poderes u órganos del Estado. Es de resaltar que Kart Loewenstein denomina a estos controles como *interorgánicos*, limitándolos al control ejercido por el electorado para el Gobierno y el Parlamento, sin entrar al análisis del control de los derechos humanos por los propios ciudadanos. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

³ *Ibidem*, p. 232 y ss.

Como ya se planteó, dentro de esta propuesta de clasificación vamos a encontrar los controles extraorgánicos, que son los que se realizan por parte de las personas frente a los operadores del sistema penal. Ejemplo de éstos son los que la víctima lleva a cabo frente a los fiscales o los realizados por el imputado frente a los órganos del Estado; una de las innovaciones de este sistema es un mayor activismo de la víctima y el imputado en el proceso y por lo tanto un mayor número de controles extraorgánicos.

Es importante señalar que al ser México un Estado federal podemos encontrar controles interorgánicos verticales,⁴ nos estamos refiriendo a los que realizan los órganos federales frente a las decisiones locales, especialmente cuando, por medio del amparo, se controla una decisión de los órganos estatales; o incluso se podrá tener la posibilidad de que existan controles internacionales, como los que puede ejercer la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La anterior clasificación es la que utilizaremos a lo largo de este trabajo para la identificación y análisis de los nuevos límites y controles en el nuevo sistema.

En este contexto, es importante que el estudio de los modelos de justicia penal se haga desde la lógica y la teoría del control entre instituciones y partes procesales, lo que permitirá identificar ausencia o exceso de controles. Esto puede desembocar en que el sistema pueda colapsarse por tener demasiados controles que hagan que el poder se fragmente o, por el otro lado, la ausencia de éstos puede hacer que alguno de los operadores centralice el poder en detrimento de los demás y del equilibrio del sistema.

En este sentido, un sistema de justicia penal debe estar bien equilibrado entre operadores y partes procesales, de tal manera que no se vayan a concentrar muchas facultades en alguno de los integrantes del sistema que hagan que otro de los operadores se quede en situación de debilidad y que ocasione que el sistema se torne desproporcionado y, por lo tanto, poco efectivo. Ahora bien, es importante que el poder no se atomice con el establecimiento de muchos controles entre operadores o, incluso, al interior de los mismos, lo que puede ocasionar que el sistema se haga pesado e inoperante. Además de controlar el ejercicio del poder entre todos los operadores y las partes, el sistema se debe equilibrar principalmente en la relación entre dos actores básicos del mismo: los derechos del imputado frente a los derechos de la víctima.

Ahora bien, otro factor que no podemos perder de vista, que también abordaremos y que nos impacta en nuestra clasificación, son los factores materiales del sistema, ya que éstos harán variar la intensidad y efectividad de los controles formales. Por ejemplo, como opera políticamente la asignación de presupuesto a las instituciones del sistema o el sistema de nombramientos y remociones, que indirectamente le afecta a la fortaleza de las instituciones.

A continuación realizaremos un estudio de cada uno de los operadores del nuevo sistema, analizando primero cómo impacta su estructura orgánica en el equilibrio del poder y sus pesos y contrapesos entre los actores del sistema, para, posteriormente, describir los principales controles que se han considerado e identificado en algunas de las legislaciones estatales ya en operación, así como en el contexto internacional comparado.

⁴ En oposición a los controles verticales se encuentran los horizontales, los cuales son aquellos que se realizan por entes (ya sean controles inter o intraorgánicos) que controlan a otros dentro del mismo orden de gobierno. Loewenstein, Karl, *Ibid.*

II. LAS CORPORACIONES POLICIICAS Y LOS SERVICIOS PERICIALES

Éste es uno de los operadores que tiene que reformarse de manera profunda; las nuevas habilidades que el sistema requiere hacen necesario, también, un nuevo perfil de las instituciones policiicas. Recordemos que podemos encontrar a las policías preventivas y de investigación.⁵ Las primeras tienen la atribución de prevenir la comisión de delitos, así como de inspeccionar y vigilar su área de circunscripción.⁶ Estas policías pueden estar adscritas a la Secretaría de Seguridad Pública municipal o estatal; así, independientemente del orden de gobierno al que pertenecen los miembros de estas policías, deben ser certificados y pasar el control de confianza de acuerdo con las políticas y lineamientos del Centro Nacional de Certificación y Acreditación;⁷ incluso, existe la propuesta de reforma constitucional para imponer como requisito previo para que los municipios puedan contar con policía propia, que éstas hayan obtenido la certificación del Sistema Nacional de Seguridad Pública.⁸

Como todos sabemos, éste es el operador que regularmente llega en el primer momento a la escena del crimen, por lo cual es necesario que conozca también las nuevas técnicas de cadena de custodia y de embalaje de todos los elementos que, posteriormente, puedan ser útiles en el juicio. En el proceso de transformación del sistema penal, este actor es uno de los que tiene que iniciar los cambios en las primeras etapas del proceso de implementación, ya que es el que mayor número de personas tiene que capacitar, además de ser uno de los más complejos de reorganizar institucionalmente de cara a las nuevas necesidades, sus herramientas y sus equipos de trabajo, que deben estar a la vanguardia de las nuevas tecnologías para poder hacer frente a la sofisticación de la criminalidad.

Mientras que las segundas, las policías de investigación, institucionalmente pueden tener diversas adscripciones, ya sea en la Procuraduría General de Justicia del Estado,⁹ en una Secretaría no dependiente de la Procuraduría General de Justicia¹⁰ o en ambos,

⁵ Es de resaltar que la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública establece la policía de reacción como una tercera clasificación; sin embargo, ya que ésta tiene como facultad garantizar, mantener y restablecer el orden y la paz públicos no es materia de este artículo, ya que su función no impacta directamente en el nuevo Sistema de Justicia Penal (Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículo 75, fracción III).

⁶ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículo 75, fracción II.

⁷ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículo 96.

⁸ Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada por el C. Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, núm. 153, Año 2010, 1er Año de Ejercicio, Primer Periodo Ordinario de la LXI Legislatura, jueves 04 de octubre de 2010. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=5465&lg=61>.

⁹ Véase, por ejemplo, el estado de Nuevo León, que cuenta con una Agencia Estatal de Investigaciones dependiente de la Procuraduría General de Justicia del Estado, o el caso del estado de Chihuahua, que con la reforma a su Constitución publicada el 15 de septiembre de 2010 y la creación de la Fiscalía General del Estado de Chihuahua, con la misma reforma y la expedición de la Ley Orgánica de la Fiscalía General del Estado, publicada el 25 de septiembre de 2010, establece que será la Fiscalía Especializada en Investigación y Persecución del Delito la facultada para investigar los delitos.

¹⁰ El caso chileno es un claro ejemplo, ya que la autoridad responsable de la investigación de los delitos es la Policía de Investigación, dependiente del Ministerio de Defensa Chileno y sin ningún vínculo organizacional con la Fiscalía General de la Nación.

inclusive¹¹ (como actualmente se encuentran en el orden Federal);¹² e indistintamente de su relación orgánica, los miembros de las unidades de investigación tendrán el estatus de policía para lo referente al desarrollo policial. Esta policía tiene como facultades el esclarecimiento de los hechos y la identidad de los posibles responsables, de acuerdo con los mandatos dados por el Ministerio Público, participar en la investigación de los delitos, ejecutar las órdenes de aprehensión y de detención para poner a las personas en inmediata disposición del Ministerio Público.¹³

La necesidad de que las policías investigadoras sean científicas y de que, además, sus elementos tengan aptitudes para poder actuar con solidez como testigos en las audiencias orales y públicas, hace necesario que sus integrantes tengan que pasar por procesos de capacitación intensa y de reorganización de sus actividades para poder hacer frente a sus nuevas responsabilidades y a los próximos procesos de certificación hacia el nuevo sistema. El alza en la incidencia delictiva en algunas regiones del país puede hacer compleja esta tarea, ya que se complica aún más la posibilidad de sacar de sus tareas diarias a los policías para entrenarlos y capacitarlos en el nuevo sistema. Es por esto que el proceso debe estar bien planeado para que no se colapse al momento de su entrada en vigor, ya que si este actor no está bien capacitado la preparación de los juicios por parte de los fiscales puede resultar complicada y, por lo tanto, generar impunidad.

Aunado a este operador, la figura de los peritos también tiene que adaptarse a los nuevos requerimientos del sistema, ya que su naturaleza jurídica va a cambiar en el proceso penal y podrá ser llamado en su calidad de testigo y no de autoridad; como más adelante se describirá, los peritos, al igual que los policías investigadores, son actores muy importantes ya que ellos le dan la base técnica al órgano persecutor del delito para poder terminar con éxito la teoría del caso.

Como ya se comentó, la debilidad de estas dos instituciones puede terminar en impunidad y, como consecuencia, en una deslegitimación del sistema cuando la sociedad perciba esa situación. Por lo tanto es determinante que se fortalezca esta institución con tecnología de punta y, además, con capital humano. El nuevo sistema requiere, además de mayor pericia técnica y científica, más tiempo de los peritos ya que se requerirá su comparecencia para argumentar y defender su peritaje en las audiencias públicas orales. Asimismo, la dinámica de las nuevas necesidades del sistema va a requerir de un mayor número de estos operadores, por lo que es determinante que cuando se vaya a implementar el sistema adversarial se haga un inventario de recursos humanos y materiales para medir los tiempos en que se podrá contar con los nuevos peritos y sus herramientas para hacer frente a las nuevas necesidades, ya que el desarrollo de la infraestructura básica, el desarrollo de capital humano y la adquisición de sus recursos materiales lleva su tiempo.

¹¹ Esta configuración se puede encontrar en las instituciones del orden federal en México, ya que tanto la Secretaría de Seguridad Pública como la Procuraduría General de la República cuentan con la atribución legal y las unidades especializadas para la investigación del delito. En la primera encontramos a la Agencia Federal de Investigación, mientras que en la PGR se encuentra la Policía Ministerial.

¹² Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículo 76.

¹³ Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, artículo 77.

De igual manera se tendrán que revisar y replantear muchos de los protocolos y procedimientos que actualmente responden a las necesidades de un sistema eminentemente escrito, tarea que lleva tiempo y cuidado por las posibles impugnaciones que de los mismos se puedan hacer en el juicio; este último punto debe atenderse con especial cuidado por el impacto en la impunidad que pudiera traer. Los peritos y sus laboratorios son elementos que deben fortalecerse permanentemente, pues en caso de que no suceda así, el sistema se puede colapsar.

A pesar de que el perito es tratado como testigo, hay que atender al diseño institucional de los servicios periciales, ya que éste otorgará mayor o menor grado de autonomía técnica al momento de realizar sus peritajes, por lo cual es necesario enfocar los esfuerzos en conformar una institución que no responda a presiones políticas y sociales, sino que sea meramente técnica. Hemos podido identificar diversos tipos de servicios periciales: dependientes directos de la Procuraduría General de Justicia,¹⁴ organismos descentralizados con personalidad y patrimonio propios,¹⁵ organismos desconcentrados¹⁶ o los adscritos a un área diferente a la Procuraduría General de Justicia.¹⁷

Ahora vamos a ver cuáles son los principales controles que el sistema establece a los policías. Uno de los nuevos controles interorgánicos es el ejercido por el juez de control sobre la detención desde el inicio del procedimiento. Si bien los jueces desde antes de la reforma podían controlar la detención, ésta se realizaba sólo cuando el consignado hacía valer alguna violación de sus derechos durante la misma. El cambio en este nuevo sistema es que el control se realiza de forma obligatoria cuando existe detenido, por medio de la Audiencia de Control de Detención, primera audiencia del proceso penal, en la cual el detenido y su defensor podrán hacer valer cualquier violación a los derechos del detenido por parte de la autoridad que ejecutó la detención, la cual, como ya comentamos, regularmente realiza la policía.

Si el juez de control califica de ilegal la detención tendrá como consecuencia que el detenido quedará en libertad, aunque estará obligado a proporcionar domicilio para ser localizado y comparecer,¹⁸ en su caso, a la audiencia de vinculación a proceso, dándosele el mismo tratamiento para ser citado a la audiencia de vinculación a proceso que a una persona en libertad.

Es de destacar que esta libertad no es absoluta e inmediata, ya que si el Ministerio Público está en posibilidad de formular la imputación la podrá realizar, apercibiendo el juez al detenido ilegalmente que se quede en la sala de audiencia, así como éste podrá rendir su declaración preparatoria. Por otro lado, si el Ministerio Público considera

¹⁴ La mayoría de los servicios periciales de México se encuentra con este diseño institucional; tal es el caso de los servicios periciales de la Procuraduría General de la República, que la establece como una Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales.

¹⁵ Un claro ejemplo de Servicios Periciales creados como órganos descentralizados lo encontramos en el Estado de Jalisco, ya que la Ley Orgánica del Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses establece expresamente que el instituto es un organismo descentralizado con personalidad y patrimonio propios.

¹⁶ Véase el caso del Estado de México, que creó el Instituto de Servicios Periciales del Estado de México como un órgano desconcentrado con autonomía técnica y operativa, de acuerdo con la Ley que Crea el Instituto de Servicios Periciales del Estado de México, artículo 2.

¹⁷ Éste es el diseño institucional de los Servicios Periciales de Chile, ya que los podemos encontrar adscritos al Ministerio de Justicia, a la Policía de Investigación del Ministerio de Defensa o a los Carabineros.

¹⁸ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 168, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 207.

necesaria alguna medida cautelar, la podrá solicitar en la misma audiencia sin que el imputado abandone el lugar.¹⁹

Otro control sobre la policía es la conducción jurídica de la investigación por el Ministerio Público, con lo cual éste conducirá y normará los mecanismos de investigación del policía (por medio de instrucciones particulares del Ministerio Público o generales emitidas por el Procurador General de Justicia)²⁰ y, en caso de negligencia o dilación del policía para realizar la diligencia ordenada por el Ministerio Público, éste podrá motivar a los órganos de control internos de las corporaciones policíacas para la imposición de sanciones a los policías omisos o negligentes.²¹

De igual forma, la investigación del policía podrá ser controlada por el Ministerio Público al indicar que la diligencia fue mal realizada y, por consiguiente, que se vuelva a realizar, o ante la imposibilidad de repetirla, el Ministerio Público se verá en la necesidad de estudiar la legalidad de los elementos de pruebas recabados por el policía y tomar la decisión de si los ofrecerá o no como prueba en la audiencia intermedia para así evitar que le desechen el elemento de prueba por su notoria ilegalidad.

Esta decisión debe ser estudiada bajo la relevancia de la prueba y la notoriedad de la ilegalidad, ya que si la ilegalidad no es manifiesta, el Ministerio Público podrá optar por que sea el juez quien califique de ilegal o no el elemento recabado por el policía. Por lo tanto, en este sistema se puede observar que el policía goza de autonomía en el desarrollo de sus investigaciones y, como se vio anteriormente, posiblemente no dependa orgánicamente del Ministerio Público; sin embargo, dicha autonomía puede ser controlada en sus funciones por el Ministerio Público y ahora también por los jueces de control.

Para analizar los controles a los peritos es necesario partir de la lógica de que un perito puede ser un funcionario público adscrito a un área de peritajes de la Procuraduría General de Justicia, a la Defensoría Penal Pública, a una institución con autonomía técnica y de gestión o, incluso, puede ser un prestador de servicios profesionales que sea contratado para un caso en concreto por alguno de los actores en el juicio (Ministerio Público, defensor público o acusador coadyuvante o privado). De las posibles adscripciones de los servicios periciales y de cuál de las partes ofrece la pericial dependerá si el control es inter, intra o extraorgánico.

Independientemente de si el perito es o no funcionario público, el control al cual está sujeto dentro de un proceso penal es equiparable al ejercido sobre un testigo presencial que identifica al acusado como el culpable, por dar un ejemplo. Lo anterior, ya que en la audiencia comparece como un perito o testigo experto, quitándole cualquier distinción por ser funcionario público. Es de esta forma que al perito se le controla directamente durante su comparecencia en el juicio oral para producir la prueba sobre la que realizó un peritaje, mediante el contraexamen realizado por la contraparte que lo ofreció.²²

¹⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículos 168, 169 y 275.

²⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 117, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 148.

²¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 118, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 149.

²² Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 288.

Este contraexamen buscará contrarrestar principalmente dos elementos: su credibilidad como testigo y la de sus conclusiones. En la primera, se cuestionaría su experiencia y sus estudios en la ciencia o técnica sobre la cual dictamina, así como su imparcialidad en el caso. Mientras que en la segunda se buscaría analizar el rigor del método científico o técnico utilizado para llegar a esas conclusiones; es decir, si utilizó el adecuado, si lo utilizó de forma correcta, si el porcentaje de acierto del método es suficiente para llegar a conclusiones, si es aceptado por la comunidad científica, entre otras cuestiones.²³

No incluimos el control de idoneidad y de oportunidad ejercido sobre la prueba pericial durante su ofrecimiento en la Audiencia Intermedia como un control al perito, ya que se controla a la parte oferente y no al perito en sí, porque la tacha de testigos y peritos no es posible en el juicio oral. Al perito se le controlará hasta la propia audiencia.

Afirmar lo contrario sería asegurar que se controla, por ejemplo, al cuarto testigo que ofrece la misma parte sobre el mismo hecho por considerarlo dilatorio del procedimiento, o al cirujano plástico para realizar un dictamen sobre el funcionamiento de un automóvil por no ser el idóneo, y que no se controla la estrategia o la motivación del oferente de buscar dilatar el juicio o intentar introducir pruebas innecesarias al juicio oral.²⁴

En este contexto, en el siguiente epígrafe observaremos la relación de estos actores con el órgano persecutor del delito y algunas de las opciones que, al día de hoy, se están planteando en el debate gubernamental y académico nacional en cuanto a la naturaleza jurídica y operativa de las procuradurías.

III. LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA

Antes de seguir, quisiéramos hacer la observación de que es determinante concienciar a la sociedad sobre la percepción de impunidad que el nuevo sistema pudiera generar al postular que éste tiende a judicializar sólo los asuntos que causan un mayor agravio a la sociedad y que habrá muchos delitos en los cuales las salidas alternas tendrán que hacer su función. Es decir, en este sistema, la lógica es que las sentencias por delitos de bajo impacto tenderán a reducirse, mientras que las sentencias por delitos de alto impacto tendrán que ir a la alza; en síntesis, la propensión será más cualitativa que cuantitativa en materia de judicialización de asuntos.

Es por esta razón que los mayores esfuerzos del Estado y de la maquinaria judicial se moverán principalmente contra los delitos con penas mayores y, por consecuencia, de mayor importancia e impacto en la sociedad; se busca que los delitos menores salgan por medio de todas las posibilidades que el nuevo sistema ofrece, como pueden ser las salidas alternas o la justicia alternativa.

²³ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 345 y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 287.

²⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 311, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 349.

En este sentido, e independientemente del modelo jurídico que se siga para configurar esta institución, el trabajo de cambio tiene que ser de gran calado porque, como ya se comentó, el nuevo sistema tiende a tratar de judicializar lo menos posible los delitos de bajo impacto y es aquí donde el papel de los ministerios públicos cobra un rol determinante en las unidades de atención temprana de las procuradurías y la utilización de todas las posibilidades de salidas alternas que el nuevo sistema ofrece.²⁵

Por otro lado, el nuevo sistema va a requerir de juristas especializados que sepan preparar su teoría del caso y defenderla oralmente en audiencias públicas, por lo que los perfiles de los ministerios públicos van a tener que cambiar para responder a las nuevas necesidades. Este cambio tendrá que pasar por la capacitación y posterior certificación de los actuales ministerios públicos, así como por la contratación de nuevos perfiles.

Un elemento básico para que este nuevo sistema funcione es la preparación jurídica de los asuntos, los cuales deben ir sustentados con sólidos elementos de prueba que la policía y los peritos habrán de proveer al Ministerio Público, por lo cual esta relación y coordinación resulta elemental para el éxito del nuevo sistema.²⁶

Sin embargo, la relación entre las policías de investigación y los ministerios públicos ha sido uno de los puntos de tensión que se ha dado en los países donde el sistema adversarial se ha implementado, pues los estudios indican que esta relación puede resultar muy complicada si no se clarifican las funciones, los límites y, sobre todo, los controles entre estos dos actores. Ésta es una de las primeras tareas que hay que definir en el proceso de transición hacia un nuevo sistema de justicia penal. Sobre todo, definir el modelo de policía y de fiscal que se quiere para el nuevo sistema.²⁷

En el fondo, materialmente el mismo proceso de transición de un sistema mixto a uno adversarial, su implementación y la definición de tareas de los operadores del nuevo sistema, es una lucha por el poder traducido en competencias, así como la definición, límites y controles de las mismas, la cual, naturalmente, va a estar supeditada por el *lobby* que puedan hacer los encargados de cada una de las instituciones al momento de estas definiciones.

Es decir, si el secretario de seguridad pública tiene mayor peso en el momento de las decisiones legales y procedimentales, las funciones de la policía van a ser más amplias

²⁵ La experiencia internacional muestra que en ciertos países se utilizan en más de 50% de las causas, por ejemplo Chile (75%) y Costa Rica (64%). Duce, Mauricio y Riego, Cristián (redactores), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Chile, CEJA, 2003, p. 51.

²⁶ La definición de la forma de actuación entre las policías y los ministerios públicos es básica para que esto funcione. Existen varios modelos a seguir; por ejemplo, en Italia y en algunas provincias de Argentina la policía investiga y, posteriormente, pone a consideración del MP para convalidar algunas de las prácticas. Por su parte, en Brasil, la separación es tajante: el policía le entrega ya todo al MP; es decir, en los delitos más graves, todas las investigaciones y pruebas iniciales son hechas por la policía. Véase "Sistemas judiciales", Centro de Estudios de Justicia de las Américas, núm. 15, año 8, pp. 58 y ss. Disponible en: <http://www.sistemasjudiciales.org/content/jud/archivos/revpdf/41.pdf>.

²⁷ Lo anterior, ya que si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 21, establece que la atribución de investigación corresponde tanto al Ministerio Público como a las policías, estas últimas bajo la conducción y mando del Ministerio Público, ni la Constitución ni las leyes establecen de forma clara y precisa el alcance de la conducción y mando del Ministerio Público, por lo cual aún se discute en las realidades locales y la federal si el Ministerio Público registrará la investigación de las policías exclusivamente por la expedición de normas generales que se deben obedecer al momento de que la policía investigue, si el Ministerio Público podrá expedir dichas normas y, además, dar órdenes directas a los policías, o si el Ministerio Público se limitará a la aprobación de la investigación para proceder a su litigación.

frente a los controles de los fiscales, o al revés, si el procurador tiene mayor poder en este momento, las leyes, los reglamentos, los protocolos, los manuales e, incluso, las prácticas y los controles no formales van ser más amplios para las procuradurías.

Este proceso de definición de los roles de las instituciones puede llegar a desvirtuar la viabilidad técnica del modelo adversarial porque, en aras de no llegar a un conflicto entre instituciones, se puede romper con la lógica del control entre instituciones que pide este sistema, al dejar a una institución más fuerte que la otra o por falta de límites y controles claros en el actuar entre éstas.

La situación de la fortaleza o debilidad de alguna de estas instituciones puede ser relativa, siempre y cuando el control esté bien equilibrado entre ellas y el sistema de competencias sea claro y responda a las necesidades propias de cada sistema; además, es determinante que los titulares de las mismas asuman su responsabilidad de estado ya que en la reconfiguración orgánica tendrán que ceder algunas de sus competencias, aunque tendrán otras nuevas funciones. La madurez de los titulares en el proceso para cuidar la salud de las nuevas instituciones es estratégica para que el nuevo sistema se instale sin tantos sobresaltos.

Además de lo anterior, es importante mencionar que cuando no existen policías y ministerios públicos bien preparados para el sistema puede existir la tentación de limitar o reducir derechos de los imputados, ya que la falta de pericia de estos actores puede crear impunidad. Ante esta situación, la salida más sencilla para el Estado puede ser la eliminación desde la ley de algunas garantías del procesado y dotar a los órganos persecutores del delito de mayor poder en el proceso, lo que, si no se realiza con cuidado, puede trastocar el equilibrio entre los actores y alterar el sistema.

De igual forma, mientras no exista vulneración a los principios constitucionales que enmarcan el nuevo sistema, vamos a poder encontrar en estados de la Federación sistemas con características distintas en cuanto a las facultades de cada uno de sus operadores y, sobre todo, en su relación con el imputado y la víctima. En este sentido, la seguridad pública, y su impacto en la calidad de la democracia en estados específicos, va a influir para que puedan existir variantes entre éstos, principalmente en la forma en que se van a abordar los derechos y las garantías de los actores antes mencionados en el proceso.

La forma y el equilibrio entre actores podrán tener variantes, pero un indicador, desde nuestra visión, que puede determinar la configuración entre éstos, será que a mayor inseguridad e impunidad, causadas por la falta de pericia para llevar a los delincuentes ante los tribunales, podrán verse disminuidas la calidad y cantidad de derechos del imputado en la norma. Es por esto que la profesionalización de los policías y los ministerios públicos es también un asunto de derechos fundamentales.

Regresando al modelo que debe tener el órgano persecutor del delito, desde hace algún tiempo ha sido planteada por distinguidos académicos,²⁸ partidos políticos²⁹ e,

²⁸ Carpizo, Jorge, "El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo", *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, núm. 125, 2004.

²⁹ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, núm. 42, Año 2004, 1er Año de Ejercicio, Segundo Periodo Ordinario de la LIX Legislatura, jueves 1 de abril de 2004. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=1583&lg=59>.

incluso, en algunos gobiernos estatales,³⁰ la intención de darle autonomía al Ministerio Público. No obstante, esta propuesta no ha avanzado, principalmente debido a que los poderes ejecutivos no han querido modificar esta institución, que gira en torno a su administración central; además, el alto índice delictivo que se vive en algunos estados de la República ha hecho complicado que se planteen reformas de fondo como a la que nos hemos referido, debido, entre otras cosas, a lo complejo de la situación actual, la cual está marcada por un aumento de la delincuencia organizada y la incidencia delictiva, no permitiendo plantear cambios de este tipo y, menos, su implementación. Esto además de las reticencias propias de los ejecutivos a perder esta institución que, al final de cuentas, es fuente de poder.

Una de las bondades que pudiera darse al establecer un Ministerio Público autónomo, desde la lógica de la teoría del control, es que, al ya no pertenecer al ámbito del Ejecutivo, el control entre policía y Ministerio Público pasaría a ser un control interorgánico al dejar de tener estos actores un grado de dependencia orgánica del Ejecutivo. Con esto se fortalecería el control entre ambos, porque, como está actualmente el diseño institucional, el Ejecutivo es el árbitro y se puede decantar por alguno de estos dos actores del sistema, no sólo en las decisiones políticas de funcionamiento, sino, sobre todo, en la integración y asignación de sus presupuestos. La independencia va a estar sustentada no nada más en cómo se configure formalmente la institución, sino también en las prácticas no formales que se den, por ejemplo, en el tema de los nombramientos y sus mecanismos de remoción.

En este sentido, también es importante mencionar la propuesta realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM en el documento denominado “Reforma del Estado”, en donde uno de los planteamientos que realiza tiene que ver con dividir las funciones que actualmente tiene el procurador y separarlas en dos instituciones. Por un lado, dejar las funciones de representante social en un procurador que dependa del Ejecutivo y, por otro lado, dejar la función de órgano persecutor del delito en un órgano constitucional autónomo denominado Fiscalía General del Estado, cuyo nombramiento sea realizado con la intervención del Ejecutivo y el Senado, y en el cual se respeten las garantías de independencia, imparcialidad, objetividad y profesionalismo.³¹

Si observamos la anterior propuesta, también parte de la lógica de equilibrio y control del poder, sobre todo porque se le estaría quitando a la Procuraduría la

³⁰ Véase el caso del Estado de Chiapas, que creó la Fiscalía General del Estado como organismo público autónomo en su Constitución en el artículo 47 (Decreto 265: Por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas, publicado el 09 de noviembre de 2004 en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, núm. 269, t. II, p. 2. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Chiapas/04183102.pdf>). Sin embargo, esta institución fue abrogada el 28 de septiembre de 2007 y creó el Ministerio de Justicia, jerárquicamente subordinado al gobernador. Decreto 299: Por el que se Reforman y Adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política del Estado de Chiapas, publicado el 28 de septiembre de 2007 en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, núm. 050, t. III, p. 2. Disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Chiapas/04183111.pdf>. Asimismo, véase a Carpizo, Jorge, “El Ministerio Público Chiapaneco como Órgano Constitucional Autónomo”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 14, enero-junio 2006. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/cl/cl12.htm>.

³¹ Barceló Rojas, Daniel (coord.), *La Reforma del Estado, propuestas del Instituto del IJJ-UNAM para la actualización de las relaciones entre poderes del sistema presidencial mexicano*, IJJ-UNAM y Senado de la República, 2009, p. 40. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/invest/RefEdo.pdf>.

posibilidad de investigar delitos de corrupción de funcionarios o delitos en materia electoral. Deslindar la competencia de persecución del delito sería bueno para la misma institución, ya que se le eliminaría el estigma con el que actualmente parte, porque se quita la percepción, en algunos casos, de actuar bajo premisas políticas más que técnicas.

Consideramos que también el Ejecutivo y su Procuraduría pueden protegerse con este nuevo esquema, al librarse de cargar con culpas y costos políticos por la mala integración técnica de investigaciones que, ante su fracaso judicial, son tachadas de acciones con tintes políticos. Asimismo, se le da al órgano persecutor del delito capacidad de operación para actuar con más libertad y sin la necesidad de que los tiempos políticos sean un elemento a considerar en su proceder, lo cual, en ocasiones, redundaba en un halo de protección de la corrupción política.

Otra posibilidad pudiera ser que la Procuraduría siga dentro del Ejecutivo, pero que los MP fortalezcan su autonomía frente a la estructura jerárquica de la institución, así como facultades de tipo técnico con las cuales se les otorguen las garantías necesarias para ejercer sus funciones constitucionales. Por ejemplo, resulta básico el poder lograr que no exista dependencia entre el fiscal y sus superiores, es decir, que estos últimos no puedan removerlo o influir en sus decisiones de carácter técnico.

Para que este modelo funcione en la realidad mexicana hay que rediseñar efectivos controles en las procuradurías; asimismo, es importante que los fiscales gocen de las mismas garantías que gozan los jueces, como son el ingreso, la promoción, el traslado, la estabilidad laboral y la remuneración; además, que todo lo anterior permita ir transitando a un sólido servicio profesional de carrera que le dé estabilidad técnica a la institución.

Este actor es, en las actuales circunstancias, el que requiere de mayores cambios para lograr un equilibrio en la institución, así como en su relación con los demás operadores del sistema, principalmente con las policías de investigación, que serán las que aporten el sustento de investigación de sus causas. El replantear los controles, las funciones jurídicas y la creación de nuevos protocolos de actuación, es una de las primeras políticas públicas que hay que definir de cara a la introducción del nuevo sistema.

El papel institucional de los procuradores o fiscales generales, según sea el caso, es muy importante en el proceso de transición de un sistema mixto a uno acusatorio adversarial. Su función, además de impulsar el cambio en las nuevas técnicas procesales, tendrá que ser de gran habilidad política y de liderazgo, así como de armonizador de posturas para la operación del nuevo sistema.

Esto, porque va a recibir presiones externas e internas en el proceso de transición. Por un lado, va a estar una sociedad civil que pugnará por cambios profundos en la forma de procurar justicia y, por el otro, actores internos que pueden oponer fuertes resistencias al cambio, las cuales podrán ser por diversas causas, desde aferrarse a privilegios adquiridos y conocidos en el sistema mixto, o por la falta de incentivos para transitar al nuevo sistema. La situación de cambio se agrava cuando las instituciones de este tipo están saturadas y colapsadas por las cargas laborales, así como un entorno creciente de inseguridad. Ante esta situación, es recomendable que se vaya formando una estructura paralela a la existente antes y durante el periodo de cierre del sistema mixto.

En este sentido, como el sistema beneficia la presunción de inocencia, las salidas alternas y la prisión preventiva como la excepción y no como la regla, se puede crear una confusión por parte de los integrantes de esta institución, ya que puede generar en ellos, y entre la población en general, la percepción de impunidad al ya no ver necesariamente al presunto delincuente en prisión preventiva.

Como comentamos, se tiene que dar a conocer cuáles son las características de este nuevo sistema, primero entre los integrantes de las instituciones operadoras y, posteriormente, entre la población.³² Es en esta parte del proceso donde los procuradores deben administrar el cambio, por lo cual no deben salirse del proceso o descalificarlo. Su influencia en la transición tiene que darse no sólo en el interior de su institución, sino también en toda su interacción con las otras instituciones del sistema ya que, de no hacerlo, estarían perdiendo la oportunidad de incidir en el mismo. La transición de las instituciones se debe dar, principalmente, desde adentro y administrando las precisiones externas.³³

En cuanto a los nuevos controles que este operador tiene, encontramos que uno de los principales controles interorgánico –si el defensor está adscrito a la Defensoría Penal Pública– o extraorgánico –si es un defensor privado– que se ha identificado, se sustenta en los principios de contradicción e igualdad, ya que los elementos fácticos y probatorios que aporte el MP para sustentar la culpabilidad del acusado serán controlados directamente por el defensor del acusado, por medio del contraexamen de las propias pruebas del fiscal y del examen de las aportadas por la defensa, con lo que buscará contrastar la veracidad y la credibilidad de los elementos aportados. Recordemos que el Juez de Juicio Oral motivará su sentencia con la información presentada y controlada por las partes en la audiencia de juicio oral,³⁴ y ya no con base en un expediente aportado por el Ministerio Público.

La investigación conducida por el Ministerio Público, incluso la desformalizada, también es controlada interorgánicamente por el juez de control, ya que ciertas diligencias de investigación requieren de una autorización judicial previa para que sea legalmente realizada,³⁵ por ejemplo, cateo e intervención de comunicaciones privadas (que sólo pueden ser autorizadas por el Poder Judicial Federal), entre otras. Si el Ministerio Público no cumple con estos requisitos legales, será la defensa quien lo controle por medio de la impugnación de los medios de prueba ofrecidos en la Audiencia Intermedia por la ilegalidad en su producción,³⁶ así como los demás elementos probatorios que deriven de la prueba ilegal, recordemos la teoría del árbol envenenado.³⁷ Por otro lado, es controlado extraorgánicamente por la persona que sufre de una investigación indebida

³² En este sentido, un trabajo que describe de una manera muy clara esta situación es el de Gallardo Rosado, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México. Principio de oportunidad. Una realidad a enfrentar*, México, Porrúa, 2011.

³³ Torres Estrada, Pedro Rubén, “La transición política y la reforma constitucional en las entidades federativas. El caso de México”, en Torres Estrada, Pedro Rubén y Núñez Torres, Michael (coords.), *La Reforma Constitucional. Sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2010, p. 591.

³⁴ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 410.

³⁵ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 235.

³⁶ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 353.

³⁷ Véase Benavente Chorrés, Hésbert, *Estrategia para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, Distrito Federal, Flores Editor, 2010, p. 127.

al activar la presentación del amparo o de la impugnación ante el juez de control para cesar la diligencia y sus efectos, sin tener que esperar a la impugnación en la Audiencia Intermedia.

En cuanto a la investigación formalizada, después de la vinculación a proceso, será controlada por la defensa solicitando que se establezca un plazo de investigación; lo anterior, ya que si el Ministerio Público no cumple con el plazo, la defensa o la víctima podrá solicitar al juez de control que aperciba al Ministerio Público para que cierre la investigación y avisará a su superior para que la dé por cerrada en un plazo de 10 días. En caso de que el Ministerio Público no la cierre en el plazo otorgado, el juez declarará extinta la acción penal y sobreseerá³⁸ el asunto.³⁹

Como se comentó, independientemente del modelo de investigación que establezca cada entidad federativa, es importante resaltar que el agente del Ministerio Público que tenga asignada una causa para su posible litigación y, en su caso, para la litigación, no puede ser el mismo que realice diligencias de investigación directamente. Lo anterior, ya que si ese agente del Ministerio Público realiza, por ejemplo, un cateo en donde se encuentran los artículos robados, quedará inhabilitado para litigar esta causa en específico, pues al momento de producir la prueba de los artículos encontrados en el cateo tendrá al mismo tiempo el rol de Ministerio Público litigante y de testigo para introducir a juicio los elementos que descubrió. No obstante, se podrá encontrar en algunas legislaciones la posibilidad de que el Ministerio Público siga investigando directamente pero con la salvedad ya descrita.

Por otro lado, si bien el Ministerio Público aún tiene el deber de ejercer la acción penal, la Constitución y las leyes secundarias establecen ciertas hipótesis⁴⁰ en las cuales se puede abstener de ejercerla e, incluso, de abrir una carpeta e iniciar una investigación. Es en esas excepciones en que se fundamentan los criterios de oportunidad⁴¹ del Ministerio Público, siendo éstos uno de los temas más controversiales de la reforma y al mismo tiempo

³⁸ La extensión de la acción penal y su sobreseimiento tiene como consecuencia que el imputado ya no podrá ser perseguido y sometido al proceso penal por los mismos hechos que fueron sobreseídos (Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 16).

³⁹ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 326. Es de resaltar que la legislación del estado de Chihuahua no establece como consecuencia el sobreseimiento de la causa, sino que se proceda a presentar acusación, solicitud de sobreseimiento o de suspensión del proceso de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículos 286 y 287.

⁴⁰ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 90 establece que: "El Ministerio Público deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente, con arreglo a las disposiciones de la ley.

No obstante, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho, cuando:

I. Se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él;

II. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena, o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil superación, o

III. Cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse por el hecho o la infracción de cuya persecución se prescinde, carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta, o a la que se debe esperar por los restantes hechos o infracciones, o la que se le impuso o se le impondría en un proceso tramitado en otro estado.

El Ministerio Público deberá aplicar los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando cada caso en lo individual, según los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia del Estado. En los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser previamente reparado en forma razonable."

⁴¹ Entendamos por "criterios de oportunidad" la facultad del Ministerio Público para iniciar o no una investigación y, en su caso, ejercer o no la acción penal. Es posible que el Ministerio Público decida aplicar un criterio de oportunidad (es decir, no investigar ni ejercer la acción penal) siempre y cuando la conducta se encuentre dentro de los supuestos descritos en la nota al pie número 40.

de los más importantes, los cuales tiene diversos controles. Por ejemplo: el Procurador General de Justicia será quien establezca los casos generales en que el Ministerio Público podrá aplicar un criterio de oportunidad⁴² y, con base en esta norma general, es que la víctima, el ofendido y el indiciado podrán controlar extraorgánicamente la aplicación inexacta por medio de los recursos administrativos y jurisdiccionales.⁴³ De igual forma, la sociedad podrá controlar, posteriormente, esta aplicación por medio del seguimiento y evaluación de la oportunidad y resultados de los criterios generales emitidos por el Procurador, así como de su aplicación en los casos concretos.⁴⁴

Siguiendo este análisis, la aplicación de la justicia restaurativa, una de las innovaciones de este nuevo sistema, cuenta con sus controles interorgánicos por parte del poder judicial, ya que es el juez de control quien debe asegurar la legalidad en la procedencia de la causa a justicia restaurativa, así como cerciorarse de que las partes hayan conocido las implicaciones de este proceso y que no fueron coaccionados por el Ministerio Público para llegar a un acuerdo.⁴⁵

La víctima, u ofendido, tiene un papel relevante en el control de la actuación del Ministerio Público, ya que le asiste el derecho de dar seguimiento a la investigación⁴⁶ e, incluso, proponer diligencias para la misma. Tales diligencias deberán ser realizadas por el Ministerio Público o, en caso de considerarlas improcedentes, fundamentar y motivar la improcedencia de la solicitud del afectado. Ante la negativa del Ministerio Público la víctima podrá recurrir ante el superior del MP para que revise su resolución.⁴⁷ Así como la víctima podrá constituirse en acusador coadyuvante para ofrecer y desahogar sus pruebas en caso de que lo considere necesario.⁴⁸

Por otro lado, con la acción privada, la víctima u ofendido podrá controlar la aplicación de ciertos criterios de oportunidad al tener la posibilidad de ejercer directamente la acción cuando el Ministerio Público aplique un criterio de oportunidad, independientemente de la recusación de su aplicación.⁴⁹

Como ya nos dimos cuenta, este actor es uno de los más determinantes para que el sistema funcione adecuadamente. De ahí la importancia del fortalecimiento de la

⁴² Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 90.

⁴³ En el caso de Chihuahua, se establece la inconformidad ante el propio Ministerio Público y, en caso de que la resolución sea negativa, la víctima podrá recurrir la aplicación del criterio de oportunidad ante la autoridad judicial, de acuerdo al Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículos 224 y 227. Mientras que el legislador de Zacatecas estableció que se recurra directamente ante el Poder Judicial del Estado, de acuerdo al Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículos 247 y 92 (solo es necesaria la inconformidad ante el MP en caso de que se aplique un archivo temporal, para los demás Criterios de Oportunidad se puede recurrir directamente al Juez de Control).

⁴⁴ Este control es un área de oportunidad para las universidades, la sociedad civil organizada, los académicos, las organizaciones no gubernamentales, entre otras, para establecer programas de seguimiento y evaluación ciudadana al respecto. Este seguimiento va acompañado del ejercicio del Derecho al Acceso a la Información Pública, ya que la autoridad no podrá negarles la información necesaria.

⁴⁵ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 102 y Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 199.

⁴⁶ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 151.

⁴⁷ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 254.

⁴⁸ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 302, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 338.

⁴⁹ La víctima podrá controlar al MP por este medio sólo cuando la aplicación de un criterio de oportunidad se fundamente en que la posible conducta delictiva o la posible participación sea un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o su exigua. Véase Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, artículo 86 bis y 88.

comunicación y colaboración con otros operadores, como lo son las policías y los peritos principalmente.

IV. LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

La relación entre este operador y el Ministerio Público en el nuevo sistema tiene como finalidad que el desequilibrio que al día de hoy existe con el sistema mixto tienda a desaparecer. La falta de presupuestos constantes que solventen las necesidades básicas de la Defensoría Penal Pública y la carencia de una formación continua y de calidad, ha hecho que su infraestructura física e institucional sea endeble. La ausencia de marcos jurídicos actualizados y modernos, de salarios dignos para sus integrantes, de una reorganización de su institución y sus procesos, de un equipamiento mínimo, además de un servicio profesional de carrera que le dé solidez y continuidad a la formación y consolidación de cuadros, no ha permitido que al día de hoy exista un verdadero equilibrio en el sistema entre este actor y los demás.

No obstante, la experiencia empírica de los estados donde el nuevo sistema se ha implementado muestra que este operador ha tenido mucha capacidad de adaptación a las nuevas reglas y, aun con el rezago en salarios, capacitación e infraestructura, su avance ha sido significativo frente a los demás operadores e, incluso, ha sido un factor de presión para el mejoramiento de la formación y prácticas de sus contrapartes.⁵⁰

Una de las bondades del nuevo sistema para este operador es el deber constitucional de homologar sus salarios con el Ministerio Público⁵¹. Así también, para que exista un buen equilibrio y efectivos controles entre los operadores del sistema, es básico que esta institución cuente con autonomía financiera, técnica y de gestión que le permita poder enfrentar la defensa de cualquier inculpado con la mayor libertad que le dan las anteriores características. Es decir, que esté blindada contra cualquier tentación de los titulares de los poderes de querer influir en la defensa pública y que ésta ejerza sus competencias con total apego a su función institucional, libre y sin miedo de ser sometida a represalias que le puedan impactar en sus presupuestos o en la remoción de alguno de sus miembros.

Al día de hoy, esta institución tiene distintas adscripciones dentro de la estructura orgánica de los poderes, ya que puede pertenecer al poder ejecutivo,⁵² al poder judicial⁵³ o, incluso, hay casos en los que las defensorías públicas son instituciones con cierto grado de autonomía.⁵⁴ De lo que dependerá si la clasificación de los controles es intra o interorgánicos.

⁵⁰ De acuerdo con lo expresado en diversas entrevistas con los titulares de las defensorías de los estados de Hidalgo, Nuevo León, Morelos y Chihuahua. En estos estados, la mayor parte de los asuntos penales son llevados por las defensorías públicas.

⁵¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, párrafo 6.

⁵² La mayoría de las defensorías penales públicas se encuentran adscritas al Poder Ejecutivo, por ejemplo: la Dirección General de Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes, de Guerrero, del Distrito Federal, de Tabasco, entre otras.

⁵³ Bajo este esquema se encuentra la Defensoría del estado de Oaxaca, de Quintana Roo, de Veracruz, entre otros.

⁵⁴ Por ejemplo, el Instituto de la Defensoría Pública del Estado de México, desconcentrado de la Secretaría General de Gobierno del Estado de México; el Instituto de Defensoría Pública de Nuevo León, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía financiera, técnica y de gestión, entre otros.

Por otra parte, una de las debilidades importantes de este actor es que, en algunos estados, además de no contar con salarios homologados todavía, sus titulares dependen fuertemente del órgano de adscripción; y algunos de ellos tienen dentro del organigrama gubernamental puestos de bajo nivel, lo que no permite que existan perfiles de las mismas características orgánicas que los de su contraparte. Es determinante que dicha función tenga una dignificación en las partes jerárquica y económica, que si bien es cierto que no es la única que se necesita reforzar, sí es una de las básicas y estratégicas.

Además, una de las innovaciones en la implementación del nuevo sistema es el fortalecimiento y, sobre todo, la especialización y desarrollo de los órganos administrativos de apoyo a las áreas sustanciales de todos los operadores del sistema. En este sentido, es determinante que las defensorías públicas también refuercen este elemento que les permita no desviar recursos básicos a estos temas, es decir, que exista un área de apoyo administrativo que les gestione, por ejemplo, la ubicación y citación de un testigo o la contratación de determinada prueba pericial para hacer frente a la acusación en el juicio.

La Defensoría Penal Pública, al igual que la Procuraduría, debe prestar un servicio eminentemente técnico, por lo cual sus miembros tendrían que estar alejados de la posible intervención de cualquiera de los poderes, en su intento de manipular o politizar sus procesos. En síntesis, esta institución puede funcionar de forma desconcentrada o descentralizada dentro de alguno de los poderes o, incluso, puede plantearse su autonomía constitucional. Cualquiera de estas opciones debe asegurar las condiciones que mencionamos para que exista un equilibrio entre las partes, que permita que los controles del sistema en la materialidad verdaderamente funcionen.

Además, deben existir, conscientes de las funciones y características propias legales de cada operador, los mismos incentivos, de lo contrario se estaría vulnerando el principio de igualdad de armas, porque, si bien es cierto que este principio se refleja y tiene su clímax dentro del proceso, también es cierto que la igualdad debe partir desde el mismo origen, diseño y tendencia de las instituciones.

En cuanto al tema de los controles que existen para el adecuado funcionamiento de la Defensoría Penal Pública, encontramos el ejercido por el Ministerio Público al contrastar la veracidad de la teoría del caso elaborada por el defensor, por medio de la contradicción en la audiencia de juicio oral. Este mecanismo, al igual que en el caso del Ministerio Público, se sustenta con el ofrecimiento y desahogo de pruebas para desvirtuar la teoría, así como el análisis de la veracidad y credibilidad de los medios de prueba que desahoga el defensor para comprobar la teoría de la defensa.

De igual forma, el juez de control o de audiencia oral podrá controlar al defensor público o privado por medio de la advertencia que le realice el juez al imputado sobre un posible desempeño ineficiente cuando aquél no esté ofreciendo una auténtica defensa técnica, para que el imputado decida sobre su remoción o ratificación.⁵⁵

⁵⁵ Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 23, presentado al Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en la VI Sesión Ordinaria, celebrada el 09 de diciembre de 2010.

V. EL PODER JUDICIAL

Éste es el operador que, en gran medida, viene a jugar un rol especial como controlador de los demás actores del sistema, ya que se introducen dos figuras nuevas y se reforma la del juez del sistema mixto a la del juez de juicio oral. En cuanto a las dos nuevas figuras, nos estamos refiriendo al juez de control y al juez de ejecución de las sanciones.⁵⁶

En este sentido y como ya se había argumentado, los policías estarán orientados y, en cierta medida, controlados por los fiscales; sin embargo, el verdadero y el mayor número de controles de estas actuaciones estará a cargo de los jueces de control, aclarando que éstos no pueden solicitar la realización de una diligencia, ya que su función principal es la de controlar las que realice el fiscal. Esta última es una de las principales diferencias entre el juez de instrucción, que se da en contextos como España, y el juez de control mexicano; además, se elimina esta posibilidad propia de los sistemas mixtos.

El juez de control tendrá la posibilidad de controlar las actuaciones del fiscal y de la policía, así como las pruebas que se van a desahogar en el juicio oral, mientras que el juez de juicio oral juzgará con los elementos que, exclusivamente, se introduzcan en la Audiencia de Juicio Oral. Es aquí donde vemos con más intensidad una de las nuevas lógicas de este sistema, que no es otra que la de crear equilibrios y controles entre todos los operadores, así como en el interior de los mismos, ya que existe una incompatibilidad para ser juez de juicio oral de una causa cuando el juez ha conocido de la misma en una anterior etapa (por ejemplo, como juez de control de la causa).

La Reforma Constitucional de 2008 estableció dos tiempos para la implementación de la reforma penal. Un primer plazo a los tres años y que tiene que ver principalmente con el rediseño de todo el modelo de reinserción social y la creación de un juez de ejecución, y otro plazo de ocho años para el resto del sistema penal, tanto en la competencia estatal como en la federal.

En este sentido, uno de los nuevos jugadores que va a entrar a operar este nuevo sistema es el juez de ejecución, cuya principal función será controlar la ejecución de la sentencia y, principalmente, la actuación de la administración penitenciaria. Actualmente, el debate se encuentra en la conceptualización y alcances de esta nueva figura, ya que mientras un sector pugna por que este juez solamente modifique sentencias, otros buscan que también controle todas aquellas actuaciones que vulneren directamente derechos fundamentales, y por su parte, otro sector prefiere una figura más activa del juez de ejecución que pueda incluso entrar a vigilar más aspectos de la administración penitenciaria.

Independientemente del modelo que se adopte, es indiscutible que va a existir tensión en los primeros momentos de la implementación de este sistema entre jueces de ejecución y las administraciones de los centros penitenciarios; pero también va a estar influido por el marco de las funciones que cada uno de estos actores vaya a tener, es por eso que se debe tener cuidado en el diseño de límites y controles que se establezcan

⁵⁶ En cuanto a trabajos específicos de jueces de control, puede verse a Sánchez Zepeda, Rodolfo, *El juez federal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.

entre estos dos operadores, ya que si no se realiza con cuidado puede llegar a colapsar al sistema penitenciario.

En este sentido, es importante, antes de diseñar el marco jurídico, conocer la infraestructura con la que se cuenta y hacer un diagnóstico real y serio de hasta dónde, en este momento, se puede instalar un determinado modelo de juez de ejecución, así como un eficaz modelo de reinserción. Creemos que es importante, en este tipo de temas, que se pueda abordar con una prudente gradualidad.⁵⁷

Además de lo anterior, se debe considerar que los jueces de ejecución deben tener no sólo un perfil eminentemente jurídico, sino que, además, deben contar con una sólida formación en criminología y conocer especialmente el Derecho Penitenciario, disciplina que, en nuestro país, está poco desarrollada, pero que tendrá que evolucionar y es aquí donde las universidades también deben impulsar en sus planes de estudio un cambio importante.

En este contexto, otro de los cambios orgánicos importantes dentro del poder judicial es la desaparición de los secretarios de acuerdos, función que ahora asumirán los jueces. Asimismo, en las tareas administrativas es cada vez más frecuente la creación de una figura que empieza a ser adoptada en algunos estados que ya incorporaron el sistema adversarial, la figura de los administradores de tribunales, quienes asumirán todas las funciones administrativas de los juzgados, entre las que pueden destacar: contrataciones, licitaciones de materiales, notificaciones, agendas de audiencias, etc., además de que esta figura da estos servicios a un grupo de jueces, lo que ayuda a optimizar recursos y tiempos administrados por un profesional de estos temas,⁵⁸

El ingreso de esta nueva figura puede crear cierta tensión con los jueces, ya que, en el fondo, regularmente eran ellos quienes controlaban las áreas mencionadas. Aunque se pueda ver como una eliminación de funciones que tenían los jueces, lo que se busca es que éstos no pierdan tiempo ni esfuerzo en ver situaciones no sustantivas de la impartición de la justicia.

Por otro lado, es importante señalar que en el proceso de implementación los poderes judiciales han jugado un rol estratégico e, incluso, en muchos casos han liderado el proceso. Una de las bondades de este poder es que se encuentra fuera de las coyunturas y cambios políticos propios de los órganos ejecutivos; también tiene estructuras institucionales sólidas, como puede ser un buen servicio profesional de carrera, institutos fuertes de capacitación, áreas de planeación y estadísticas con buenas bases de datos que permiten tomar decisiones con datos duros, por mencionar algunas.

Sin embargo, por su naturaleza constitucional de ser una instancia de impartición de justicia y no una instancia ejecutiva de políticas públicas, su papel debe ser más de impulso y de verificación de esfuerzos de los órganos e instancias ejecutivas, de lo contrario, como comentamos, rompería y podría desvirtuar su naturaleza funcional

⁵⁷ En este sentido, es importante conocer los modelos comparados para poder partir de experiencias exitosas. Al respecto, puede verse el trabajo del profesor José Zaragoza, quien analiza el modelo español, y que puede ser un referente para México en este cambio institucional. Zaragoza Huerta, José, *Derecho Penitenciario Español*, Monterrey, México, Elsa G. Lazcano, 2007.

⁵⁸ Véase *El sistema penal acusatorio en México: Estudios sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Consejo de la Judicatura Federal, 2008, p. 127 y ss. Así como, Sáez Martín, Jorge Eduardo, *La Organización y Administración de los Nuevos Tribunales: La Otra Reforma*, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2007.

y jurídica dentro de la división de poderes del constitucionalismo mexicano. Incluso, desde la visión del proceso de implementación de la reforma penal, el papel de este actor debe ser el de controlador del proceso, independientemente de que, al interior de su estructura, su responsabilidad sea implementar el sistema.

Como ya lo hemos mencionado, el rol del poder judicial en este nuevo sistema es ser el controlador de los actores, el conductor de la audiencia y el juzgador de la causa con base en la información vertida en la Audiencia de Juicio Oral. Sin embargo, los actores también pueden controlar al poder judicial por diversos medios.

Uno de los principales controles que encontramos es la presentación de los diversos recursos para impugnar las diferentes resoluciones de los jueces de control, los jueces de ejecución de sentencias y los de audiencia de juicio oral. Por ejemplo, los actores podrán presentar un recurso de revocación sobre las resoluciones del presidente del Tribunal sobre la conducción de la audiencia o sobre la calificación de procedente o improcedente de las objeciones realizadas a los cuestionamientos en los interrogatorios.⁵⁹

Mientras que con el recurso de apelación podrán controlar al juez de control por la imposición de medidas cautelares, la suspensión de un procedimiento a prueba, una sentencia definitiva en procedimiento abreviado, entre otras resoluciones.⁶⁰ Y con el recurso de nulidad controlarán el respeto al debido proceso penal por medio de la impugnación de la sentencia, haciendo valer agravios por violación del proceso penal.⁶¹ Mientras que al juez de ejecución de sentencias se le podrá controlar por medio del recurso de apelación en contra de sus resoluciones.⁶²

Cabe destacar que la presentación y activación de los recursos es un control interorgánico si lo lleva a cabo el Ministerio Público o la Defensoría Penal Pública, y un control extraorgánico si es presentado por el defensor privado. Aunque debemos señalar que la presentación de cualquier recurso tiene como consecuencia el ejercicio de un control intraorgánico, que es la resolución del mismo por el órgano jurisdiccional superior del juez o tribunal que dictó la resolución impugnada.

Por otro lado, el Poder Judicial Federal podrá ejercer un control interorgánico vertical por medio de la resolución de un amparo presentado por alguno de los actores de una causa penal específica e, incluso, y por tratarse de juicios en los que están en juego derechos humanos, podrá existir la posibilidad de que aquéllos sean controlados por tribunales internacionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Aparte de los controles anteriores, encontramos algunos que van dirigidos a garantizar el proceso cuando se restringe la libertad de las personas, por lo cual se han establecido controles interorgánicos especiales para hacer cumplir el plazo constitucional de 72 horas, ya que cuando dentro de este plazo el centro de detención no recibe notificación

⁵⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 41, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 447.

⁶⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 414, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 450.

⁶¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, artículo 419, y Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 456. Es de resaltar que en el caso de Chihuahua, a este recurso se le denominó como “de casación”, pero tiene como fin el mismo que el recurso de nulidad en Zacatecas.

⁶² Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa, artículo 27.

de prisión preventiva o de libertad, el titular del centro llamará la atención al juez de control para que resuelva sobre el mismo y, en caso de no recibir la notificación dentro de las 3 horas siguientes, dejará en libertad al detenido.⁶³

De igual forma, el imputado podrá controlar extraórgánicamente al juez de control durante el proceso de revisión de la prisión preventiva por el incumplimiento de los plazos, ya que podrá urgir el pronto despacho dentro de las próximas 24 horas y, si aun así no responde, le corresponderá la libertad. Este último tipo de control deriva en un control intraorgánico, ya que es aplicado por el Tribunal Superior u órganos disciplinarios del juez de control; de igual forma, éstos podrán imponer sanciones por la dilación en la resolución de la revisión de la prisión preventiva.⁶⁴

VI. LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

Esta institución es una de las que mayores recursos va a requerir tanto en el aspecto de su infraestructura (principalmente construcción de nuevos centros penitenciarios) como, sobre todo, en la contratación y formación de sus estructuras humanas, ya que tanto el cuerpo de custodios como todas las demás áreas involucradas en el actual modelo de readaptación social en la mayor parte de los estados tienen serias debilidades estructurales, como la ausencia, ya no digamos de un sólido servicio profesional de carrera, sino de elementos básicos que les aseguren condiciones mínimas de satisfacción laboral, como la estabilidad laboral, salarios decorosos, seguridad del personal, así como incentivos laborales.

Como se ha venido insistiendo, dos de los pilares del nuevo sistema son los servicios periciales y los sistemas penitenciarios. Estos dos pilares también son, en gran medida, los que más van a requerir de fuertes inyecciones de recursos, porque el equipamiento, tanto de las nuevas instalaciones de periciales como de las penitenciarías, es costoso, así como la formación del capital humano para que opere estos servicios. Además de lo costoso, lleva su tiempo, ya que existe un déficit histórico importante de inversión y capacitación en estas dos instituciones para poder ponerlas al nivel de las necesidades del nuevo sistema.

Con la reforma al sistema penitenciario se redistribuye la competencia para la modificación de sentencias penales al poder judicial, con lo cual al Sistema Penitenciario le eliminan, entre otras competencias, las de decretar la libertad condicional, la remisión parcial de la pena, la reducción total de ésta y el tratamiento preliberacional, si no cuenta con la autorización de un juez de ejecución de sentencia penales.⁶⁵ Si se limita estrictamente a la mencionada reforma constitucional, el anterior sería el único cambio. No obstante, existe una tendencia para que también controle otros aspectos de la

⁶³ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 321.

⁶⁴ Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, artículo 63.

⁶⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 21, párrafo tercero.

administración, como puede ser el traslado de reos a otros centros penitenciarios, entre otros.⁶⁶

Sin embargo, en experiencias de implementación local se ha identificado que al sistema penitenciario se le ha impuesto también un control jurisdiccional sobre los derechos consignados en los tratados y demás instrumentos jurídicos de carácter internacional ratificados por el Estado Mexicano, por medio de la presentación de recursos de inconformidad. Por ejemplo, se pueden activar estos mecanismos en los casos de inconformidades por la imposición de sanciones por parte de la autoridad penitenciaria, tal es el caso de Sinaloa y Durango.⁶⁷

Otro control interorgánico que se ha detectado en los estados de la Federación es el deber legal de los jueces de ejecución de supervisar la ejecución de sentencias en los centros penitenciarios, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos, como se observa en el estado de Durango, donde el juez de ejecución de sentencias tiene este deber, más allá del puro control de la ejecución y modificación de penas.⁶⁸

VII. CONCLUSIONES

Como ya se pudo observar, el nuevo sistema de justicia penal que se está implantando en México, además de ser un cambio jurídico, es principalmente un cambio en los límites, equilibrios y controles entre los operadores institucionales del sistema penal y en los dos actores centrales del proceso: la víctima y el imputado.

Este nuevo sistema y su instrumentación, que tiene dos vías, una federal y otra local, podrá tener variantes en el diseño de estos límites y controles dependiendo de las características propias del estado; sin embargo, para su definición, siempre debe estar informado y delimitado por los principios constitucionales; no obstante, debemos reconocer que, derivado de ese marco de movimiento que la misma Constitución le permite para ser desarrollado y definido en sus leyes secundarias, podrán existir variantes principalmente influenciadas e impactadas por temas como la seguridad pública y su percepción, el *lobby* que cada uno de los actores institucionales haga al momento de realizar y debatir las leyes, la participación de las organizaciones ciudadanas, así como las organizaciones internacionales y las experiencias nacionales y extranjeras donde el sistema ya está funcionando. Todo lo anterior serán factores decisivos para la definición de los límites y controles de los sistemas que se están diseñando e implementando en un determinado contexto jurídico.

⁶⁶ Sarre, Miguel, “Debido Proceso y Ejecución de Penas”, *Reforma Constitucional de 2008*, colaboración en la obra *25 años, 25 voces en la educación judicial*. Edición conmemorativa del 25 aniversario del Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

⁶⁷ Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Durango, artículo 11, fracciones VII y VII; Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa, artículo 25, fracción II, entre otros.

⁶⁸ Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Durango, artículo 11, fracción VI; Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa, artículo 26.

En conclusión, independientemente del diseño de límites y controles del poder que se adopten, debe quedar bien claro que el gran reto de esta reforma es crear nuevas instituciones fuertes, así como reformar y consolidar las ya existentes. Si no existe esta premisa básica, el sistema que sea va a fracasar porque los límites y controles son una parte del andamiaje institucional y si éste no es sólido, aquéllas no funcionan, ya que podrán existir formalmente pero materialmente serán poco efectivas.

Estamos en una importante coyuntura histórica para cambiar lo que hemos visto que no nos está funcionando, y si bien es cierto que la transición democrática debe ir acompañada de una transición en los sistemas de justicia, debemos cuidar que estas transiciones lleguen a consolidarse y no se muevan a la manera de un péndulo entre periodos autoritarios y periodos democráticos. Esto lleva tiempo y debemos tener paciencia; pero, sobre todo, entereza para consolidar nuestras endeble instituciones democráticas y de justicia.

VIII. REFERENCIAS

BARCELÓ ROJAS, Daniel (coord.), *La Reforma del Estado, propuestas del IJJ-UNAM para la actualización de las relaciones entre poderes del sistema presidencial mexicano*, México, D.F., IJJ-UNAM y Senado de la República, 2009.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Estrategia para el desahogo de la prueba en el juicio oral*, México, D.F., Flores Editor, 2010.

CARPIZO, Jorge, “El Ministerio Fiscal como órgano constitucional autónomo”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 125, Madrid, 2004.

CARPIZO, Jorge, “El Ministerio Público chiapaneco como órgano constitucional autónomo”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 14, enero-junio 2006. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/14/cl/cl12.htm>.

Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=51496&nIdRefVig=19&iEdo=6&core=930767239&cTit=CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA&Estado=Chihuahua>).

Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=57615&nIdRefVig=12&iEdo=16&core=350444973&cTit=CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE MORELOS&Estado=Morelos>).

Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas (<http://www2.scjn.gob.mx/>

legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=56865&nIdRefVig=4&iEdo=31&core=438183010&cTit=CODIGO PROCESAL PENAL PARA EL ESTADO DE ZACATECAS&Estado=Zacatecas).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/130_13042011.doc)

Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=3509&nIdRefVig=93&iEdo=7&core=895488918&cTit=CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA&Estado=Coahuila>).

DECRETO 299: POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE CHIAPAS, publicado el 28 de septiembre de 2007 en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas núm. 050, t. III, p. 2. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Chiapas/04183111.pdf>

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián (eds.), *Desafíos del Ministerio Público Fiscal en América Latina*, Chile, CEJA, 2003.

EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO: ESTUDIOS SOBRE SU IMPLEMENTACIÓN EN EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, México, D.F., Suprema Corte de Justicia de la Nación y Consejo de la Judicatura Federal, 2008. GACETA PARLAMENTARIA DE LA CÁMARA DE SENADORES DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, núm. 42, Año 2004, 1er Año de Ejercicio, Segundo Periodo Ordinario de la LIX Legislatura, jueves 1 de abril de 2004. Decreto 265: Por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chiapas, publicado el 09 de noviembre de 2004 en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, núm. 269, t. II, p. 2. Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Textos/Chiapas/04183102.pdf>).

GALLARDO ROSADO, Maydelí, *El nuevo rostro de la justicia penal en México. Principio de oportunidad, una realidad a enfrentar*, México, Porrúa, 2011.

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN DIVERSOS ARTÍCULOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, presentada por el C. Presidente de la República Felipe Calderón Hinojosa, Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Senadores del H. Congreso de la Unión, núm. 153, Año 2010, 1er Año de Ejercicio, Primer Periodo Ordinario de la LXI Legislatura, jueves 04 de octubre de 2010. Disponible en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=2&id=5465&lg=61>

Ley de Ejecución de las Consecuencias Jurídicas del Delito del Estado de Sinaloa (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=22166&nIdRefVig=5&iEdo=24&core=751384914&cTit=LEY DE EJECUCION DE LAS CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO DEL ESTADO DE SINALOA&Estado=Sinaloa>).

Ley de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Estado de Durango (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=70790&nIdRefVig=3&iEdo=9&core=992504299&cTit=LEY DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL ESTADO DE DURANGO&Estado=Durango>).

Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública (<http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/64772002.doc>).

Ley Orgánica del Instituto Jalisciense de Ciencias Forenses (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=12032&nIdRefVig=3&iEdo=14&core=751842678&cTit=LEY ORGANICA DEL INSTITUTO JALISCIENSE DE CIENCIAS FORENSES&Estado=Jalisco>).

Ley que Crea el Instituto de Servicios Periciales del Estado de México (<http://www2.scjn.gob.mx/legislacionestatal/Reformas.asp?nIdLey=40463&nIdRefVig=1&iEdo=10&core=207622707&cTit=LEY QUE CREA EL INSTITUTO DE SERVICIOS PERICIALES DEL ESTADO DE MEXICO&Estado=Estado de México>).

LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1986.

PROYECTO DE CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, presentado al Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en la VI Sesión Ordinaria celebrada el 09 de diciembre de 2010.

SÁEZ MARTÍN, Jorge Eduardo, *La organización y administración de los nuevos tribunales: la otra reforma*, Santiago, Chile, Editorial Metropolitana, 2007.

SÁNCHEZ ZEPEDA, Rodolfo, *El juez federal especializado en medidas cautelares*, México, Porrúa, 2010.

SARRE, Miguel, “Debido Proceso y Ejecución de Penas. Reforma Constitucional de 2008”, colaboración en la obra *25 años, 25 voces en la educación judicial*, Edición conmemorativa del 25 aniversario del Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, D.F., Instituto de Estudios Judiciales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2010, se puede consultar en (http://dl.dropbox.com/u/12770688/Sarre_%20Reinserci%C3%B3n%20social%20TSJDF%2025%20Aniversario%20IEJ%20Oct%20%202010%20versi%C3%B3n%20final.pdf).

TORRES ESTRADA, Pedro Rubén, “La transición política y la reforma constitucional en las entidades federativas. El caso de México”, en TORRES ESTRADA, Pedro Rubén y NÚÑEZ TORRES, Michael (coords.), *La Reforma Constitucional sus implicaciones jurídicas y políticas en el contexto comparado*, México, Porrúa, 2010.

ZARAGOZA HUERTA, José, *Derecho Penitenciario Español*, Monterrey, México, Elsa G. Lazcano, 2007.

EL CONSEJO DE COORDINACIÓN
Y SU SECRETARÍA TÉCNICA
COMO ENTES COORDINADORES
Y COADYUVANTES
DE LA IMPLEMENTACIÓN

Felipe Borrego Estrada



Licenciado
Felipe Borrego Estrada

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Zacatecas, con estudios internacionales en Derecho Mercantil y Derecho de Competencia en la Universidad de Salamanca, España.

Ha sido autor de numerosos artículos y publicaciones en materia legal, profesor universitario, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas y Diputado Federal en la LX Legislatura por Zacatecas.

Se desempeña actualmente como Secretario Técnico del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación.

I. Orígenes de la Reforma

La Reforma Constitucional al sistema de justicia penal de junio de 2008 es el resultado más visible de las exigencias de diversos sectores de la sociedad nacional y comunidad internacional por transformar un sistema de justicia penal lento e ineficiente a los ojos de todos, un sistema caduco, anquilosado que no garantiza un efectivo acceso a la justicia como derecho fundamental de las personas, ni para los imputados, ni para las víctimas, y por lo tanto, para la sociedad en su conjunto, lo que genera desconfianza en las instituciones y debilita su consolidación. Era importante un cambio radical para que este país pudiera modificar sus estructuras no solamente en el “como” sino también en el “que” del sistema de justicia penal.

Desde el año 2003 el tema de la reforma constitucional penal y los juicios orales se volvió focal en los foros académicos, discursos políticos y propuestas reformadoras de diversos sectores que exigían un cambio en el modelo de justicia a toda luz inoperante y rebasado, y proclamaban la necesidad de una reestructuración integral del funcionamiento y forma de ser de las instituciones de seguridad pública, procuración e impartición de justicia. Desde entonces se hicieron varias encuestas serias especializadas en estos temas, las cuales coincidieron en que la credibilidad social que se tenía de las instituciones de seguridad pública y justicia penal, y sus respectivos actores: policías, ministerios públicos y jueces, no era la más deseable. Si a eso le sumamos factores como la sobrepoblación penitenciaria y la necesidad de la actualización del marco legal mexicano en relación a estándares internacionales, la necesidad de una transformación radical era evidente, muchos países latinoamericanos como Guatemala, Costa Rica, Colombia, Chile y Argentina ya había comenzado a trabajar desde hacía algunos años en las reformas a sus sistema de justicia penal y México tenía que ponerse a la par en este tema.

En este contexto, el 29 de marzo de 2004 el Presidente Vicente Fox presentó una iniciativa muy ambiciosa de reforma penal y de seguridad ante el Senado de la República, en la cual proponía por un lado cambiar el sistema procesal penal mixto por uno de corte acusatorio y adversarial, y por otro darle más poder a las instituciones encargadas de prevenir y perseguir a la delincuencia sin embargo esta iniciativa no prosperó. Me parece que muchas de las razones por la cuales no se dio más trámite a la reforma presentada por el Presidente Fox era precisamente el tamaño de la reforma y la variedad de temas trascendentales que tocaba, no pudieron y no supieron por dónde comenzar a trabajar.

Más adelante, el tema de “los Juicios Orales”, como comúnmente se le hacía llamar al complejo tema del nuevo proceso adversarial y acusatorio, fue constante en las propuestas de campaña electoral hacia la presidencia del 2006; varios de los candidatos presidenciales, entre ellos Felipe Calderón, integraron en sus programas de gobierno la modificación y transformación del sistema penal mexicano.

Las opiniones y propuestas en torno a la necesidad de un nuevo de sistema de justicia acusatorio siguieron siendo constantes en los foros académicos y de la sociedad civil, incluso algunas entidades federativas como Chihuahua y Oaxaca empiezan a tomar acciones para la modificación de sus sistemas de justicia. También hay estados como

Durango, Zacatecas y Morelos donde antes de la reforma constitucional ya habían empezado a trabajar sobre la implementación de un nuevo sistema de justicia acusatorio. Un ejemplo también importante es el estado de Nuevo León, que se identifica como un referente nacional interesante porque comienza a revolucionar por medio de instituciones de la ciudad de Monterrey lo que era el sistema de justicia penal solo en lo que se refiere a los delitos menores. De ahí nace en buena parte las dos formas de implementación que posteriormente se van a identificar en relación al nuevo sistema de justicia que ordena la reforma, la implementación por región y la implementación por tipo de delito.

Es así como en el 2006, con el nacimiento de la Sexagésima Legislatura de la Cámara de Diputados y de la Cámara de Senadores y el inicio del período constitucional del Presidente Felipe Calderón, empiezan a verse ya propuestas concretas y serias sobre las modificaciones necesarias del sistema de justicia penal. En la Cámara de Diputados se presentan ocho iniciativas de varios partidos, entre las cuales está la iniciativa del Presidente Fox, algunas iniciativas coincidentes del Presidente Calderón, iniciativas de diputados en lo personal y propuestas de algunas fracciones, con lo que se empieza a trabajar en lo que sería la reforma Constitucional.

Por otro lado, la sociedad civil organizada, preocupada también por estas inquietudes, presenta proyectos al Congreso de la Unión para que fueran tomados en cuenta como iniciativas, aunque como bien sabemos en México no existen las iniciativas ciudadanas, por lo que algunos diputados las tomaron como propias y las sumaron al gran número de propuestas que se tenían, algunas de estas completas e integrales en cuanto al sistema de seguridad y justicia y otras que se enfocaban solo en ciertos puntos como los jueces de ejecución de sanciones o los medios alternos de solución de controversias.

Con base a estas iniciativas se empieza a trabajar de una manera seria sobre la reforma, primero en la Cámara de Diputados, exclusivamente en lo que es la Comisión de Justicia y después en la Comisión de Puntos Constitucionales. Posteriormente empieza a verse la necesidad de que se estudie paralelamente todo el trabajo que se tenía en ambas comisiones exclusivamente en el tema de reformas constitucionales al sistema de justicia y seguridad.

Después se toma la decisión en la mesa directiva de la Cámara de Diputados de comisionar a un diputado por cada una de las fracciones que conformaban los tres partidos mayoritarios, esto es PAN, PRI y PRD, quienes empezaron a trabajar en el tema de la reforma al sistema de justicia penal, independientemente de las comisiones de justicia y seguridad. Creció el trabajo y se vio la necesidad de que este tema se estudiara en conferencia, pues era de la mayor trascendencia y se corría el riesgo de que si se veía en la Cámara de Diputados y después en la de Senadores y estos últimos plantearan la necesidad de modificar el texto de algún artículo se tendría que regresar el proyecto y eso iba a alargar mucho el trámite legislativo.

Se tomó el acuerdo entre la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores para trabajar en conferencia y comisionar representantes de estas mismas tres fracciones, entonces había representantes del Senado por fracción del PRI, por fracción del PAN y por fracción del PRD. Se empezó a trabajar sábados y domingos, se trabajaba fuera de las cámaras y dentro de las cámaras; en algunos momentos en la Cámara de Senadores

otra en la Cámara de Diputados, en ciertas ocasiones incluso se tuvieron que rentar salones de hoteles que fueran convergentes para ambas cámaras y poder trabajar ahí fines de semana en las tardes para poder darle celeridad a esta reforma constitucional. Cada uno de los equipos que conformaban las fracciones tenían sus asesores propios como académicos y litigantes reconocidos.

Esos trabajos en conferencia dieron como resultado un producto final que se subió a la Cámara de Diputados, que era la cámara de origen, y se presentó a consideración de las dos comisiones: la de Justicia y la de Puntos Constitucionales, aprobándose por unanimidad en el año 2007. Después en la misma Cámara cuando se presenta en el pleno, se enfrenta un problema sobre una cuestión muy concreta, no sé si alguno de ustedes recuerde el problema del allanamiento que también venía en la iniciativa de reformas. Como se necesitaban dos terceras partes de quórum para aprobar la reforma y no solo se buscaba cumplir con un número o un porcentaje legal sino lo que se quería el consenso general de todos los partidos políticos y diputados, debido a la importancia de la reforma, se bajó el tema concreto del allanamiento lo que dio pié a que la reforma caminara por una vereda mucho más rápida y se aprobara por unanimidad de fracciones, sin embargo algunos diputados en lo individual votaron en contra, pero fueron los menos.

Es así como pasa a la Cámara de Senadores en donde se hacen modificaciones mínimas. Luego regresa a la Cámara de Diputados para que aprueben las modificaciones del Senado y mandarán a las legislaturas locales la minuta aprobada. Esto da como resultado el nacimiento de la Reforma Constitucional del 18 de junio del año 2008. Ese día se publica, en el Diario Oficial de la Federación, por el Presidente de la República el decreto donde se reforman los diez artículos constitucionales que todos ustedes conocen y se analizarán con profundidad en éste diplomado.

II. Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal

La reforma constitucional en sus artículos transitorios habla de la necesidad de contar con un Órgano de Coordinación para la implementación integrado por los representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales; así como una Secretaría Técnica que ejecute los acuerdos de este organismo. Es así como se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, instancia gubernamental encargada de dirigir y diseñar las estrategias pertinentes para la materialización del nuevo modelo de justicia contenido en la reforma constitucional mencionada, con el propósito de que su operación y funcionamiento sean integrales, congruentes y eficaces en todo el país y respetuosos de los principios establecidos por la propia Constitución.

Este órgano está integrado por los Tres Poderes Federales, el Poder Legislativo representado por un Diputado y por un Senador, en un acuerdo inicial que todavía

sigue vigente, el diputado y senador pertenecen a un partido político diferente los dos que tengan las mayorías en cada una de sus cámaras. El Poder Judicial Federal representado por un ministro, nombramiento que al principio ocupó el nunca bien llorado Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, gran promotor y aliado de la reforma constitucional. Al fallecer el Ministro Gudiño en el mes de septiembre del año pasado, el pleno designa al Ministro Juan Silva Meza, ahora presidente de la Suprema Corte, quién al ser nombrado Presidente deja de tener esa representación, por lo que finalmente designa al Ministro Sergio Valls actual representante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el consejo de Coordinación para la implementación, existe también un representante del Consejo de la Judicatura Federal, el Magistrado Óscar Vázquez Marín. Como representantes del Poder Ejecutivo Federal están el Secretario de Gobernación, quien preside este Consejo; el Consejero Jurídico del Ejecutivo Federal, el Secretario de Seguridad Pública y el Procurador General de la República. Como representantes de los poderes de las entidades federativas se encuentra un representante de la Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, un representante de la Conferencia de los Secretarios de Seguridad Pública y un representante de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados (CONATRI). Por último se integran al Consejo un representante de la sociedad civil y un representante de la academia, cargos que ocupan Alejandro Martí y Miguel Sarre actualmente.

Como ven están representados en el ámbito federal y en ámbito local primordialmente las instituciones que tienen injerencia directa en la reforma y quienes van a operar el nuevo sistema de justicia penal, ese fue el espíritu por el cual se integra de esta manera el Consejo de Coordinación.

Por otro lado, las principales funciones del Consejo de Coordinación son: emitir los acuerdos para los lineamientos, normas, procedimientos e instrumentos normativos necesarios para complementar con su objeto; elaborar las políticas, programas y mecanismos necesarios para instrumentar una estrategia nacional para la implementación de la reforma; diseñar criterios para reformas constitucionales y legales; proponer cambios organizacionales y de infraestructura requerida; emitir los lineamientos para la evaluación y seguimiento de las acciones necesarias para la implementación; aportar los programas de capacitación y difusión del nuevo sistema de justicia; elaborar los criterios para la suscripción de convenios y analizar los informes que remita la Secretaría Técnica.

Desde su instalación en junio del 2009 el Consejo ha sesionado en siete ocasiones y entre otras cosas ha elaborado acuerdos por los que se aprueban el Programa de Capacitación y Difusión de la SETEC; la Estrategia de Implementación de la Reforma Constitucional en las Entidades Federativas; los Criterios Generales de los Cambios Organizacionales para la Implementación del Sistema de Justicia Penal; los Criterios Generales en los Temas de Tecnologías de la Información y Comunicación y los lineamientos para el seguimiento y la evaluación de la reforma penal en México.

Quiero decirles que el Consejo es muy proactivo, no solamente se mueve en el

ámbito de las juntas y de las reuniones que se tienen programadas para cumplir con el ordenamiento y normativa interna, sino que fuera de estas reuniones formales se tiene constante comunicación por parte de la Secretaría Técnica para nutrir y tener actividades propias y así llegar a las sesiones ya con consensos suficientes para poder transitar hacia los acuerdos necesarios.

III. SETEC

A la par de que nace el Consejo de Coordinación, nace su instancia operadora, que es la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC). La SETEC es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación que tiene como finalidad fungir como el órgano técnico ejecutivo de los acuerdos y decisiones del Consejo de Coordinación, así como coadyuvar con las autoridades de las entidades federativas y de la Federación, que así lo soliciten, en el proceso de implementación del Sistema de Justicia Penal. Fue creada mediante Decreto Presidencial publicado el 13 de octubre de 2008 en el Diario Oficial de la Federación cumpliendo con el mandato constitucional del artículo noveno transitorio del Decreto de Reformas y adiciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado el 18 de junio de 2008.

Entre las funciones de la SETEC destacan las siguientes: coadyuvar y apoyar a las autoridades locales y federales en la implementación; evaluar y dar seguimiento a los programas de coordinación; proponer y operar en las instancias correspondientes los proyectos de reformas tanto legales como constitucionales; ejecutar las acciones necesarias para el cumplimiento de los acuerdos; elaborar los programas de capacitación; realizar los programas de difusión; suscribir convenios; entre otras atribuciones con miras a la coordinación de la implementación.

No obstante es fundamental no perder de vista la naturaleza propia de la Secretaría Técnica establecida en la misma reforma constitucional, el transitorio dice: “La Secretaría Técnica será apoyo y coadyuvante de las entidades, de los estados y de la federación cuando así lo soliciten”. Es muy importante poner atención a esta última frase, pues existe una idea errónea de que la Secretaría Técnica es quien ejecuta la implementación de las reformas constitucionales y no es así, esta solo actúa como coadyuvante e instancia de apoyo para la implementación en los estados y la Federación cuando así se le solicite, es decir no tiene poderes ejecutivos. Si un estado, como ya ha sucedido, dice “yo no necesito de la Secretaría Técnica” la Secretaría Técnica no puede actuar, está supeditada a la solicitud de dicha entidad federativa, pues es solo un órgano de coadyuvancia.

Para abordar el proceso de reforma de manera integral la Secretaría Técnica ha trabajado en base a cinco grandes ejes: normatividad, coordinación interinstitucional, capacitación y difusión, asistencia técnica y administración; a partir de ellos se derivan las relaciones y labores con instituciones y actores involucrados que llevan a cabo las 5 Direcciones Generales que la integran.

IV. Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos

La Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos tiene por objetivo realizar los estudios especializados en materia de seguridad pública y justicia penal necesarios para la implementación del sistema de Justicia Penal en los ámbitos federal, estatal, municipal y del Distrito Federal; diseñar propuestas de reformas legislativas a los ordenamientos federales, estatales, municipales y del Distrito Federal; y elaborar toda clase de instrumentos normativos, escritos, consultas y opiniones relacionados con las actividades del Consejo de Coordinación y la Secretaría Técnica.

Antes que nada es importante mencionar que esta área fue la encargada de coordinar la elaboración del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) con el objetivo de construir un instrumento legal que logre un sistema de justicia eficaz con pleno respeto a los derechos humanos y observancia del debido proceso legal, que optimice a su vez la capacidad institucional del estado en su labor de procuración y administración de justicia, señalando a los operadores jurídicos, de la manera más clara posible, las reglas que regirán al procedimiento penal, sin que exista una afectación al marco constitucional.

La propuesta partió de la identificación y análisis tanto de los proyectos legislativos existentes en el Congreso de la Unión como de los proyectos realizados por otras organizaciones que eran de conocimiento generalizado en el país, así como de la legislación vigente en diversas entidades federativas que ya cuentan con un nuevo sistema de justicia y leyes del ámbito internacional. Luego de analizar dichos textos normativos se identificaron sus coincidencias, divergencias y, en su caso, algunas áreas de oportunidad legislativa, en función de las bases constitucionales establecidas por la reforma y se procedió a confeccionar por parte de la SETEC, un documento de trabajo base o un esqueleto de lo que debe de tener un código procesal en base al nuevo en un sistema de justicia.

Más adelante se procedió a conformar en una primera etapa, una mesa de trabajo interinstitucional coordinada por la SETEC e integrada por representantes de instituciones o dependencias del sector público federal. Se celebraban reuniones por la tarde una o dos veces por semana con un representante de la Secretaría de Gobernación, de la Procuraduría General de la República, de la Secretaría de Seguridad Pública y de la Consejería Jurídica del Ejecutivo. En estas discusiones hubo temas álgidos, apasionados y con posiciones enfrentadas sobre cuestiones como el tema de conducción y mando de la investigación, por ejemplo, donde la policía decía una cosa y la procuraduría decía otra; o en relación a la cadena de custodia, que implica quien debe de proteger la prueba; incluso se discutió sobre en qué momento inicia el proceso, tema que aún es polémico. La sociedad civil y la academia también participaron en este proceso aportando comentarios sobre algunos aspectos que se comenzaban a definir.

Al final se conformó un primer anteproyecto de Código que se pone a consideración del Consejo de Coordinación el día 26 de julio del 2010, día que se entregó a todos los miembros del consejo para que aportaran sus observaciones a más tardar el día 31 de agosto de ese mismo año. Después algunos de los consejeros nos pidieron ampliar el plazo, por lo que al final se amplió casi un mes más.

Recibimos todas las aportaciones, algunas de ellas muy ricas, las cuales modificaban sustantivamente nuestro primer anteproyecto. El Poder Judicial Federal por ejemplo, hizo observaciones muy importantes por medio de algunos Ministros, magistrados y jueces; el INACIPE mandó un trabajo excepcional; la academia elaboró también sus propuestas por conducto del Consejero Miguel Sarre, etc. Se procesaron y sistematizaron todas las aportaciones y comentarios que nos dieron los consejeros o las instituciones que representaban, y se presentó nuevamente el Proyecto de Código modificado en la VI Sesión Ordinaria celebrada el 9 de diciembre del 2010, en donde se aprueba como un proyecto terminado y se instruye a la Secretaría Técnica para que lo remitiera a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, y esta concluyera las formalidades relativas a la exposición de motivos; el régimen transitorio; el capítulo de la acción penal privada y demás formalidades necesarias que enriquezcan el proyecto en mérito y pudiera ser presentado como iniciativa de Ley ante el Congreso de la Unión.

Como pueden ver este Proyecto de Código propone un modelo que integra puntos de vista de diversos sectores, el proceso que siguió la elaboración fue realmente socializado, con aportaciones diversas que enriquecieron el proyecto y que toma en cuenta diferentes ópticas: la meramente jurisdiccional, como la de la Suprema Corte; la óptica de la procuración de justicia y policía de investigación, la óptica legal encuadrada por el Ejecutivo Federal por medio de su Consejería Jurídica, la Óptica del Congreso de la Unión por medio de las aportaciones del Diputado y Senador, quienes al igual que otros consejeros aclararon que aprobaban el proyecto de forma no vinculatoria, la óptica de las entidades federativas y la óptica de la academia y a sociedad civil.

Este proyecto busca resolver muchas de las críticas que se han hecho hasta ahora al Nuevo Sistema de Justicia Penal, como la inexistencia de un verdadero equilibrio de derechos de inculpadados y víctimas; la rigidez del modelo frente a prueba ilícita y en cuanto al monopolio de la acción penal y el uso indiscriminado de mecanismos de terminación anticipada en detrimento del esclarecimiento de los hechos. Este puede ser el inicio y primer paso para lograr la armonización, o en su caso unificación de la legislación procesal penal en todo el país, logrando equidad en los procedimientos y facilitando la implementación de la Reforma en todo el territorio nacional.

En materia de Ejecución de sanciones la Dirección General del Estudios y Proyectos Normativos, elaboró los “Lineamientos en materia de ejecución de sanciones y del sistema penitenciario” para dar cumplimiento a las bases y principios constitucionales que plantean la transformación en dicha materia. Dichos lineamientos optimizan la capacidad del estado y regulan de manera clara y precisa las atribuciones y obligaciones de los operadores jurídicos, tanto en el ámbito jurisdiccional de la ejecución de penas como en el orden administrativo, logrando una separación de funciones muy clara entre ellas.

Estamos en espera de que las Cámaras el Poder Legislativo aprueben las reformas que deben darse con motivo de la ejecución de sanciones. Recordemos que hay una iniciativa presidencial reciente y existían ya cuatro, más otra que se sumó

recientemente, es decir seis, todas ellas en la Cámara de Diputados. Había también una minuta que venía de la Cámara de Senadores donde se hablaba sobre el tema concreto que dejó dictaminada la Comisión de Justicia de la sexagésima legislatura y se quedó en lectura ante el pleno, por lo que tiene que regresarse para dictaminarse nuevamente. Esperamos que en estos días que quedan del periodo ordinario de sesiones en la Cámara de Diputados, se pueda dictaminar y aprobar una iniciativa, o la combinación de varias, para poder tener un marco legal preferencial sobre el sistema de ejecución de sanciones y de reinserción social. Esperamos realmente que si no se aprueba en estos días, exista un periodo extraordinario para que pueda emitirse y cumplir con el mandato constitucional.

En materia de Justicia Alternativa se elaboraron los “Lineamientos en materia de mecanismos de justicia alternativa” a efecto de lograr despresurizar el sistema de justicia penal y concentrar sus fuerzas en los casos verdaderamente importantes, mediante diversos medios como la conciliación y la mediación, los cuales permiten llegar a soluciones entre las partes, sin tener que llegar al juicio oral. La justicia alternativa, como la mediación o los acuerdos reparatorios, pueden ser medios idóneos para reparar los daños sufridos, beneficiar a la víctima y lograr su participación activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito.

Si bien creemos que todos los temas de la reforma constitucional son importantes, hay algunos que exigen se aborden con más urgencia, como son los medios alternativos de solución de conflictos. Tan es así que varias entidades federativas han optado por generar una ley de medios alternos de solución de controversias antes de emitir su nuevo código procesal penal, de tal manera que los operadores de los sistemas penales, sobre todo los ministerios públicos, vayan interiorizando los nuevos mecanismos que implican el nuevo sistema de justicia. Así mismo para que la población conozca las salidas alternativas que brinda la reforma.

Por otro lado se contrató el estudio monográfico denominado “Medios de impugnación en el nuevo sistema de justicia penal acusatorio” a cargo del Dr. José Barragán Barragán, estudio crítico comparado, en el cual se analizan los distintos medios de impugnación que imperan en el nuevo sistema de justicia penal, sus características, sus alcances y sus efectos. Los medios de impugnación varían según el código de procedimientos penales de cada estado, en algunos por ejemplo se prevé la casación como medio para impugnar la sentencia y en otros lo tienen como apelación, lo que nosotros proveemos son lineamientos generales en el tema. Así mismo se contrató un estudio sobre las garantías y derechos procesales de las víctimas del delito. Recuerden que muchas de las garantías de las víctimas no aparecían anteriormente en la constitución, por lo que se requiere hacer un estudio a fondo sobre los nuevos derechos que introduce la Reforma.

Todos estos documentos a cargo de la Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos los tienen publicados en la página web de la Secretaría Técnica es www.setec.gob.mx, ahí aparecen como aparece también el proyecto inicial del código federal de procedimientos penales.

V. Dirección General de Asistencia Técnica

La Dirección General de Asistencia Técnica es la encargada de apoyar a las autoridades federales, estatales y municipales en la ejecución de los aspectos técnicos implicados en el proceso de implementación del Sistema de Justicia Penal, proporcionando modelos en infraestructura física, reestructura de instituciones, programas del sistema de la información y la correspondiente administración del nuevo sistema.

En este eje se elaboró el Modelo de Gestión el cual consiste en una herramienta administrativa que va a permitir la funcionalidad, automatización y operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) toda vez que el mismo aporta los procesos administrativos necesarios para fortalecer el funcionamiento de las instituciones; propone nuevas estructuras administrativas básicas que vuelvan más eficiente el proceso penal, los puestos y perfiles de los operadores necesarios para el NSJP y los manuales de administración y procedimientos para cada una de las instituciones.

Con esta herramienta se pretende facilitar la administración eficiente del flujo de trabajo inherente al Sistema de Justicia Penal Acusatorio e incorporar fortalezas organizacionales que permitan potenciar y asegurar la profesionalización y mejora permanente de sus procesos e integrantes, concentrando los esfuerzos institucionales en torno a los procesos sustantivos de la organización, con un enfoque de proceso y ahorra recursos humanos y materiales.

Así mismo la Dirección General de Asistencia Técnica diseñó un “Sistema Informático de Gestión”, que consiste en un programa informático, que permitirá automatizar la operación de las procuradurías, el poder judicial, la defensoría pública, autoridades de reinserción social (seguir mismo número de expediente, medidas de seguridad, interlocución con el juez de ejecución de sentencias penal).

Este sistema normará la actuación del personal con base a un modelo de control, normatividad y transparencia de las actividades, promoviendo un estilo de trabajo basado en la medición y evaluación de resultados, sistematizando los procesos de los operadores de acuerdo al nuevo Sistema de Justicia Penal. Asimismo cambiará el expediente escrito por esquemas electrónicos, dando la posibilidad de generar el Número Único de Causa (NUC) a través de los diversos operadores del NSJP, permitiendo la consulta rápida y oportuna de información y la transparencia de cuentas al interior y exterior de las instituciones.

En el eje de infraestructura se creó la “Guía de diseño arquitectónico de la infraestructura para los edificios del sistema judicial”, documento de diseño que tiene como objetivo general proveer a las instituciones del nuevo sistema de justicia con parámetros constructivos que actúen como modelo a seguir y faciliten el proceso de diseño arquitectónico para la implementación de la reforma. El producto tiene como perspectiva ser también un marco de referencia en costos de edificación de acuerdo a las necesidades por institución.

VI. Dirección General de Capacitación y Difusión

La Dirección General de Capacitación y Difusión tiene como funciones planificar, diseñar y someter a la consideración de la Secretaría Técnica y del Consejo de Coordinación, y en su caso ejecutar directamente o como coadyuvante, los programas de capacitación, preparación continua y difusión de la reforma al Sistema de Justicia Penal, tanto entre la sociedad civil como entre los operadores competentes en los tres niveles de gobierno.

La capacitación y formación en los valores del nuevo Sistema de Justicia es uno de los retos más grandes que Impone la Reforma. Tema que ha sido preocupación constante de la Secretaría Técnica, tanto desde el punto de vista de su homogeneización a nivel nacional como desde la perspectiva de la evaluación constante de su calidad. Es por esto que se generó el “Programa de Nacional de Capacitación” que tiene como objetivo ayudar en el desarrollo de programas de capacitación, para la profesionalización de los actores de la reforma constitucional y del sistema de seguridad y justicia penal de corte acusatorio, de manera transparente, eficaz y con mayor seguridad jurídica. Lo anterior, a través de la propuesta de instrumentación de mecanismos rectores de profesionalización en el nuevo sistema de seguridad pública y justicia penal, para los operadores de las instituciones de los tres órdenes de gobierno. De esta forma, se logrará la capacitación homologada, de la más alta calidad y acorde a las necesidades de cada uno de los operadores del nuevo sistema de justicia penal.

Así mismo generaron programas de estudio por operador y de especialización, dirigidos a los nuevos operadores del sistema de justicia penal y a las facultades y escuelas de derecho de las distintas universidades públicas y privadas del país que buscan crear un marco de estudios homogéneo en contenidos, asignaturas y carga horaria. Se contempla que sean enfocadas en las asignaturas de procesal penal y postgrado con una clínica procesal penal, en las cuales se abordan los temas del nuevo proceso penal acusatorio y las destrezas y técnicas de litigación oral.

Para agilizar todas las actividades relacionadas con la capacitación que debe brindarse en el país a las instituciones policiales, de procuración de justicia y autoridades judiciales, se creó el Comité de Capacitación, el cual se integra por un representante de cada uno de los integrantes del Consejo de Coordinación. El Comité tiene como funciones principales: analizar y dictaminar los contenidos de los programas de capacitación que serán sometidos al Consejo de Coordinación; brindar apoyo a las entidades y la Federación en materia de capacitación; desarrollar los lineamientos y protocolos para la certificación de instituciones e instructores y dictaminar a quienes sean aptos para obtener certificación; diseñar los programas de capacitación y ajustarlos a las necesidades de cada uno de los actores o entidades que soliciten el apoyo de la SETEC; revisar y validar programas de estudio de las instituciones que cuenten con una planta de instructores certificados y crear subcomités especializados en proyectos y/o funciones específicas que requieran de especial atención.

Actualmente se cuenta con un padrón de 772 Capacitadores certificados surgido de un proceso especializado de certificación y con 1247 cursos impartidos a nivel nacional dirigidos a 71,703 asistentes de diversos sectores de la población, entre los que

destacan operadores del sistema, estudiantes de derecho y sociedad civil en general.

En el eje de difusión se cuenta con la revista semestral “Nuevo Sistema de Justicia Penal”, revista especializada en el proceso de implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Penal. A la fecha se han distribuido 6,000 ejemplares de dos números semestrales, con el objetivo de informar a los diferentes actores de la reforma, para que conozcan, se actualicen y se informen de los avances y logros de la reforma penal a nivel nacional. En agosto de 2011 se publicará un tercer número de la revista con un tiraje de 3,000 ejemplares. Así mismo se cuenta con la publicación de la Revista anual 2010 “Cultura constitucional, cultura de libertades”, revista jurídica de fondo y de periodicidad anual con un tiraje de 1250 ejemplares, que cuenta con la participación de importantes autores especializados en la materia de la implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal.

En el mismo eje se cuenta con el portal oficial de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en donde se publican los productos de difusión como: revistas, trípticos, actos académicos e institucionales; de los acuerdos y sesiones del Consejo de Coordinación; así como productos de las Direcciones Generales como el Programa de Capacitación y Difusión.

VII. Dirección General de Coordinación Interinstitucional

La Dirección General de Coordinación Interinstitucional es la unidad encargada de elaborar diagnósticos, planes específicos y soluciones para la implementación del sistema de Justicia Penal en la federación, estados y Distrito Federal; evaluar su ejecución; y desarrollar actividades de cooperación nacional e internacional de apoyo a la labor del Consejo de Coordinación y la Secretaría Técnica.

En esta área se diseñaron los “Lineamientos para el seguimiento y evaluación de la Reforma Penal en México”, consisten en un modelo conceptual y metodológico para diseñar un sistema de indicadores de seguimiento y evaluación de la reforma. Así mismo se cuenta con una valoración técnico-jurídica del proceso de implementación que tiene por objeto conocer la metodología de aplicación de los Lineamientos para el seguimiento y evaluación para su réplica.

En el mismo eje se desarrolló la “Metodología integral de planeación para la implementación en las Entidades Federativas”, que consiste en un documento que pretende establecer un sistema de indicadores para el seguimiento y evaluación integral del proceso de implementación de la reforma penal en México, la operación del sistema penal acusatorio-adversarial, así como el impacto y la percepción de la ciudadanía a nivel nacional. Se plantea trabajar en 4 diferentes niveles: Los indicadores de nivel I miden el desempeño del proceso de implementación; los Indicadores de nivel II miden los resultados de la reforma; los indicadores de nivel III miden el impacto de la reforma y los indicadores de nivel IV; resultados de la operación e interrelación de cada actor procesal.

VIII. Dirección General de Administración y Finanzas

La Dirección General de Administración y Finanzas por último, coordina los procesos internos de programación, presupuestación, gestión de recursos humanos, materiales, financieros, informáticos y de comunicaciones, en términos de las disposiciones normativas aplicables y vigila las políticas, bases, lineamientos y procedimientos de carácter administrativo para la organización y funcionamiento de la Secretaría Técnica.

IX. Subsidio

Otra de las tareas fundamentales de la Secretaría Técnica es apoyar a las entidades federativas para que obtengan recursos de forma directa e inviertan en proyectos que impacten de manera estratégica a la implementación de la reforma. De conformidad con los artículos octavo y décimo transitorios de la reforma constitucional publicada mediante decreto en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se debería crear para el ejercicio presupuestal siguiente a la entrada en vigor de dicho decreto un fondo especial para el financiamiento de la reforma al sistema de justicia penal. Dicha disposición se cumplió hasta el año 2009, cuando la Cámara de Diputados asignó en el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2010, a la Secretaría de Gobernación, bajo el rubro del Programa Presupuestario P010 “Implementación de la Reforma del Sistema de Justicia Penal” un monto de ciento noventa y seis millones doscientos ochenta y ocho mil quinientos diecisiete pesos.

Posteriormente de las economías generadas por la propia Secretaría Técnica de su gasto corriente del presupuesto 2010, se asignaron adicionalmente al presupuesto ciento quince millones setecientos treinta y ocho mil seiscientos noventa y tres pesos, con lo que el subsidio ascendió a trescientos millones veintisiete mil doscientos diez pesos de tal manera que representa un 59% adicional del presupuesto asignado. Como los recursos son limitados se definieron prioridades para garantizar que estos sean ejecutados en tiempo y forma a través de una serie de Directrices que el Consejo aprobó, estableciendo como temas prioritarios los de Normatividad, Capacitación, Difusión, Reorganización e Infraestructura.

Respecto de las treinta y dos entidades federativas del país veintiséis efectuaron solicitudes ante la Secretaría Técnica para el otorgamiento de subsidios y seis no iniciaron trámite: Coahuila, Nayarit, Oaxaca, Quintana Roo, Sinaloa, Veracruz. De las veintiséis entidades que iniciaron trámites, el Comité de Subsidio dictaminó que se asignaran recursos a un total de veintidós entidades, ya que el estado de Aguascalientes no envió proyectos para ser beneficiados mediante subsidio y Querétaro, Sonora y Zacatecas no finalizaron los trámites administrativos para ser beneficiados mediante el subsidio, no obstante que ya se les habían aprobado sus proyectos. En total fueron presentados ciento veintiocho proyectos, de los cuales ochenta y ocho fueron dictaminados favorablemente, con un monto de trescientos doce millones veintisiete mil doscientos diez pesos que ya fueron entregados.

Posteriormente, mediante el ejercicio fiscal 2011 el Congreso aprobó recursos destinados a la implementación de la Reforma del Sistema de Justicia Penal a favor de los estados y el Distrito Federal por una cantidad de 443 millones 424 mil pesos y el 31 de enero del 2011 se establecieron las directrices para la aplicación de dichos recursos a proyectos de las entidades federativas.

Con base a las solicitudes que se recibieron el Comité de Subsidios, ha evaluado y resuelto un total de 308 proyectos, los cuales fueron presentados por 31 entidades federativas, todas a excepción de Nayarit quién no hizo solicitud. De esa totalidad resultaron autorizados 174 proyectos a favor de las 31 entidades federativas que presentaron solicitud en base a 8 Ejes distintos: 22 proyectos de Planeación, 21 proyectos de normatividad, 21 proyectos de Reorganización Institucional, 04 proyectos de Tecnologías de la información, 10 de Infraestructura, 42 proyectos de equipamiento, 39 proyectos de capacitación y 15 proyectos de difusión.

X. Cooperación Internacional

Para lograr una adecuada implementación de la reforma es indispensable el intercambio de experiencias internacionales así como de buenas prácticas, lo que facilitará la labor de planeación y diseño institucional en cada una de las entidades federativas y la federación. Es por esto que la Secretaría Técnica ha puesto un gran interés en el tema de cooperación Internacional y ha desarrollado diversos Proyectos con gobiernos extranjeros. Nos referimos al Proyecto Binacional “Apoyo a la Reforma del Sistema de Justicia Penal Mexicano”, financiado a través del Fondo Conjunto México-Chile, mismo que se ejecutó de manera exitosa de 2008 al 2010; cabe mencionar también los 3 Proyectos trianuales financiados por el Gobierno de Canadá, y desarrollados a través del Departamento de Justicia y el Ministerio de Asuntos Exteriores de dicho país, relativos a la capacitación de jueces y la ética judicial; la armonización de la legislación penal y la profesionalización de los abogados, mediante los cuales se beneficia a operadores institucionales del sector justicia de 5 entidades federativas de la región sureste del país (Campeche, Chiapas, Quintana Roo, Tabasco y Yucatán).

Por otro lado, es importante resaltar el estrechamiento en la comunicación que últimamente se ha desplegado con autoridades norteamericanas, gracias al mecanismo de cooperación binacional denominado “Iniciativa Mérida”, y que se traduce en el fortalecimiento de la colaboración entre ambos Estados, así como en la identificación de áreas de oportunidad que ambas partes hemos coincidido en su carácter prioritario.

Adicionalmente, hemos desarrollado actividades con otros gobiernos extranjeros como Colombia, Costa Rica, España e Inglaterra, las cuales consisten en Misiones al extranjero, Recepción de expertos, Foros y visitas de diagnóstico. Recientemente se llevó acabo la Primera Reunión de Cooperación Internacional con el objeto de formalizar los vínculos con gobiernos y organizaciones internacionales y aprovechar al máximo el apoyo que brindan al estado mexicano en el tema de la Reforma al Sistema de Justicia.

XI. Avances de la implementación

Quisiera terminar diciéndoles cómo va la reforma en los estados. Primero están los estados que iniciaron con la implementación del nuevo sistema acusatorio antes de la reforma constitucional: Oaxaca y Chihuahua, que éste el único estado que tiene el nuevo sistema de justicia penal vigente en todo su territorio; Durango que lo tiene exclusivamente en la ciudad capital; el Estado de México quien dividió la implementación en tres etapas de acuerdo a tres regiones distintas empezando por Toluca; Morelos que lo ha implementado en alrededor del 60% del territorio; Zacatecas donde funciona exclusivamente en la capital y Baja California funcionando solo Mexicali.

Así mismo este año van a iniciar con el nuevo sistema de justicia penal Guanajuato y Yucatán, se tenía programado también Hidalgo, pero debido al cambio gobierno la decisión de comenzar este año no se ha ratificado. Puebla también tenía establecido la entrada de vigor de del nuevo código para este año pero ya se decidió que se van a esperar un año más.

Como podemos ver muchos de los estados que empezaron primero no han avanzado más, como por ejemplo Oaxaca que va a suspender la implementación en la región que seguía durante ocho meses más, o Durango que tenía programado continuar con Gómez Palacio y lo suspendieron un poco porque van a tener una interrelación con Torreón por la situación de Laguna y no quieren ir solos los de Gómez Palacio y Lerdo sin que participe Torreón. Zacatecas inició el 5 de enero de 2009 en la capital y aunque la intención era transitar a otros distritos judiciales ha decidido aplazar también la implementación.

Les comento sobre esto porque son ejemplos muy claros de la importancia de la integralidad, es decir todas las instituciones deben ir juntas y de la mano. Hay estados por ejemplo donde los poderes judiciales han caminado de una forma exitosa, donde tienen unos extraordinarios Jueces de Control y de juicio oral, pero el Ministerio Público está muy rezagado, no está al nivel de los jueces o de los defensores públicos, lo que puede traer como consecuencia niveles altos de impunidad pues como sabemos el principio de contradicción que se introduce con la reforma pone a ambas partes en igualdad de circunstancias.

Con relación al avance en la implementación de la reforma en las entidades federativas, la SETEC ha identificado 4 cuadrantes para clasificar su avance: etapa inicial, de planeación, de entrada en vigor en 2011 y de operación. De esta forma podemos definir las prioridades con base en los ejes estratégicos mencionados anteriormente. El impulso que se dé a las entidades deberá enfocarse a que todas de manera progresiva avancen a su siguiente etapa. Lo anterior, con miras a que en 2016 la reforma se encuentre implementada en la totalidad del país.

En el Cuadrante Uno se ubican las entidades federativas con menor desarrollo en la implementación de la reforma judicial o entidades federativas en etapa inicial, son los que no han tenido las circunstancias propicias para iniciar por el cambio de gobierno o legislatura por ejemplo, o simplemente porque no existe voluntad política. Las entidades federativas que se ubican en este cuadrante son: Aguascalientes, Baja California Sur,

Coahuila, Nayarit, Quintana Roo, Sinaloa, Sonora y Veracruz. En estos casos la SETEC considera que los esfuerzos tienen que orientarse hacia el fomento de acuerdos políticos y creación de instancias técnicas, así como a la elaboración de propuestas de cambios normativos y ejercicios de sensibilización con los operadores clave del sistema de justicia penal de todas las instituciones involucradas en la implementación de la reforma.

En el Cuadrante Dos se encuentran las entidades federativas que están fase de planeación estratégica, estados donde ya tienen un órgano político y un órgano técnico, ya tienen sistema de planeación y proyectos de modificación de normas y elaboración del nuevo código procesal. Las entidades federativas que se ubican en este cuadrante son: Campeche, Chiapas, Colima, Distrito Federal, Guerrero, Jalisco, Michoacán, Nuevo León, Querétaro, San Luís Potosí, Tabasco y Tamaulipas. En este caso las acciones que se tienen que impulsar están relacionadas con la elaboración de los documentos de planeación que guiarán el proceso de implementación de la reforma y la realización ejercicios de sensibilización e interiorización con personajes clave del sistema de justicia penal.

En el Cuadrante Tres se localizan las entidades federativas que están a punto de entrar a operar el sistema judicial penal. Las entidades federativas que se ubican en este cuadrante son: Puebla, Hidalgo, Guanajuato y Yucatán. En este cuadrante, las entidades federativas deben tener todo lo referido en el cuadrante anterior pero además su normatividad debe estar aprobada, el personal clave capacitado, las instituciones en proceso de reorganización y la infraestructura y el equipamiento institucional en desarrollo. En este sentido, las acciones a implementar tienen que concentrarse en el desarrollo de planes de capacitación, a la reorganización institucional y al fortalecimiento de la infraestructura física y el equipamiento de las instituciones.

Por último en el Cuadrante Cuatro están las entidades federativas que ya mencioné, las cuales están implementando la reforma en por lo menos un distrito judicial. Las entidades federativas que se ubican en este cuadrante son: Chihuahua, Oaxaca, Durango, Zacatecas, Estado de México, Morelos y Baja California. Para ello, las acciones tienen que orientarse hacia la capacitación de personal, el fortalecimiento de la infraestructura y el equipamiento institucional y el desarrollo de estrategias de difusión de la reforma judicial penal.

Respecto a la Federación, encontramos que al interior de cada una de las instituciones federales se está trabajando. Por ejemplo en el Poder Judicial Federal existe coordinación entre el Instituto de la Judicatura Federal, la Suprema Corte y el Consejo para tener programas específicos de planeación e inducción; la Procuraduría ha avanzado en el tema de capacitación por medio del INACIPE y por un intercambio a través de Iniciativa Mérida, tienen grandes programas de capacitación pero entre otras cosas están en espera del Nuevo Código Federal de Procedimientos Penales para poder tener capacitación definida. Una de las tendencias puede ser ir trabajando con circuitos judiciales que sirvan como piloto como el que existe en Yucatán, o el circuito que existe en Colima y Tlaxcala.

Estamos conscientes de las dificultades que implica la transformación de nuestro sistema de justicia, sabemos que no es una tarea fácil que se agota con cambios normativos,

que la reforma implica largos procesos de planeación, capacitación, difusión, así como la selección, profesionalización y evaluación continua de cada uno de los diferentes actores involucrados y el pleno conocimiento de la ciudadanía de lo que la reforma significa para que participe de ella y haga valer sus derechos. Es cierto también que es una reforma que cuesta, no lo vamos a negar, pero tampoco es una reforma de millones y millones imposible de financiar como muchas veces se dice, pues hay estados que han demostrado que sin tantos millones, pero con mucha dignidad y eficiencia se puede comenzar, ya sea con un diagnóstico, planeación o estudios sobre la nueva legislación por ejemplo. Además no hay que olvidar que la Constitución establece que las Legislaturas de los Estados y el Congreso de la Unión deben de legislar para tener el dinero suficiente para la implementación. En fin lo importante es que no hay excusa para iniciar los trabajos serios y responsables para la implementación de las reformas constitucionales de junio de 2008.

LA ACTUACIÓN DE LOS OPERADORES
EN EL SISTEMA
ACUSATORIO ADVERSARIAL

Rogelio Rueda de León Ordoñez



Maestro
Rogelio Rueda de León Ordoñez

Licenciado en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores Colegio Holandés, con Maestría en Política Criminal, impartida por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Cursó un Diplomado en Sistema Penitenciario, impartido por la Universidad de Salamanca, España, así como una especialidad en Derecho Penal (parte general) en la misma universidad. Cursó la especialidad en Juicio de Amparo y Garantías Individuales, impartida en el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Tomó un curso en “Destreza en Litigación Oral” y otro de “Técnicas Avanzadas de Contra Interrogación”, impartidos ambos por Institute for Criminal Defense Advocacy, en la Western School of Law, en san Diego California, USA. También participó en el curso “Servicios con Antelación a Juicio” impartido por el Pretial Justice Institute, Open Society Justice Initiative y el Instituto para la Seguridad y la Democracia, en Washington, DC.

Actualmente, desde marzo de 2009 es Director General Adjunto de Implementación, en la Dirección General de Asistencia Técnica, de la Secretaría Técnica para la Implementación de las Reformas de Seguridad y Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación. Dentro del Sistema Nacional de Seguridad Pública ha sido subsecuentemente Director de Especialización y Seguimiento y Director de Formación y Profesionalización de la Dirección General de la Academia Nacional de Seguridad Pública. Ha sido Director de Educación Continua del INACIPE, de la Procuraduría General de la República.

Se ha destacado como conferencista y maestro en varios cursos y diplomados en el Instituto Tecnológico de Monterrey ITESM, Campus Monterrey, donde expuso el tema “Características del Sistema Acusatorio y la reforma Constitucional” y “Medidas Cautelares y Salidas Alternas”; ha participado también de manera destacada en la Universidad del Valle de México, en la Universidad Autónoma de Hidalgo, en la Universidad Autónoma de Durango, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde formó parte de la Mesa de “Derecho Penal” con el tema El desarrollo de la Política Criminal en México.

No cabe duda que la influencia de renovar nuestro sistema mixto-inquisitivo a uno de corte acusatorio-adversarial surgió, independientemente del interés de nuestro país vecino Estados Unidos y su antiquísimo sistema anglosajón denominado *Common Law*, con el proceso penal acusatorio latinoamericano. Para ello, estimo pertinente destacar la incursión que hubo de la década de los noventa a la fecha: Guatemala (1994), Costa Rica (1998), Argentina (1999), El Salvador (1999), Paraguay (1999) y Venezuela (1999); posteriormente se incorporaron Chile (2000), Bolivia (2001), Ecuador (2001), Honduras (2002), Nicaragua (2002), Perú (2006), República Dominicana (2004) y Colombia (2005).

En México llega esta caravana de transición de justicia penal hasta junio de 2008, con una *vacatio legis* de ocho años para su implementación en todos los estados de la República Mexicana, conforme a lo señalado en los artículos transitorios de la reforma constitucional. No obstante, ciertas entidades federativas se adelantaron a la reforma penal e implantaron el sistema acusatorio en su estado: Nuevo León (2004), Chihuahua (2006), Oaxaca (2007), Morelos (2007). Lo anterior revela que hemos comenzado tardíamente, no solamente en toda América Latina, sino dentro del propio gobierno federal.

Esto no implica que el esfuerzo realizado hasta el momento demerite la calidad de derecho penal que tenemos; al contrario, debemos percibir que estamos en una época de análisis comparativo y de experiencias que podría reorientar el sistema acusatorio que hay, por qué no, en Latinoamérica.

Por tal motivo, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC) reconoce que lo primordial es crear un modelo de sistema acusatorio que se adecue a las necesidades de justicia penal del país. Independientemente de que su obligación es coadyuvar y brindar apoyo a las autoridades locales y federales en la implementación del Sistema de Justicia Penal, se abocó la SETEC a estudiar los mecanismos que se usaron en los estados anteriores a la reforma de 2008. Primeramente se analizó que Chile y Colombia, por conducto de organismos no gubernamentales (ONG), apoyaron el estudio normativo de reforma y capacitación del personal operativo que migraría a este sistema, pero ¿realmente el sistema chileno o colombiano son los más adecuados para adoptar?

Recordemos que el primero de ellos proviene de un régimen dictatorial, forjado sobre una constitución centralista y de orden militarizado que se refleja en la policía de carabineros, la cual es muy respetada a nivel internacional. También no olvidemos que bajo el esquema acusatorio adversarial se creó una nueva figura, que es la del fiscal, además de que las infracciones cometidas en su país se consideran delitos. Como advertimos, no poseemos la similitud de preceptos dogmáticos y procesales de establecimiento con su sistema acusatorio. Estimo que Colombia se asemeja más a nosotros como estado federal; el modelo policial que tiene de inteligencia y procesamiento de la información criminal es parecido a nivel federal, aunque la problemática del tráfico de droga y corrupción que subsumió al país no ha permitido que el sistema acusatorio se implemente bajo un esquema de planeación adecuado, que es lo que se busca en México, una verdadera planeación coherente a la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial, que se ajuste a nuestras necesidades de seguridad y justicia penal en los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal).

¿Cómo podremos identificar el modelo de sistema acusatorio que se ajuste más a las necesidades reales de México? Primeramente, se analiza la parte dogmática y los principios sustanciales de los que nace el sistema acusatorio. Sin lugar a dudas está la *Presunción de Inocencia* como un derecho subjetivo público que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental. En este sentido, tal como lo define Luigi Ferrajolli, *se distingue entre garantías penales y garantías procesales; dentro de estas últimas se encuadra a la presunción de inocencia*. El referido autor, citando a Luigi Luchinni, considera que es *“la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción iuris, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario. La culpa y no la inocencia, debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa y no de la inocencia que se presume desde el principio como la forma y objeto del juicio”*¹.

Esto nos lleva a otro principio constitucional, que es el *Debido Proceso*; desde mi punto de vista, los dos articulados dentro del sistema de justicia penal (Presunción de Inocencia y Debido Proceso) sustentan la igualdad y la proporcionalidad entre las partes, es decir, un equilibrio procesal que nos garantiza la efectividad de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución. La naturaleza combinada de estos dos elementos procedimentales nos traslada a otros principios afines del sistema acusatorio, tal como lo refiere el artículo 20 de nuestra Carta Magna, que en su parte conducente dice:

Artículo 20.

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

Hasta el momento hemos descrito cierta parte del modelo de corte acusatorio, que es primordial a nuestras necesidades fundamentales del derecho penal. Ahora, en segundo plano, destaco que el fortalecimiento de los principios fundamentales del sistema acusatorio se obtendrá por conducto del correcto procedimiento y el buen despacho que generen las instituciones de seguridad y justicia penal. Entre ellos resalta la actuación de los operadores sustantivos del sistema, los cuales se plantean la separación de funciones, no solamente de manera sustantiva sino también administrativa, en la etapa de *investigación, acusación y juzgamiento*, así como la aplicación de *criterios de oportunidad y salidas alternas de solución de conflictos*, que sirven de base para el descongestionamiento del proceso penal.

Como lo había mencionado, todos estos dogmas y principios del sistema de justicia penal ya insertados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde 2008, serán certeros cuando se fortalezca a los operadores y a las instituciones mismas. En el momento en que se conciba esta efectividad en el sistema de justicia penal, se podrá cerrar el círculo de elementos primarios que comentamos. Por tal motivo, es necesario definir el rol que tendrán en este momento los operadores y hacer una clara

¹ Cárdenas Rioseco, Raúl F., “La prisión preventiva en México”, México, Editorial Porrúa, 2004, p. 1.

división de los procesos administrativos de los sustantivos, a fin de fortalecer su servicio público y cumplimiento de funciones bajo un Estado de Derecho efectivo.

En este sentido, sin menoscabo de los demás actores sustantivos que hay en el sistema, mi opinión es que el principal actor, y del cual es menester mejorar mucho más como detonante del proceso de justicia penal en México, es el Ministerio Público, es decir, colocarlo como el administrador de la investigación leal y objetiva de los hechos conocidos en el esclarecimiento de los mismos con el vínculo causal. Bajo esa tesitura del conocimiento de un delito cometido, denuncia o querrela presentada, se accionan los mecanismos de investigación y obtención de pruebas certeras que motivan a generar las estrategias de litigación de juicio oral, por eso mismo, el Ministerio Público actual se vislumbra no como investigador solamente del delito sino como un investigador que construye su teoría del caso para acusar, a fin de propiciar las condiciones que aseguren la impartición de justicia.

Otro aspecto que robustecer dentro de las atribuciones del Ministerio Público es la *atención y protección a víctimas del delito*. Esta parte ha sido olvidada por las instituciones de procuración de justicia en el país, por tal motivo, en el nuevo sistema acusatorio es de suma importancia garantizar la reparación del daño causado, no solamente material sino moral y psicológico, sobre la afectación causada por delito cometido. También es sustancial que el Ministerio Público proponga una pena al responsable de la comisión del delito y, del mismo modo, sea proporcional a la culpabilidad del imputado, a efecto de que dicha pena confiera resultados de prevención a favor de la sociedad y reinserción para el sentenciado, y la indemnización correspondiente que en su caso proceda sea beneficio de la víctima u ofendido.

Algo innovador en la actuación del Ministerio Público es la facultad que le concede la Constitución de aplicar el *criterio de oportunidad*. Si bien es cierto que es una vía auxiliar al descongestionamiento del procedimiento en delitos de escasa relevancia social y afectación mínima del bien jurídico tutelado, a lo que comúnmente identifican los juristas como *condiciones de bagatela*, es de suma relevancia que cuando el Ministerio Público aplique este principio no debe abusar de él, ya que la víctima podría obtener parcialmente la reparación del daño y, más aún, dejar sin efectos el daño causado, moral o psicológico, que produjo el delito, o bien, que el imputado no logre alcanzar la reinserción social deseada y posteriormente vuelva a delinquir. Tal es el cuidado en este tema que podría propiciar un círculo vicioso de negociación de la culpabilidad del imputado, como lo refiere la doctrina anglosajona.

Al respecto, no quiero incurrir en crear incertidumbre sobre el alcance de la práctica del *principio de oportunidad*, ya que los códigos de procedimientos penales y leyes orgánicas de las entidades federativas en que está vigente el sistema acusatorio, determinan las bases y restricciones en que se practica dicho procedimiento, el cual garantiza que habrá un equilibrio procesal entre las partes. Mi comentario más bien se ubica en el posible abuso de salida alternativa de solución del conflicto, que ponga en riesgo la prevención y el control social que se persigue.

Con el objeto de refrendar mi razonamiento, es apropiado reflexionar lo comentado por Montesquieu: *Las formalidades de la justicia son necesarias para la libertad*.

Sin embargo, su número podrá llegar a ser tan grande que chocará contra el espíritu de las leyes que las establecieron. Los procesos se harían interminables, la propiedad de los bienes permanecería dudosa.

Ahora bien, si el propósito es reforzar a la institución de procuración de justicia en México, conlleva perfeccionar la actuación de otros dos operadores sustanciales del Ministerio Público: la policía ministerial y el perito profesional.

Comenzaré mi razonamiento no solamente con la policía ministerial, que apoya directamente al Ministerio Público en las Procuradurías Generales de Justicia, sino a toda aquella policía en general de seguridad pública del país. Para ello, estimo pertinente resaltar lo establecido por el artículo 21 de nuestra carta magna:

Artículo 21.

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

...”

Como lo había dicho anteriormente, el Ministerio Público es el administrador de la investigación. Tras la reforma constitucional penal de 2008, cualquier policía que tenga conocimientos de hechos constitutivos de la comisión de un delito se encuentra como corresponsable de investigar y dar un informe detallado de su actuación a la autoridad competente, no así de la formalidad del ejercicio de la acción penal ante el órgano jurisdiccional, que es una facultad propia del Ministerio Público. Entonces, como la redacción del artículo constitucional no nos refiere las características del policía que está obligado a investigar, corresponde interpretar que es todo el estado de fuerza policial del país; ya que la intención del legislador era generalizar el concepto, no hay de otra, independientemente de que sea integrante de una corporación o institución en materia de seguridad pública.

Lo importante de todo ello es advertir hasta dónde es la actuación del policía cuando es sabedor de un delito. Fijemos un ejemplo de delito en flagrancia y que es presenciado por el policía, no importa que éste sea de tránsito, rural, preventivo, etc., cualquiera está obligado a proceder; primeramente, en la protección y atención a la víctima si estuviere en la escena del delito; posteriormente, con las capacidades y técnicas absorbidas por la capacitación otorgada, se conducirá conforme a los procedimientos y protocolos básicos que el desarrollo de una investigación deba realizarse al caso concreto, y la cadena de custodia correspondiente, a fin de aportar evidencias, que son piezas clave para la construcción de hechos delictivos.

Ya no será necesario, como antiguamente se llevaba a cabo, que el policía sensorial del delito tenga que esperar la llegada del Ministerio Público y del perito especialista para el levantamiento de indicios y pruebas. Sin embargo, me percato de que si la policía de México en los tres órdenes de gobierno no está bien capacitada y con el perfil idóneo para este nuevo sistema acusatorio, será difícil que llevemos la seguridad y justicia penal cabalmente como lo exige la Constitución.

Es claro que las instituciones o corporaciones de policía tengan que crear las unidades y estructuras con la integración de elementos que cubran las necesidades de gestión administrativa, que trabajen en coordinación con el Ministerio Público en la búsqueda de indicios sobre el hecho delictivo, con la investigación de campo y de gabinete correspondiente. No obstante, es ineludible que todo elemento de policía debe partir de la base del dominio de técnicas de investigación y cadena de custodia, a efecto de conservar y preservar el lugar de los hechos como mínimo indispensable.

Por eso mismo, el referido artículo 21 constitucional indica: *La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos, la investigación y persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala.*

Aquí se encuentran dos aspectos de la redacción constitucional que debemos tomar en consideración: “... *la investigación y persecución para hacerla efectiva*” y otra que se relaciona: “... *en las respectivas competencias que esta Constitución señala*”.

¿De qué manera podremos hacer efectiva la investigación y persecución del delito en los tres órdenes de gobierno? Como he referido, es indispensable que todas las instituciones de seguridad pública del país dispongan del personal apropiado y el perfil idóneo, cuenten con la capacidad técnica y de conocimientos mínimos necesarios en investigación y persecución de delito, que las leyes secundarias y orgánicas de los tres órdenes de gobierno señalen la metodología y las estrategias de coordinación que habrán de ejercer, que se identifique sustancialmente las facultades de colaboración y concurrencia de los elementos policíacos. Con la construcción de estos elementos institucionales, estaremos aptos para cumplir el mandato constitucional.

Es menester precisar que la tendencia de las instituciones de seguridad y justicia de las entidades federativas, en particular las Secretarías de Seguridad Pública y las Procuradurías Generales de Justicia, es interpretar erróneamente el concepto de *coordinación* como lo refiere la Constitución, con el rediseño de estructura mal instaurada, como es el caso de la Fiscalía General de los estados de Chihuahua y de Coahuila, que en lugar de mejorar la gestión de la institución la confunde y la empeora.

En ellas conjuntan tres instituciones en una sola (procuración de justicia, seguridad pública, sistemas penitenciarios). La doctrina de la administración pública advierte que en cada proceso debe haber un área específica que realice esas actividades. Un proceso es *prevención del delito*, que se delega por lo general en la Secretaría de Seguridad Pública; la *procuración de justicia*, en las Procuradurías Generales de Justicia; y la *reinserción social*, en el Sistema de Readaptación y Reinserción Social, que por lo regular es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Seguridad Pública. Aquí están conjuntándose tres procesos en una sola institución, lo que hace complejo el manejo y efectividad de la gestión.

Esto se debe a la falta de planeación organizacional que hay en las instituciones de seguridad y justicia penal. Con el afán de buscar interacción de ejercicio entre las instituciones, o bien, evitar la corrupción de las mismas, innovan esquemas de fusión que no fueron realmente analizados en su momento, que a la larga repercuten en el servicio que otorga el propio estado.

Lo que sí concibo de buena manera es la perspectiva del nuevo modelo policial que impulsa la Secretaría de Seguridad Pública Federal en los estados y municipios. Es bastante significativo este proyecto, ya que los nuevos elementos policiacos no estarán bajo el esquema tradicional de prevención e investigación de los delitos, sino dentro de un programa de investigación de inteligencia, en unidades de análisis que formen productos de Inteligencia, procesamiento de la información (planificación, obtención, clasificación, evaluación, análisis y su representación gráfica), consulta y captura de la Información, coordinación e intercambio de información policial, unidades homólogas de policía a nivel nacional, con el apoyo tecnológico del sistema *Plataforma México*.

Con este modelo policial aplicado en toda la República avanzaremos en la coordinación que esperamos en la investigación delictiva, tal como lo estipula el artículo 21 constitucional: *“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...”*

Con el objeto de cerrar la trilogía de actores responsables en la investigación de hechos delictivos, se encuentra el perito profesional. Actúa en este nuevo sistema acusatorio como auxiliar del Ministerio Público, y ahora también de la policía investigadora. Se amplían sus atribuciones en el estudio y metodología de evidencias turnadas para la comprobación o negación de hipótesis planteadas. También emite aclaraciones de hechos delictivos y aporta elementos confiables versados en pruebas científicas.

Un factor importante que fortalecerá a este operador sustantivo es que las Procuradurías Generales de Justicia decreten la autonomía de servicios periciales. Esto se debe a que ahora la presentación de pruebas científicas en los juicios orales es fundamental para sustentar la acusación. La carga de trabajo aumenta y por consecuencia el servicio también. Esto obliga a la necesidad de movimiento independiente, tanto de gestión como operativa.

El área que interactúa directamente con servicios periciales son las bodegas de evidencia, las cuales están bajo la vigilancia y responsabilidad del Ministerio Público. La preservación de la prueba es primordial, ya que le corresponde al Ministerio Público presentarlas ante los juzgados de juicio oral de manera conservada, es decir, que se encuentren biológicamente puras al momento de ser valoradas por el juez. En este caso, recordemos que el Ministerio Público ya no tiene fe pública ni la facultad de presentar pruebas tasadas, por lo tanto, la carga de la prueba es de quien acusa, es por tal motivo que la conservación de la prueba tiene gran peso en este nuevo sistema. Al respecto, la doctrina nos dice: *La prueba va perdiendo su valor en el transitar del tiempo*, por lo tanto, como evidencias biológicas, se tendrá que conservar lo más íntegra posible.

En este caso se tomará en cuenta la conservación de la prueba por medio de manuales de procedimientos y protocolos en cadena de custodia. El valor científicamente comprobable aumenta substancialmente en el proceso penal acusatorio, por eso el cuidado de no contaminar los elementos materiales de prueba, que la única manera de poderlo evitar es por medio de un proceso de calidad: especificidad, certificación, estandarización y validación.

Las bodegas de evidencia participan muy de la mano en este procedimiento de

control de seguridad de las pruebas. En este sentido, como política se estima que los estudios sobre las evidencias almacenadas se realicen dentro de las instalaciones de la misma por los peritos especialistas, es decir, no se le entregará la evidencia al perito, sino ahí mismo podrán realizar el estudio. Con lo anterior, no habrá solamente una bodega para almacenar las pruebas, sino que se contará con el equipo técnico necesario dentro de las instalaciones. Preciso que ésta no será el área de servicios periciales, será indispensable que se coordinen administrativamente los servicios periciales con el personal de la bodega de evidencia bajo los protocolos y restricciones pertinentes de seguridad, para poder conservar adecuadamente las evidencias.

Continuando con la actuación de los operadores del sistema penal acusatorio, comenzaré la referencia del Defensor Público, con lo plasmado en el artículo 20, apartado B, fracción VIII:

Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención.

Para que haya una defensa acorde a las necesidades del sistema acusatorio, es forzoso equilibrar en la misma igualdad de armas al Ministerio Público y a la defensa pública, es decir, buscar equilibrio procesal entre las partes. Otro aspecto que anuncia la Constitución es que:

La Federación, los estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del Ministerio Público.

El primer fortalecimiento que se refleja constitucionalmente es pasar de ser una defensoría de oficio a una defensoría pública; lo segundo es llevar a cabo en la institución un servicio de carrera para los defensores. Ésta se solidifica con la autonomía como institución de defensoría pública, orientada del mismo modo con la igualdad entre las partes que se busca entre Ministerio Público y la defensa: honorarios, servicio de carrera, soporte de investigación y servicios periciales.

Administrativamente también identificamos implantar ciertas innovaciones de la institución de la defensoría pública. En este sentido, hago el siguiente planteamiento:

El proceso de procuración de justicia versa tanto para el Ministerio Público como para la defensoría pública, es decir, el Ministerio Público procura justicia en el ejercicio de acusar, la defensoría pública procura justicia en el ejercicio de defender. Parte esencial de la procuración de justicia es la investigación, el Ministerio Público tiene sus dos brazos operadores: el policía investigador y el perito profesional. En este caso, al defensor público también es necesario fortalecerlo con dos operadores; tal vez no con la misma dimensión que la institución de las Procuradurías Generales de Justicia tiene, pero será necesario fijar en la estructura de defensoría pública un área básica de servicios periciales, como también un área que contemple operadores en la investigación de campo, orientados más con el perfil de investigadores privados. Con lo anterior, estaremos en condiciones para equiparar a las partes en el proceso penal.

Ciertamente, el objetivo de que este equilibrio procesal entre las partes se sustancie es por la impartición de justicia. Esto implica que la parte jurisdiccional

es la única encargada de llevar a cabo este proceso penal, como lo estipula la propia Constitución:

Artículo 17.

Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.
...

En este caso, el impartidor de dicha justicia es el siguiente operador que tenemos en el sistema acusatorio: el Juez de Control, el Juez de Juicio Oral y el Juez de Ejecución de Sanciones. Cada uno de ellos, dentro de las atribuciones que le confieren la propia Constitución y leyes secundarias, actúan respectivamente en las etapas procedimentales correspondientes (inicial, intermedia, juicio oral), con el objeto de administrar los juicios orales en el amparo de los derechos fundamentales de las partes, tanto de la víctima u ofendido como del imputado. Por eso, en el ámbito judicial hay una clara división de lo que anteriormente había señalado: la división de los procesos administrativos de los sustantivos. Ahora habrá un control administrativo de salas y un control administrativo de causas, en donde el juez de control, el de juicio oral y el de ejecución se van a encargar del ámbito exclusivamente sustantivo.

Asimismo, el juez cumplirá conforme a sus atribuciones el mandato constitucional de que toda persona que sea llevada a juicio sólo puede ser condenada o llevada a medidas de seguridad por *normas procesales definidas en una sentencia, sentencia dictada por un tribunal imparcial, una investigación realizada por un órgano público distinto al juez, una sentencia emanada de un juicio público y oral.*

Esto impedirá que se resuelva el juicio indebidamente con valoraciones que ni sustento jurídico ni técnico goce. Estimo pertinente resaltar el conocido apotegma del *In Dubio Consigna*: que ante la duda, el Ministerio Público consigna. Y el otro apotegma de *In Dubio Pro Reo*: que ante la duda, el juez absuelve.

Lo anterior no debe pasar en el nuevo sistema acusatorio, así como también se deberán decretar medidas de seguridad que no generen celeridad al procedimiento y lo distorsionen, para dictar una imparcial sentencia. Por tal motivo, dentro de las atribuciones del juez de control está determinar la medida cautelar acorde al riesgo de fuga, o bien, el seguro resultado de la investigación, bajo los principios de *legalidad, jurisdiccionalidad, excepcionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y proporcionalidad.*

Al juez de control le corresponderá valorar la medida cautelar solicitada por el Ministerio Público y, en su caso, la contrapropuesta de la defensa por ser excesiva la medida, decretando la medida bajo el esquema de:

• ***Fumus boni iuris o apariencia de buen derecho.*** *Aparece asociado al juicio de probabilidad respecto de la existencia del delito y la participación que en él corresponda al imputado.*

• ***Periculum in mora o peligro de retardo.*** *Asociado al peligro de que el cumplimiento de los fines del procedimiento pudiere hacerse ilusorio al no adoptarse una medida de aseguramiento.²*

² Horvitz Lennon, María Inés y López Madle, Julián, Derecho Procesal Penal, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, Tomo I, p. 344

Otro mandato constitucional que es obligatorio impulsar por parte del juez de control, son las salidas alternas que se encuentran referidas en su artículo 17, la cual en su parte conducente señala:

Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial

Sobre la etapa de investigación desformalizada y formalizada, la participación del juez de control es de trascendencia en el proceso ya que podrá valorar sensorialmente la prueba, es decir, observarla por sí mismo con el objeto de aceptarla, o bien, rechazarla total o parcialmente. Se entiende que el juez de control, con sustento racionalmente fundado y motivado, especificará los motivos en que determinó dicha aceptación o rechazo.

Llegamos entonces al propósito que todo proceso penal exige para el sistema: culminar en una sentencia oral apegada a derecho, tal como lo determina el artículo de nuestra Carta Magna.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Por último, tenemos el proceso de reinserción social, que cierra el círculo del sistema de justicia penal. En él aparece como único operador directo el Juez de Ejecución. Cabe precisar que contamos con la participación indirecta de otros dos operadores del sistema: el Ministerio Público y el defensor público. Por tal motivo, no comprende un operador integral que ventile todo el procedimiento penitenciario.

Sobre este tema en particular, en estos momentos se encuentra la disyuntiva hasta dónde intervendrá el Juez de Ejecución en la administración penitenciaria. Es bastante complejo, ya que esto implica la coordinación entre la administración penitenciaria y el órgano jurisdiccional.

De conformidad con la reforma constitucional en materia penal de 2008, la ejecución de la pena le corresponde al órgano jurisdiccional llevarla a cabo; la administración penitenciaria hasta el momento es la encargada de velar sobre el cumplimiento material de la pena, es decir, es la responsable de generar un ambiente propicio en los centros de reclusión para garantizar la reinserción de los internos, conforme a los principios constitucionales de la reinserción social. Lo que desde mi punto de vista queda en el limbo, es qué operador sustantivo se encargará de respetar los derechos fundamentales en que vive el interno. Hasta el momento, el encargado de velar por el respeto de los derechos fundamentales de los internos es la propia administración penitenciaria, siendo juez y parte en las resoluciones que emiten. Esto no significa que mi sugerencia esté encaminada a que el Juez de Ejecución sea el encargado inmediato de desahogar todo tipo de quejas que presente el interno por violaciones a sus derechos fundamentales, lo que sí estimo necesario es crear una figura distinta al administrador penitenciario, que logre el equilibrio procesal que se busca en este tipo de violaciones. Mi sugerencia versaría sobre la intervención del Ministerio Público en la ejecución de la pena, no como titular del ejercicio de la acción penal, ya que ni vendría al caso, más bien, el Ministerio Público como observador del control de legalidad que, en particular, sería el protector de los derechos fundamentales del interno.

Retomando el tema de la organización penitenciaria, como lo había señalado anteriormente, se sustenta en cinco bases la reinserción: *el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte*. El cambio dogmático para la ejecución de la pena es radical, ya que se migra de un tratamiento de *readaptación social* al esquema de *reinserción del sentenciado a la sociedad*.

Se abandona el concepto de *readaptación social* como finalidad de la pena, ya que comprende aspectos clínico-criminológicos, con el objeto de reajustar las circunstancias criminógenas de la persona sentenciada; en cambio, se sustituye por la concepción de *reinserción del sentenciado*, a efecto de procurar que no vuelva a delinquir. Uno se pregunta: ¿por qué los principios de la reinserción son el trabajo, la capacitación, la educación, la salud y el deporte? ¿Por qué no la disciplina?, por dar un ejemplo. Al respecto, yo interpreto que el legislador buscó generarle al interno un ambiente propicio para la reinserción social, es decir, la sociedad se encuentra formada con la misma naturaleza que la reinserción en los centros penitenciarios, ya que se busca que los internos no pierdan contacto con la sociedad en el momento que regresen a la misma como personas ya reinsertadas. En otras palabras, es reinsertar y prevenir que el interno tenga pleno convencimiento de no volver a delinquir nunca más.

Para ello es necesario generar en los centros de reclusión entornos adecuados y dignos de habitar por los internos, concebir políticas de distribución por la región en que estaba el domicilio del interno. Contar con administraciones penitenciarias nuevas, a efecto de dividir: prisión preventiva (mujeres-hombres), sentenciados (mujeres-hombres), inimputables, sentenciados con tratos especiales, delincuencia organizada y justicia para adolescentes.

Como podemos identificar, la reforma constitucional del sistema penitenciario y la reinserción social se orientan más bien a rediseñar la administración penitenciaria. Esto es, infraestructura, equipamiento, tecnología de la información y de la comunicación, y lo más importante, una adecuada gestión penitenciaria, a fin de generar un ambiente propicio a los internos.

Pero se halla otra faceta que debemos atender. Como anteriormente mencioné, ya no se cuenta por completo con el método que comprendía aspectos criminógenos para la readaptación del interno. Ahora es necesario identificar su grado de peligrosidad ante la sociedad y su comportamiento dentro del centro de reclusión; esto implica aspectos científicos, como estudios psicológicos, entorno social del interno y convivencia en el propio centro de reclusión, superación personal de estudios educativos, deporte, productividad en los talleres, etc.

Lo anterior son observaciones primarias de las cuales se deberá de partir para generar las acciones pertinentes, tanto dentro como fuera de las instituciones penitenciarias, que garanticen la distinción de: readaptación social-reinserción social; trato-tratamiento; lugar de reintegración social del sentenciado; centros especiales para delitos de delincuencia organizada (incomunicación); seguimiento y control de la ejecución de sanciones; sustitutivos de la pena y beneficios preliberacionales.

Bajo toda esta temática, seguramente contaremos con funcionarios que actúen con eficacia en el sistema acusatorio en México, que garantice la seguridad y justicia en la sociedad.

EL SISTEMA ACUSATORIO PENAL
Y LA PROTECCIÓN DE
DERECHOS FUNDAMENTALES

Rubén Arturo Sánchez Valencia



Magistrado
Rubén Arturo Sánchez Valencia

Rubén Arturo Sánchez Valencia, licenciado en Derecho por la Universidad Regional del Sureste en Oaxaca, Oax. Maestría en Ciencias Penales por el INACIPE; especialidades en Derecho Constitucional, en Amparo y en Derecho Penal, así como Maestría en Derecho Procesal Constitucional, todas en la Universidad Panamericana. Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos por la Universitat Autònoma de Barcelona. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Doctorando en Ciencias Penales y Política Criminal por el INACIPE.

Profesor honorífico en distintas universidades. Ingresó al Poder Judicial de la Federación en 1985, fue designado Juez de Distrito en junio de 1994 y Magistrado de Circuito desde 1 de julio de 1998. Actualmente es integrante del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, en Toluca, Estado de México.

El Módulo I de los seis en los que se ha dividido este diplomado “El nuevo sistema de justicia penal en México, desde la perspectiva constitucional”, es el referido a la introducción y características generales del nuevo sistema de justicia penal y en el debe darse cuenta de la protección de los derechos fundamentales con la referencia al nuevo sistema acusatorio penal. Es así que lo desarrollaré bajo aspectos específicos con los que pretendo esbozar al menos un panorama general de lo que la tutela de derechos fundamentales habrá de ser en este nuevo sistema de justicia.

1. El proceso de reforma

En el proceso legislativo que dio origen a la reforma constitucional que da vida al nuevo sistema de justicia penal, se evidencia que fueron muchas las referencias que se hacen a la expresión “derechos fundamentales”. En efecto, de lo que aparece como proceso legislativo de esta reforma constitucional, se advierte que el 29 de septiembre de 2006 en la Cámara de Diputados se presentaron 10 iniciativas de diversas fechas, las cuales estuvieron a cargo de uno o varios diputados, en ocasiones de un solo partido y otras tantas de varios institutos políticos. Así, en estas exposiciones de motivos de manera recurrente se hizo alusión a los derechos fundamentales, tanto en relación a su desarrollo histórico, como al contenido mismo de ellos en la reforma. Aun más, en varias partes se hizo mención de instrumentos internacionales firmados por México.

Se podría hacer mención de las distintas iniciativas e inclusive, del diario de debates en relación con todos los argumentos que se vierten por cuanto a esta reforma; empero, sólo basta con plasmar aquí la conclusión que a la lectura de los procesos legislativos de la reforma, motivo de este diplomado nos deja: la reiterada consideración de que la misma tiene como principal finalidad la tutela de los derechos fundamentales, tanto de la víctima, como de los ofendidos. Pero además, se dijo que este nuevo sistema también busca el respeto al debido proceso legal.

2. Los derechos fundamentales

No se puede prescindir de un análisis que por lo menos constituya una aproximación conceptual a la expresión “derechos fundamentales”. A continuación trataré de dar respuesta a las interrogantes siguientes: ¿Qué son los derechos fundamentales? ¿En dónde se establecen o se contemplan? ¿Quiénes son los titulares de los derechos fundamentales? ¿Quiénes sus destinatarios y quiénes sus garantes? Pregunta esta última en la que será menester hacer una referencia al papel que juega el Poder Judicial de la Federación y los órganos que lo ejercen.

Con todo el riesgo que implica atreverse a dar una definición de un concepto, intentare dar por lo menos una aproximación conceptual de los derechos fundamentales como punto de partida para el análisis de la manera en que el nuevo sistema acusatorio penal protege los mismos. No puedo menos que dejar de mencionar a un autor que desde mi muy modesta óptica ha tenido una gran influencia en los sistemas jurídicos y que inclusive es citado en las exposiciones de motivo de la reforma, me refiero a Luigi Ferrajoli. Este tratadista propone la siguiente definición: “son *derechos fundamentales* aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a *todos*

en tanto *personas, ciudadanos y/o personas capaces de obrar*¹. De esta definición conviene destacar tres elementos clave: se trata de a) derechos subjetivos; b) que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas; y, c) que pueden estar restringidos por no contar con el status de ciudadano o de personas con capacidad de obrar.

De igual manera, en esta definición encontramos que Ferrajoli entiende que las clases de sujetos que son posibles titulares de los derechos fundamentales son tres: las personas físicas, los ciudadanos y los ciudadanos capaces de obrar, advirtiendo también que si se distinguen las cuatro combinaciones generadas por la relevancia o irrelevancia del status de ciudadano y/o de capaz de obrar como presupuesto de derechos fundamentales, se obtienen cuatro clases de estos derechos: a) los *derechos humanos*, que pertenecen a todas las personas en cuanto tales, incluso a los que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar; b) los *derechos civiles*, que pertenecen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía; c) los *derechos públicos*, que corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar; y, d) los *derechos políticos*, que corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar.

A continuación, inserto un cuadro que contempla cuáles son estos derechos y los ejemplos que el propio Ferrajoli cita de alguno de ellos.

Derechos fundamentales	Derechos de la persona o derechos de la personalidad		Derechos del ciudadano o de ciudadanía
Derechos primarios o sustancias <i>(Sólo expectativas)</i> <u>Pertencientes a todos con independencia de la capacidad de obrar</u>	Derechos humanos <i>Derechos de Libertad</i> <u>Pertencientes a todas las personas incluso a los que no son ni ciudadanos ni capaces de obrar</u> <i>(Expectativas negativas)</i>	<i>Libertad a la</i> <u>Vida y libertad personal</u> <i>Libertad para</i> <u>Prensa, asociación, reunión</u>	Derechos públicos (o sociales) <u>Salud, educación, seguridad</u> <u>Corresponden a las personas en tanto ciudadanos, independientemente de su capacidad de obrar</u> <i>(Expectativas positivas o derechos positivos)</i>
Derechos secundarios <i>(Expectativas y poderes)</i>	Derechos civiles <u>Pertencen a las personas en tanto capaces de obrar, independientemente de la ciudadanía</u> <i>(Derechos de autonomía privada)</i> <u>Derechos patrimoniales</u> <u>Contrato, testamento</u>		Derechos políticos <u>Corresponden sólo a las personas que sean tanto ciudadanos como capaces de obrar</u> <i>(Derechos de autonomía política)</i> <u>Votar y ser votado</u>

¹ Ferrajoli, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trota. Ed. 2001. pág. 291.

Por otro lado, no está de más mencionar que un derecho fundamental se considera como tal “en la medida en que constituyen instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna”². Este mismo autor cita a Ernesto Garzón Valdés quien manifiesta que podemos entender por bienes básicos aquellos que son condición necesaria para la realización de cualquier plan de vida, es decir, para la actuación del individuo como agente moral.

Y aquí surge la pregunta obligada del por qué se deben proteger ciertos bienes como un derecho fundamental, y la respuesta que se acerca más a la corrección surge precisamente de que esa protección de bienes es necesaria por parte de un estado de derecho que se aprecie de ser respetuoso de la dignidad de la persona humana.

En este mismo sentido puede decirse que en México los derechos fundamentales son aquellos que según el texto de la Constitución mexicana, corresponden universalmente a todos, sin dejar de tomar en cuenta el estatus de la definición que Ferrajoli hace para determinados derechos. Así una primera búsqueda nos lleva a concluir que por un lado los derechos fundamentales se encuentran establecidos en los primeros veintinueve artículos de la Carta Magna, pero además, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que diversos artículos de la Constitución Política también establecen derechos fundamentales, como por ejemplo el 31 que contempla “las obligaciones de los mexicanos” y el numeral 123 que se refiere a “derechos fundamentales de los trabajadores”; siendo indiscutible que tienen la misma categoría las “prerrogativas de los ciudadanos” establecidas en el artículo 35 constitucional que se refieren al derecho de sufragio y al de asociación en materia política.

En otro plano, los derechos fundamentales están recogidos o en la Constitución Política de un Estado o en los tratados internacionales que establecen a los derechos fundamentales como tales. Las disposiciones de derecho fundamental están previstas en “normas de derecho fundamental” que son significados prescriptivos por medio de los cuales se indica que algo está ordenado, prohibido o permitido, o que atribuyen a un sujeto una competencia de derecho fundamental. En efecto, el estado de derecho exige e implica para hacerlo garantizar los derechos fundamentales, mientras que éstos exigen e implican para su realización al estado de derecho. Los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un estado de derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de las personas.

Por cuanto a la titularidad de los derechos fundamentales es un problema que es de difícil planteamiento y de difícil solución. Empero, sí es pertinente decir que los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo. La titularidad de los derechos no puede predicarse tan solo de las personas físicas de un Estado en particular, bien al contrario, han de considerarse con determinadas matizaciones, titulares de derechos a los extranjeros y a las personas jurídicas. Uno de estos derechos es el que todas las personas

² Carbonell, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. Editorial Porrúa. Segunda edición. México 2006. pág. 5.

tienen al debido proceso legal o llamado tutela judicial efectiva la cual es reconocida a “toda persona” o a “todas las personas” sin atención a su nacionalidad.

Para finalizar en cuanto a esta titularidad por las personas físicas o jurídicas de los derechos, habrá que atender a cada derecho en particular para decidir si la titularidad del mismo puede predicarse no sólo de las personas físicas, sino también de las jurídicas.

El destinatario de un derecho fundamental es en términos genéricos, el Estado, y en términos específicos, los distintos entes públicos a través de los cuales el Estado ejerce el poder. Esto es, traducido al sistema mexicano son destinatarios de los derechos fundamentales que se establecen en la Constitución Política y en los Tratados Internacionales relativos a derechos humanos el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Poder Judicial, desde luego cada uno en el ámbito de sus competencias.

En relación a los órganos que integran el Poder Judicial de la Federación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el tribunal constitucional de nuestro país, en consecuencia el máximo intérprete de la Constitución y por ello garante del respeto de los derechos fundamentales que la misma establece. El Tribunal Electoral es la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación. Los Tribunales Colegiados de Circuito son también en el ámbito de su competencia, garantes de los derechos fundamentales.

Quienes tienen una doble función son los Tribunales Unitarios de Circuito y los Jueces de Distrito, pues ellos por un lado tienen una competencia de origen para conocer de juicios o procesos, esto es, son jueces de instancia; empero, también tienen la función del control de la constitucionalidad, pues a través del Juicio de Amparo están legitimados para salvaguardar los derechos fundamentales de los seres humanos cuando alguna autoridad haya violado o desconocido los mismos. Así, en función jurisdiccional de jueces o tribunales de instancia los Jueces de Distrito y los Tribunales Unitarios de Circuito son destinatarios de los derechos fundamentales, es decir, están obligados a respetar y hacer efectivo los mismos en su actuación bajo esta característica. Sin embargo, cuando conocen de juicios de amparo promovidos por leyes o actos de autoridad que vulneren garantías individuales, o sea, derechos fundamentales, son garantes de los mismos.

Con todo lo anterior quiero dejar claro el importante papel que desempeña el Poder Judicial de la Federación en cuanto órgano protector de los derechos fundamentales y, por ello, las resoluciones que dicte no deben ser solo a la luz de lo que la Constitución establece como derechos fundamentales, también lo debe de hacer bajo el prisma de los tratados internacionales relativos a derechos humanos.

3. Una reforma adelantada

Nos congrega en este Diplomado una reforma Constitucional, probablemente la más importante de las muchas que nuestra Carta Magna ha “sufrido”, la cual fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008.

Toda vez que, por un lado, está por aprobarse una reforma a varios artículos de la carta Magna y que, por otro, también está en discusión un proyecto de nueva Ley de Amparo, los cuales hacen referencia a la interpretación de derechos humanos

establecidos en tratados internacionales, así como a la tutela de los mismos a través del juicio de amparo, me parece muy necesario que haga referencia a los mismos.

Así, la entrada en vigor del nuevo sistema procesal acusatorio se encuentra establecida en los artículos transitorios segundo y tercero de nuestra Carta Magna.

De los cuales pueden advertirse dos momentos para la actualización plena de este nuevo sistema procesal penal acusatorio: uno que no excederá de ocho años a partir del día siguiente de la publicación del decreto, por lo cual estamos a punto de cumplir tres años, y en el que es menester que la legislación secundaria se adecue al nuevo sistema; y un segundo momento para aquellas entidades federativas que ya hubieren incorporado, en sus ordenamientos legales vigentes, el sistema procesal penal acusatorio, en las que la reforma ya habrá entrado en vigor.

No obstante ello, si como en el diario de debates y en las exposiciones de motivos de los proyectos de reforma se dijo que este nuevo derrotero tiende a la tutela de los derechos fundamentales, a mi me parece que antes de que esos ocho años se cumplan, esta protección habrá de ser una realidad debido a por lo menos dos razones:

A. En la Gaceta no. 223 del parlamento federal aparece publicado el: “Proyecto de decreto que modifica la denominación del Capítulo I y Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, virtud al cual, una vez que sea aprobado (y parece que será pronto toda vez que solo falta la anuencia de las legislaturas estatales) los derechos humanos habrán de interpretarse de conformidad con la Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia.

Proyecto de Reforma Constitucional³. Por cuanto a la reforma constitucional relativa a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se trata de un proyecto que modifica la denominación del capítulo I del título primero de la Carta Magna. Para efectos de esta ponencia los más importantes son la propuesta de reforma a los artículos 1, 15 y 29, virtud a los cuales se establece lo siguiente:

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.

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.

(...)

³ En la fecha en que esta ponencia fue expuesta, aún no se aprobaba la reforma; empero, el 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, se publicó la misma y así se ha transcrito en este trabajo.

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.

Artículo 15. 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 los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por

esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Todo lo anterior nos obliga a hacer una consideración de la necesidad que se tiene de que los derechos fundamentales se interpreten no solo a la luz de la Constitución sino también de los tratados internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscrito. Es decir, cuando esta reforma sea aprobada no habrá duda alguna que la interpretación por parte de los destinatarios y de los garantes de los derechos humanos, deberá realizarse no sólo bajo el prisma de la Carta Magna, sino bajo la de los tratados internacionales relativos a esta materia.

El significado, camino y consecuencias que tiene el nuevo texto propuesto es diverso y se le ha dado un distinto tratamiento en diversos países.

Por otro lado se ha puesto también ya a debate parlamentario el proyecto de decreto por el que se expide una nueva Ley de Amparo, norma en la cual se establece que el juicio de amparo tiene por objeto resolver las controversias suscitadas por normas generales o actos de autoridad que violan los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como por los Tratados Internacionales de los que el estado mexicano sea parte. Este proyecto, por cierto, viene a recoger las ideas de los proyectos de Ley de Amparo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 17 de noviembre de 1999 invitó a toda la comunidad jurídica nacional a formular propuestas para la elaboración del mismo.

B. Este proyecto de Nueva Ley de Amparo, como ya se ha enunciado está a debate, del cual resalto, por su importancia, dos expresiones fundamentales.

La primera la tomo de la exposición de motivos:

Un presupuesto básico de la democracia es la dignidad de la persona humana, racional y libre, garantizada a través de un catálogo de derechos, valores y principios tales como la libertad, igualdad y pluralidad, que estén reconocidos en una Constitución o Norma Fundamental, los cuales deben ser garantizados y protegidos ante su desconocimiento a través de los instrumentos jurisdiccionales que la propia Constitución prevea.

De ahí la importancia de instrumentos como el juicio de amparo, así como también de los jueces y tribunales constitucionales en un Estado constitucional de Derecho.

El primero de los cambios más importantes contenidos en la reforma constitucional antes referida hace mención a la ampliación del objeto de protección del juicio de amparo. Hasta hoy, como es evidente, el mismo se ha limitado a las denominadas garantías individuales que, básicamente, quedaron establecidas desde la Constitución de 1857 y fueron repetidas, en lo sustancial, en la de 1917. La extensión del juicio de amparo se ha dado, ante todo, por las interpretaciones generadas las garantías de legalidad y de seguridad jurídica de los artículos 14 y 16 constitucionales, así como a las reinterpretaciones a ciertos preceptos de la Constitución.

Se pretende en consecuencia, afines a la lógica internacional que ha extendido el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio más eficiente de control de las actuaciones de las autoridades públicas, ampliar el marco de protección de ese proceso extendiendo la materia de control.

Es en ese sentido, dado que será mediante el juicio de amparo, se protegerán de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos humanos reconocidos por ésta así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

La segunda circunstancia a observar (que es necesaria consecuencia de la anterior) es el contenido de la fracción I del artículo 1° de este proyecto, el cual se inserta en el Título Primero “Reglas Generales”, Capítulo I “Disposiciones Fundamentales”, mismo que es del siguiente tenor literal:

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

I. Por normas generales o actos de autoridad que violes los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte;
[. . .]”

Pues bien, aún cuando considero que la aplicación de derechos fundamentales previstos o reconocidos en tratados internacionales es ya una obligación del Estado Mexicano, con independencia de que exista o no un reconocimiento expreso en el texto constitucional o en una ley, una vez que sean aprobadas tanto la reforma a la Carta Magna, como la nueva Ley de Amparo, será una ineludible forma de dictar nuestras sentencias el atender a los derechos humanos previstos en tratados internacionales.

4. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Es obligada la referencia sobre este tópico, pues pretendo demostrar la vinculación de México en el concierto internacional, virtud a la ratificación de los tratados internacionales sobre la materia. En este sentido es necesaria una aproximación

conceptual sobre este subtema, haciendo especial énfasis al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos con referencia a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las sentencias de condena dictadas en contra de México.

En el entendido de que los derechos fundamentales se encuentran contemplados tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales relativos a la materia, bajo el presupuesto también de que los derechos humanos son fundamentales; es necesario realizar un análisis, así sea somero, de lo que es el derecho internacional de los derechos humanos pues es menester tener una aproximación conceptual y de contenido ya que ello redundará en la forma en que deben aplicarse los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el derecho nacional.

Inicio con una frase tomada del apartado 5 de la Declaración de Viena de 1993:

Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí y la Comunidad Internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos su mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.

(Declaración de Viena 1993)

Así, los cuatro instrumentos sobre derechos humanos más relevantes para este continente son: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las fuentes del sistema universal⁴.

a) La Doctrina

Se trata de los pronunciamientos adoptados por un órgano competente a fin de interpretar o aclarar el contenido, alcance o valor jurídico de una disposición contenida en la normativa internacional o, eventualmente, una regla o principio del derecho consuetudinario vigente.

⁴ Esta información fue tomada del libro *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, editada por la oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, del Tecnológico de Monterrey.

b) La jurisprudencia

Hasta la fecha, sólo cuatro de los comités del sistema universal han desarrollado una jurisprudencia sobre los derechos consagrados en el instrumento correspondiente: el Comité de derechos humanos, el Comité para la eliminación de la discriminación racial, el Comité contra la tortura y el Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

c) Fuentes auxiliares

Los comités de expertos independientes del sistema universal han adoptado la práctica de aprobar, al final del examen de cada informe de un Estado Parte, un documento denominado Observaciones finales, que contiene sus conclusiones y recomendaciones sobre la situación imperante en el país en cuestión y los esfuerzos realizados por el Estado para cumplir con las obligaciones relativas a los derechos humanos consagradas por el tratado pertinente. Estas observaciones, son una fuente auxiliar de interpretación en la medida en que contienen conclusiones claras sobre la compatibilidad de determinadas leyes o prácticas concretas con la normativa internacional pertinente, o sobre el contenido o alcance de una norma internacional.

Otras fuentes universales

Tienen la característica de ser fuente universal, los siguientes organismos:

La Corte Internacional de Justicia.

Los Tribunales Penales Internacionales y la Corte Penal Internacional.

La Organización Internacional de Trabajo (OIT).

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

La estructura del sistema interamericano de protección de los derechos humanos es mucho más sencilla que la del sistema universal. Los órganos principales del sistema interamericano son la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos

Las competencias de la Corte Interamericana son las establecidas en el Capítulo VIII de la Convención Americana de Derechos Humanos. Las competencias más relevantes son la adopción de opiniones consultivas, definida por el artículo 42 de la Convención Americana, y el examen de casos contenciosos, definida por los artículos 61 y 62 de la misma Convención.

La competencia consultiva de la Corte Interamericana comprende, *rationae materiae*, consultas relativas a la Convención Americana y a “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos (art. 64.1). En su Opinión Consultiva OC-1/82, la Corte Interamericana determinó que esta última cláusula no se limita a los tratados interamericanos en la materia, sino a todo tratado vigente en

uno o en varios Estados americanos, y que tampoco se limita a tratados dedicados al tema de los derechos humanos sino que incluye cualquier tratado “en que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos”. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Declaración Americana), evidentemente, no es un tratado. No obstante, en su Opinión Consultiva OC-10/89, la Corte Interamericana concluyó que tiene competencia para interpretarla “(...) en relación con la Carta y la Convención [Americana de Derechos Humanos] u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

La competencia consultiva de la Corte Interamericana se extiende a dos tipos de consultas: aquellas que solicitan la interpretación de una disposición o disposiciones de la Convención Americana o de otro tratado sobre derechos humanos, o eventualmente una cuestión más general sobre la interpretación de la Convención, y las que soliciten la opinión de la Corte sobre la compatibilidad de una ley con la Convención. Las consultas del primer tipo pueden ser sometidas por cualquier Estado Miembro de la OEA, por la CIDH y, en ciertas circunstancias, por otros órganos de la OEA, mientras que las del segundo tipo sólo pueden ser presentadas por un Estado miembro, con respecto a su propia legislación.

La Corte Interamericana también tiene competencia sobre casos examinados previamente por la CIDH. Esta competencia se limita a casos “(...) relativo[s] a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”, es decir, la Convención Americana” (art. 62.3). Dichos casos pueden ser sometidos por el Estado aludido, o por la CIDH siempre que el Estado haya aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana y que la CIDH haya cumplido con los requisitos procesales correspondientes (arts. 61 y 62). Durante más de dos décadas, la CIDH tuvo una amplísima discreción sobre la sumisión de casos a la Corte Interamericana. En 2001, entró en vigencia un nuevo Reglamento de la CIDH, que dispone que toda decisión de esta Comisión relativa a un Estado Parte en la Convención Americana que reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, debe ser sometida a ésta, a menos que el Estado haya cumplido con las recomendaciones de la CIDH o que ésta, por decisión fundada, determine lo contrario (art. 44). Esta reforma ha producido un aumento importante en la jurisprudencia de la Corte interamericana. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte adopta órdenes, fallos y decisiones de distinta índole, entre ellos, medidas cautelares, excepciones preliminares, reparaciones e interpretaciones de sus sentencias. Para efectos de la interpretación de la normativa interamericana sobre derechos humanos, las sentencias de la Corte Interamericana sobre el fondo de los casos son lo más relevante.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

La CIDH, al igual que el Comité de Derechos Humanos del sistema universal, es un órgano compuesto por expertos independientes. La competencia de la CIDH para conocer casos de violaciones de los derechos humanos proviene de distintas fuentes, de las cuales las más relevantes son las siguientes:

- Competencia original para conocer violaciones de derechos humanos en todos los Estados miembros de la OEA, derivada de su Estatuto.
- Competencia para conocer denuncias de violaciones de los derechos reconocidos por la Convención Americana por un Estado Parte.
- Competencia para conocer violaciones de la libertad sindical y del derecho a la educación, reconocida por el Protocolo de San Salvador sobre derechos económicos, con respecto a los Estados Partes en dicho instrumento (art. 19.6).
- Competencia para conocer denuncias de violaciones de la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura, la Convención Interamericana sobre la desaparición forzada de personas y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

El corpus juris del derecho internacional de los derechos humanos

Tipología de los instrumentos internacionales

En el manual de Protección internacional de los derechos humanos, se propuso la idea de que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pueden dividirse en tres grandes categorías. La primera consiste en las grandes declaraciones de 1948: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Dichos instrumentos comparten tres características fundamentales:

1. Reconocen una amplísima gama de los derechos fundamentales, incluidos los de carácter civil, político, social, económico y cultural.
2. No son tratados internacionales y en el momento de su elaboración carecían de carácter vinculante.
3. Hoy día son considerados por los órganos internacionales competentes manifestaciones del derecho internacional consuetudinario, vinculantes para todos los Estados Partes en las Naciones Unidas y la OEA, respectivamente.

La segunda categoría consiste en los grandes tratados universales y regionales en materia de derechos humanos, en particular el PIDCP y PIDESC en el sistema universal, y la Convención Americana y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el sistema interamericano. Estos instrumentos, con pocas excepciones, consagran los mismos derechos plasmados en las grandes declaraciones de 1948. No obstante, como fueron elaborados con el propósito de ser vinculantes, definen el contenido, el alcance y los límites de estos derechos en forma más precisa y pormenorizada. En el sistema universal, los dos Pactos Internacionales (el PIDCP y el PIDESC) y la Declaración Universal son conocidos colectivamente como la Carta Internacional de Derechos Humanos, en reconocimiento de su lugar especial en el derecho internacional de los derechos humanos.

La tercera categoría consiste en los demás instrumentos sobre derechos humanos, dedicados a derechos o principios específicos, o los derechos de determinados sectores de la sociedad humana, como los niños, los indígenas, los trabajadores migrantes, las personas con discapacidad, los presos y tantos otros. En esta amplísima categoría es posible distinguir muchas subcategorías distintas. Para nuestros propósitos, las más

relevantes son la subcategoría de tratados, por una parte, y la subcategoría que agrupa los demás instrumentos, que carecen de carácter contractual. Dichos instrumentos -que son numerosos- se conocen bajo diferentes denominaciones, entre ellas declaración, principios básicos, reglas mínimas, reglas, principios, directrices. El sitio web de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos contiene más de sesenta instrumentos universales sobre derechos humanos, sin contar los protocolos ni los instrumentos del derecho internacional humanitario, derecho penal internacional o derecho internacional social.

5. Implementación de los derechos humanos en el derecho interno

Cuando un país ratifica un tratado internacional trae como consecuencia, el que los derechos fundamentales previstos en el instrumento ratificado pasan a formar parte del derecho interno, esto es, son vinculantes, y en consecuencia obligatorias para las autoridades del Estado que lo haya suscrito. Los caminos y formas en que los derechos humanos se implementan a nivel nacional son variados. En donde es menester hacer mención del llamado control de convencionalidad.

En relación a este tema me parece necesario abordar cuatro aspectos fundamentales: El primero referido a la jerarquía constitucional de los tratados de Derechos Humanos en el derecho interno; el segundo el análisis de las llamadas “cláusulas de remisión” de esos ordenamientos que la propia constitución hace en relación a los mismos; el tercero por cuanto a la determinación de si los derechos fundamentales previstos en tratados internacionales son o no autoejecutables; y el cuarto que versará sobre la problemática que puede darse en la propia regulación que puede ser distinta entre tratados internacionales de derechos humanos, o entre éstos y la constitución o las leyes de cada país.

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en el derecho interno podemos decir, en términos generales, que en las constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor: 1) supraconstitucional, virtud a la cual el tratado internacional relativo a derechos humanos está por encima de la Constitución Política del país; 2) constitucional, en razón de esta jerarquía los tratados internacionales en la materia tienen el mismo rango o están a la misma altura que la Carta Magna de cada Estado y en consecuencia por encima de las leyes internas; 3) suprallegal, categoría en la cual en los tratados están por encima de la ley empero en un rango inferior a la constitución; y 4) legal, en donde los tratados internacionales relativos a derechos humanos están además por debajo de la constitución al mismo nivel que las leyes ordinarias.

En este sentido, es importante el análisis que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado en relación a este tema. Para esto cito el último criterio que ha dictado nuestro máximo tribunal de rubro siguiente: Tratados internacionales. son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. interpretación del artículo 133 constitucional.⁵

Empero, me parece necesario hacer algunas precisiones respecto de este criterio que consisten en la parte quejosa, las autoridades responsables y el acto reclamado del amparo en revisión respecto del cual nace este pronunciamiento; también en relación a

⁵ Tesis Aislada con número de registro 172650, Novena Época, Instancia: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Materia(s): Constitucional.

la votación y por último poner de relieve una parte de la propia sentencia que se refiere específicamente a los tratados internacionales relativos a derechos humanos.

Los apuntamientos son, me parece, muy claros y específicos:

- a. La parte quejosa es Mc Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, o sea una persona moral, no un ser humano.
- b. Las autoridades responsables son El Titular del Ejecutivo, el Secretario de Economía, el Subsecretario de negociaciones Comerciales Internacionales dependiente de la anterior, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, etc.
- c. Uno de los actos reclamados se hizo consistir, fundamentalmente, en “A) Del Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, se reclama: La expedición y promulgación del “Decreto por el que se establece la tasa aplicable para el 2001 del Impuesto General de Importación para las mercancías originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Chile, Nicaragua y el Estado de Israel”, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2000, en especial su artículo 8, mismo que establece a la letra lo siguiente:”
- d. La votación fue de una mayoría de seis votos, por lo cual esta tesis no es idónea para integrar jurisprudencia, y por ello es aislada en todos los sentidos.
- e. Por último, transcribo una parte de la sentencia que deja entrever la postura Tribunal Constitucional por cuanto a la jerarquía normativa de los Tratados Internacionales relativos a Derechos Humanos; la Corte dijo lo siguiente: “En las condiciones relatadas, es posible concluir que, en términos del artículo 133 constitucional, los tratados internacionales, al ser parte de la Ley Suprema de toda la Unión, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y, por otra parte, atendiendo a las consideraciones de derecho internacional que serán desarrolladas a continuación, también por encima de las leyes generales; en el entendido de que esta Suprema Corte no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté referido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta”.

Se advierte que la propia Suprema Corte le está asignando a los tratados relativos a Derechos Humanos una jerarquía constitucional.

Las Cláusulas de remisión

Por cuanto a las llamadas “cláusulas de remisión” puede decirse que las mismas son de tres tipos:

- a) una simple incorporación de aplicación, verbigracia cuando se establezca que un convenio ratificado por el Estado “hacen parte” de su legislación interna. Procedimiento que soluciona el problema de la aplicabilidad, pues virtud de esa cláusula se tornan aplicables empero suscitan problemas interpretativos complicados.

- b) otra forma es que además de incorporarlos define la jerarquía normativa, esto es, expresan que además de ser parte de su derecho tienen rango constitucional y son aplicables. Ejemplo de ello es la Constitución Argentina que da a determinados tratados internacionales relativos a derechos humanos jerarquía constitucional.
- c) por último, una cláusula de remisión también es el llamado “mandato de interpretación”, es decir, normas que dicen “los derechos constitucionales deben ser interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos”. Ejemplo de ello es la ya analizada reforma constitucional al artículo 1º, que en su párrafo segundo 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.

Según se ve si bien es un gran adelanto, el problema se da en que no se establece cuál es la jerarquía de los tratados, de ahí que pueda haber distintas interpretaciones a ello, por ejemplo, alguien puede decir que esas cláusulas lo que hacen es constitucionalizar los tratados; otros pueden manifestar que lo que establecen es un criterio de interpretación pero no constitucionalizan los ordenamientos supranacionales.

En este último sentido, me parece que no es exactamente lo mismo establecer jerarquías normativas que el propio mandato de interpretación.

Autoejecutabilidad de los tratados

Por cuanto a la determinación de si los tratados internacionales de derechos humanos son autoejecutables, me parece que la respuesta adecuada puede darse en relación al propio derecho fundamental en que se encuentre previsto, pues en principio el mandato de tratado puede ser una orden para que el Estado desarrolle ley en determinado derecho. Ejemplo de ello es el artículo 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Otro tipo de normas, de acuerdo a su contenido son claramente operativas y eso se extrae de la naturaleza del bien jurídico que se tutela. En este caso habrá de tenerse especial cuidado de no alegar, por parte del Estado, la existencia de disposiciones de

derecho interno que puedan impedir la operatividad o eficacia del derecho fundamental.

No está demás considerar que la ratificación de un tratado implica no sólo aceptar que los artículos del mismo pasan a formar parte del derecho interno del Estado que ratifica el instrumento sino que también se integra a la normativa tanto el preámbulo del ordenamiento supranacional como la jurisprudencia que los órganos encargados de su interpretación realicen.

Finalmente, en relación a la problemática que pudiera surgir entre una posible antinomia no sólo entre el tratado y la constitución de la ley interna, sino entre los propios tratados, considero que la solución estriba en la aplicación del principio *pro personae*, esto es, habrá de aplicarse la norma que mayor beneficio otorgue al ser humano.

6. El camino ya recorrido

Ahora bien, mucho se ha cuestionado en nuestro país el hecho de que si el Poder Judicial de la Federación lleva a cabo el ejercicio y defensa de los derechos humanos en sus ordenamientos internos, es decir, que si realmente tienen eficacia los tratados de derechos humanos suscritos por México, pues bien esa interrogante queda resuelta cuando vemos que nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha realizado múltiples pronunciamientos sobre la aplicación de derechos fundamentales establecidos en ordenamientos supranacionales a favor de sus garantes.

Ejemplo de ello, y de manera enunciativa más no limitativa, me permitiré hacer cita de algunas de las sentencias en las cuales se demuestra que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos si se aplica en nuestro país y que nuestro máximo Tribunal Constitucional, toma en serio los derechos humanos y efectúa de forma activa la implementación de los tratados sobre la materia, a saber⁶:

Rubro. Incorporación del derecho internacional en el derecho interno.

Tenemos la sentencia dictada el 2 de abril de 2004, por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los autos del amparo en revisión 237/2002; en donde, el tema de estudio fue la incorporación de los tratados internacionales en el derecho interno; requisitos de forma y fondo para la validez de un tratado internacional; interpretación del tratado.

Así como la emitida por el Pleno de nuestro máximo tribunal en el Amparo en revisión 120/2002. En el cual se efectuó un análisis inherente a la jerarquía de los Tratados Internacionales y principios internacionales que regulan la relación entre derecho Internacional y derecho nacional.

Rubro. Interpretación de la normativa internacional

En este tema, destaca la sentencia de 29 de junio de 2004, emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dentro de la Controversia constitucional 33/2002, la cual tuvo como objeto de estudio las reservas y cláusulas de interpretación de los tratados internacionales.

⁶ Las sentencias citadas como ejemplo fueron tomadas del libro *Los Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, editada por el Poder Judicial de la Federación y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México.

De esta forma, reiteramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no es un tribunal cuya naturaleza sea penal, menos aun, un tribunal de apelaciones de las sentencias de los órganos judiciales o arbitrales internos; sin embargo, tiene como característica especial el hecho de que es supletoria.

Características generales de la Corte Interamericana como mecanismo jurisdiccional de protección de los Derechos Humanos

El tratadista José Carlos Remotti Carbonell en su obra⁷ resalta de manera fundamental tres cuestiones que permiten tener un panorama claro y preciso de lo que es, y de lo que no también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual reseño en los siguientes tres apartados:

A. Por cuanto a su actuación

- a) El recurrir ante la Corte no puede ser tomado como una deslealtad al país ni puede originar ninguna sanción, perjuicio o consecuencia negativa a quién lo haga.
- b) La defensa de los derechos humanos no puede ser entendida como una indefensión del Estado.
- c) La gravedad de los delitos investigados no puede fundamentar la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio.

B. Sobre la naturaleza de la Corte

- a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un tribunal de naturaleza penal.
- b) La corte Interamericana no es un Tribunal de apelaciones de las sentencias de los órganos judiciales o arbitrales internos.
- c) La Corte Interamericana de Derechos Humanos es de carácter supletoria.

C. Obligaciones que asumen los Estados al aceptar la competencia de la Corte, es decir:

- a. La de respetar los derechos y libertades reconocidos por la Convención.
- b. Garantizar los derechos y garantías a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.
- c. La de adecuar el ordenamiento jurídico y la actuación de estos los poderes públicos a fin de garantizar de manera efectiva los derechos.
- d. La obligación de tomar medidas de prevención que eviten violaciones de derechos.
- e. La obligación de investigar las violaciones de derechos y sancionar a los responsables.

⁷ Remotti, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Editorial Instituto Europeo de Derecho. Barcelona Mayo 2003. págs. 29 a 71.

- f. La obligación, cuando proceda, de reponer el derecho vulnerado y reparar los daños producidos y, en su caso, pagar una indemnización.
- g. La obligación de participar en los procedimientos iniciado en su contra ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que deriven de ellos.
- h. La obligación de los Estados de evitar y sancionar la impunidad.
- i. La obligación del Estado de responder por la actuación de sus subordinados.
- j. La responsabilidad del Estado no se limita a la actuación u omisión de sus funcionarios o agentes sino que también puede originarse en la actuación de particulares.
- k. La responsabilidad del Estado subsiste con independencia de los cambios de Gobierno o en su actitud o en la normativa.
- l. Los Estados son quienes asumen la responsabilidad por el cumplimiento de las disposiciones de la Convención y no sus entes regionales o federales.

Clasificación de las determinaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cuáles se han pronunciado en contra de México⁸

Clasificación:

• Casos contenciosos

1. Alfonso Martín del Campo Dodd, serie C No. 113. (sentencia 3/ septiembre/2004)
2. Castañeda Gutman, serie C No. 184 (sentencia 6/agosto/2008)
3. González y otras, serie C No. 205 (sentencia 16/noviembre/2009)
4. Radilla Pacheco, serie C No. 209 (sentencia 23/noviembre/2009)
5. Fernández Ortega y otros, serie C No. 215 (sentencia 30/agosto/2010)
6. Rosendo Cantú y otra, serie C No. 216 (sentencia 31/agosto/2010)
7. Cabrera García y Montiel Flores, serie C No. 220 (sentencia 26/noviembre/2010)
8. Rosendo Cantú y otras, serie C No. 225 (interpretación de sentencia 15/ mayo/2011)
9. Fernández Ortega y otros, serie C No. 226 (interpretación de sentencia 15/ mayo/2011)

• Opiniones Consultivas

1. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999.
2. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003.

⁸ www.corteidh.or.cr

• **Medidas provisionales**

1. Alvarado Reyes y otros. Resolución del presidente de la corte 01/abril/2011.
2. Castañeda Gutman. Resolución de la corte 25/noviembre/2005.
3. Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. Resolución de la corte 20/abril/2004.
4. Digna Ochoa y Plácido y otros. Resolución de la corte 28/agosto/2001.
5. Fernández Ortega y otros. Resolución de la corte 31/mayo /2011.
6. Gallardo Rodríguez. Resolución de la corte 11/julio/2007.
7. García Uribe y otros. Resolución de la corte 02/febrero/2006.
8. Leonel Rivero y otros. Resolución de la corte 25/noviembre/2008.
9. Pérez Torres y otros (“Campo Algodonero”). Resolución de la corte 30/junio/2011.
10. Pilar Noriega y otros. Resolución de la corte 06/febrero/2008.
11. Rosendo Cantú y otra. Resolución de la corte 01/julio/2011.

• **Supervisión de cumplimiento de sentencias**

1. Radilla Pacheco. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 19 de mayo de 2011.
2. Fernández Ortega y otros. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2010.
3. Rosendo Cantú y otra. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2010.
4. Castañeda Gutman. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 01 de julio de 2009.

7. Debido proceso legal

Por último y a manera de conclusión daré cuenta del contenido de la llamada tutela judicial efectiva, o debido proceso legal estableciendo cuáles son las garantías mínimas o el contenido esencial de este derecho fundamental, con referencia al nuevo sistema de justicia acusatorio adversarial.

En ese contexto las garantías mínimas que debemos considerar dentro del debido proceso legal, son las siguientes:

- A. Imparcialidad, Independencia, Competencia y establecimiento legal previo o del Juzgador.
- B. Presunción de inocencia.
- C. Igualdad de las partes.
- D. Derecho a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, cuando no comprenda o hable el idioma del juzgado o tribunal.
- E. Derecho a estar presente en el proceso.
- F. Derechos de Defensa:
 1. Derecho a defenderse por sí mismo (defensa material).
 2. Derecho a contar con la asistencia de un defensor y a comunicarse con él de manera privada y libre.

3. Derecho a que se le comunique detalladamente y en forma oportuna la imputación y la acusación.
 4. Congruencia entre acusación y sentencia condenatoria.
 5. Derecho a disponer de tiempo adecuado para preparar su defensa.
 6. Derecho a contar con los medios adecuados para preparar su defensa.
 7. Derecho a ofrecer pruebas y expresar sus alegatos.
 8. Derecho a contradecir las pruebas y alegatos de la contraparte.
 9. Derecho a ser auxiliado para que sus testigos comparezcan a juicio.
 10. Derecho a interrogar a sus testigos y contrainterrogar a los testigos de cargo.
- G. Derecho a que los testigos de cargo declaren en su presencia en juicio (derecho a ser careado, también conocido como derecho a la confrontación).
- H. Derecho a impugnar la sentencia de primera instancia.
- I. Derecho a guardar silencio.
- J. Inadmisibilidad o exclusión de pruebas ilícitas.
- K. Derecho a ser juzgado en plazo razonable.
- L. Juicio público, contradictorio, concentrado, continuo y celebrado ante juez o jurado (juicio en audiencia pública).
- M. Prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismo hechos o *non bis in idem*.
- N. Tutela jurisdiccional de las garantías del debido proceso penal.

Se que el quehacer jurisdiccional conforma y da contenido a los principios que el legislador plasma en sus ordenamientos; esto es, el derecho se dice desde lo que la Constitución Política, los Tratados Internacionales y las Leyes establecen. Es ya una realidad la interpretación obligada desde estas tres fuentes y, según se ha visto, en ellas tendrá prevalencia la Constitución y los pactos Internacionales, pues ahora debe buscarse el camino y la pauta que otorgue un mayor beneficio a la persona humana.

El contenido de las garantías mínimas que he enumerado, así como su alcance y, desde luego, sus límites, habrán de conformarse con la labor jurisdiccional que lleven a cabo los jueces de este país, y lo digo deliberadamente sin distingo de fueros o competencias: todos estamos llamados a construir un nuevo derecho.

Si estas reformas constitucionales van a otorgar mayor seguridad jurídica y si, particularmente, las injusticias se irán quedando en la historia, habremos de congratularnos y felicitarlos en esta construcción. México necesita ser un mejor país, lo cual no podrá lograrse si los seres humanos de este conglomerado no aportamos lo mejor de nosotros mismos.

Que así sea.

BIBLIOGRAFÍA

1. REMOTTI, José Carlos. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Editorial Instituto Europeo de Derecho. Barcelona, Mayo 2003.
2. FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*. Editorial Trota. Ed. 2001.
3. CARBONELL, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. Editorial Porrúa. Segunda edición. México 2006.
4. *Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, editada por la oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública, del Tecnológico de Monterrey.
5. *Los Derechos Humanos en la actividad jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, publicada por el Poder Judicial de la Federación y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos en México.

CAPITULO 2

MECANISMOS ALTERNATIVOS
Y FORMAS ANTICIPADAS
DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

ALTERNATIVIDAD
Y OPORTUNIDAD EN EL
SISTEMA PENAL ACUSATORIO

Juan José Olvera López



Magistrado
Juan José Olvera López

Es Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Querétaro y cursó la Maestría en Derecho Procesal Constitucional en la Universidad Panamericana.

Ha publicado artículos en revistas especializadas sobre Amparo, Derecho Penal y Argumentación Jurídica. Actualmente es profesor del Instituto de la Judicatura Federal, así como de posgrado en el Instituto Tecnológico Autónomo de México y en la Universidad Panamericana.

Fue Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito, Secretario Adjunto y de Estudio y Cuenta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Juez de Distrito y desde hace poco más de cinco años es Magistrado de Circuito, adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

Al menos desde que se constituyó el Estado de derecho en los países que asumieron el sistema conocido como Continental Europeo, el proceso penal es la vía única para solucionar la conflictiva de esta materia. México, desde su nacimiento como país independiente (hace ya ciento noventa años), acogió este sistema y con ello dejó fuera la posibilidad de que se abriera cualquier otro camino de solución, desde la investigación de los hechos presuntamente delictivos hasta la ejecución de las penas. Depositó en el Ministerio Público la facultad exclusiva de hacerse cargo de la investigación y persecución de los delitos, imposibilitando con esto al gobernado que los padeció para que él, por su propia cuenta, accediera a la administración de justicia (el individuo importaba sólo en cuanto era parte de la sociedad).

El Ministerio Público decidía si investigaba y, en su caso, si ejercía acción penal. Si decidía no ejercerla, la víctima no disponía de derecho alguno para oponerse,¹ carecía de herramientas para buscar una solución diferente a la que había encontrado el representante social, pues aunque podía buscar directamente la reparación del daño, no contaba con margen de negociación porque no podía disponer de la acción;² el inculpado no encontraba ningún aliciente en reparar el daño porque de todas formas sería llevado a juicio y, a su vez, el mismo juicio le brindaba la posibilidad de resultar absuelto. Asimismo, el Estado depositó en los jueces, también en exclusiva, la facultad de gobernar el proceso, desde que el Ministerio Público ejercía la acción hasta que dictaba sentencia definitiva.

Hasta 2008 se reconoció la ineficacia de este sistema penal y se instauró a nivel constitucional un “bloque de alternatividad” como salida válida a la par del proceso y, específicamente, del juicio.

La legalidad y la crisis del sistema de justicia penal

En el sistema tradicional, el monopolio estatal de la justicia penal se tendió sobre los principios de legalidad e igualdad y se estableció que si el objetivo era sancionar, luego de encontrar la verdad, por una falta que ofende a la sociedad, entonces éste debía ser cumplido en todo momento para no generar discriminación; el proceso como vía única era el medio adecuado. Sin embargo, nunca quiso decir esto que bastaba la presentación de la denuncia de un gobernado para que, sin más, el fiscal a su vez ejerciera la acción penal ante el juez, ni que el juez, frente a toda acción penal, debía llevarlo hasta estado de sentencia e, invariablemente, condenar; el mismo principio de legalidad estableció ciertas reglas que permitían un considerable grado de selectividad,

¹ Esto cambió hasta 1995 cuando, por reforma del artículo 21 constitucional, se abrió la oportunidad de impugnar el inejercicio de la acción penal (por decisión u omisión de decidir) mediante recurso ordinario y, a falta de éste, a través de juicio de amparo indirecto, según lo terminó por definir el Pleno de la SCJN en la Jurisprudencia 114/2000.

² Fue hasta el año 2000 cuando a la víctima se le reconoció, mediante la reforma que introdujo el apartado B del artículo 20 constitucional, un papel más fuerte, pero en la práctica no ha podido desembarazarse del fiscal —a pesar de criterios jurisprudenciales en contra, priva la práctica de condicionarla a que consiga su aval para tomar parte activa del proceso—. Asimismo, la incorporación del derecho a la reparación del daño en sede constitucional no basta, porque el diseño actual del juicio ha impedido hacerlo efectivo, según se explicará más adelante en este estudio.

no para abrir otras vías, sino para que el proceso no culminara necesariamente con una sentencia que resolviera el fondo; es decir, la legalidad misma, por un lado, establecía la obligatoriedad de investigación y prosecución penal, pero por otro, daba margen a la posibilidad de terminar el proceso antes de sentencia: no ejerciendo acción penal en los casos establecidos por la propia ley o, ejercida la acción, no llegando a sentencia sino sobreseer, también en los casos específicamente dispuestos.

En suma, el camino legalmente trazado siempre fue uno, pero tenía un momento natural de terminación y otros dos anticipados: el inejercicio de la acción –en sede ministerial– y el sobreseimiento –en sede judicial–. Estos dos “atípicos” cumplían una importante función de descongestión. Mas con todo y esas dos válvulas de escape legalmente creadas, el proceso penal bien pronto se colapsó, pues al entender de manera errónea el principio de legalidad –esto es, suponer que todo proceso que no era llevado a juicio no lo respetaba–, ocasionó la imposibilidad de operar de manera eficiente las propias salidas legales y, como consecuencia, la fuerza de la realidad llevó a encontrar otras salidas, no siempre deseables. El Estado, entonces, pagó por haber dispuesto para sí el monopolio de la investigación, de la acción y de la decisión penal, por carecer de recursos materiales para operar el proceso penal y por haber optado por el enjuiciamiento como único camino para resolver toda la conflictiva de esta materia.

De modo que el proceso, no por malo sino por insuficiente –tal como lo demuestran estadísticas fidedignas–,³ es incapaz de resolver todos los asuntos que requieren justicia penal, y la falta de alternativas propicia salidas ilegales que, si bien evitan el colapso de todo el sistema y dan fin al proceso, no administran justicia, pues no se cumple con la función legendaria de castigar al responsable ni con la reciente finalidad de reparar el daño causado a la víctima. De tal modo, es imposible sostener que el proceso penal actual, como única vía (con todo y sus salidas alternas legales), cumple de manera aceptable con la función que el Estado de derecho le ha confiado. Aun suponiendo que el proceso penal está bien regulado y que está siendo bien operado por el Ministerio Público y por los jueces, no cumple con su función debido a la gran cantidad de asuntos que es incapaz de resolver; en otras palabras, el problema mayor no radica en lo que se atiende, sino en lo que se deja de atender.

Desde luego que no necesariamente hay falta de profesionalismo, negligencia o incluso corrupción; lo que sucede es que estas salidas anómalas proliferaron en tanto no hay sanciones efectivas, que, por el contrario, se han reconocido institucionalmente, toda vez que son naturalmente usadas al exigir menos esfuerzo y producir el mismo resultado.

¿Hasta qué punto es esto trascendente? Quienes operamos el sistema de justicia penal podemos afirmar que no es un problema menor. La sociedad, por su parte, tiene la convicción de que el juicio en sí es malo, pero que es peor todo el sistema penal por

³ Cfr. *Indicadores ENSI 6/2008 y Encuesta Nacional sobre Inseguridad ENSI-7/2010* del Instituto Ciudadano de Estudios Sobre la Inseguridad, A.C. (ICESI), así como *Resultados del Programa Sectorial de Procuración de Justicia 2007-2012*, de la Procuraduría General de la República, incluidos en el Tercer Informe de Gobierno de la Presidencia de la República, consultables en <<http://www.icesi.org.mx/estadisticas/estadisticas.asp>>, http://www.icesi.org.mx/estadisticas/estadisticas_encuestasNacionales_ensi7.asp> y <http://tercer.informe.calderon.presidencia.gob.mx/anexo_estadistico/pdf/1_1.pdf>.

la impunidad, por esos casos que ni siquiera son investigados, por esos casos que son investigados pero que no son llevados a juicio. En este sentido, mucho se ha dicho que del número de asuntos denunciados sólo una pequeña parte es terminada por la vía de la decisión legal de ejercicio o no de la acción penal; y que del número de asuntos en los que se ha ejercido acción penal menos de la mitad terminan en sentencia. En realidad no disponemos de la información estadística lo suficientemente clara y confiable como para poder rubricarlo. Sin embargo, la información oficial de que disponemos y los estudios que se han hecho para interpretarla muestran un panorama desolador. Del Tercer Informe de Gobierno de la Presidencia de la República⁴ se desprende que sólo se consigna 19% de asuntos, por lo tanto la pregunta obligada es ¿qué pasa con el 81% restante?

El rubro correspondiente a otras salidas –reserva, no ejercicio, acumulación e incompetencia– ocupa más de 50%. En el nivel de la justicia local, Guillermo Zepeda –quien ha sido un estudioso de esos temas y hoy es referencia obligada en los círculos académicos y mediáticos– elaboró este análisis⁵ que es igualmente relevador: a partir de los asuntos denunciados (dejando de lado aquellos que no se denuncian), sólo 26 son concluidos (26%); de éstos, sólo 54 de cada 100 son consignados (14%); de esos consignados sólo 87.5 de cada 100 se sujetan a proceso (12.2%); de esos que se sujetaron a proceso (básicamente formal prisión) 95 de cada cien llegan a sentencia (11.6%); al final obtenemos que tan sólo 11.6 de cada 100 que fueron denunciados concluyen de manera normal (digamos exitosamente), sin importar si es condenando o absolviendo.

En el fuero federal, según el informe del Presidente de la República, únicamente 19% de las averiguaciones previas iniciadas son consignadas, mientras que en el fuero local, los estudios de Guillermo Zepeda revelan que sólo 14%. ¿Y el resto? Unos están en proceso de solución (trámite) –24% a nivel federal y 42% a nivel local–, damos por supuesto que los restantes se resuelven, pero ¿cómo se resuelven?, ¿a través de las otras vías legales?; es decir, ¿por improcedencia? Recuérdese que las salidas legales sólo lo son formalmente en cierta medida, pues la razón de fondo es que el Estado deja de investigar y perseguir (por ejemplo, prescripción); pero incluso hay otras que son francamente extralegales (reserva) en tanto que ni siquiera resuelven el caso.

No podemos cuestionar a partir de estos números si la decisión de inejercicio se toma de manera adecuada, ni tampoco saber si el juicio –en los pocos casos que sí se realiza– responde a las actuales exigencias constitucionales, mas sí podemos afirmar que el proceso penal actual como única vía no cumple con la función que el Estado de derecho le ha confiado, y no lo hace por la gran cantidad de asuntos que es incapaz de resolver. Son más los asuntos que deja sin resolver que los que resuelve, de manera que aunque diéramos por sentado que resolvió bien todos estos, ello no alcanza para generar un balance positivo.

⁴ Indicadores del Programa Sectorial de Procuración de Justicia 2007-2012, *Tercer Informe de gobierno, Presidencia de la República*, México, septiembre 2009, consultable en <http://tercer.informe.calderon.presidencia.gob.mx/anexo_estadistico/pdf/1_1.pdf>

⁵ Zepeda, Guillermo, “Generación de información para la implementación de la Reforma Penal”, *Tercer Seminario. Información, estadística y políticas públicas judiciales*, presentado en la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, Distrito Federal, 8 de octubre de 2010.

La alternatividad

La realidad antes descrita obligó a buscar soluciones. Al no ser suficiente el camino legal trazado sobre la obligatoriedad (todo debe ser investigado, acusado y enjuiciado a través sólo del proceso penal), en la reforma al sistema de justicia penal se optó por la vía de la alternatividad,⁶ esto es, generar otras vías de solución de los conflictos penales, abrir otros caminos y que esos caminos logren lo mismo que el juicio; que el proceso penal subsista, pero que, paralelamente a éste, se generen otras opciones para administrar justicia. Esta solución, acogida en México en 2008 –a la que se recurrió desde hace treinta años en el sistema estadounidense, la misma que transitó hacia Europa (Alemania, Italia, España, entre otros) y luego volvió al continente americano por la puerta del sur (Chile, Colombia, Costa Rica)–, introduce un nuevo sistema de justicia penal que crea todo un bloque de alternativas de solución.

Fundamentos de la alternatividad

El reconocimiento de la alternatividad en México, como salida válida en el sistema de justicia penal, se fundamenta en tres ejes:

a) Sistémico. En el Sistema Continental Europeo, el objetivo del derecho penal se había identificado tradicionalmente desde dos enfoques: el irrestricto ejercicio del *ius puniendi* ante la criminalidad y la búsqueda de la verdad en el proceso, ante lo cual se había insistido que el proceso penal tenía eficacia preventiva para controlar las tasas de criminalidad, sin embargo, el enfoque tradicional dejó de tomar en cuenta lo siguiente: primero, que la legalidad, como pilar del Estado de derecho, no debe ser entendida necesariamente como obligatoriedad; ésta no es inmutable, no es parte de la genética del Estado de derecho que ha evolucionado a partir del que fue hace 200 años. En realidad, este cambio de concepción es lo que se ha estimado como la evolución del Estado de derecho al Estado social (o democrático) de derecho, donde la legalidad no es un fin en sí mismo, sino sólo un instrumento para lograr la eficiencia. Y segundo, que el proceso penal, a su vez, tampoco es un fin en sí mismo, sino que es un medio para la protección de los derechos de los ciudadanos (en particular de las víctimas); así, no debe privilegiarse el proceso por encima de algún mecanismo que pueda asegurar de manera más rápida la reparación del daño causado.

Por lo tanto, la obligatoriedad no tiene que ser aplicada en todos los casos, en algunos puede aplicarse la discrecionalidad –que más adelante explicaremos como oportunidad–, según criterios de selección, que le permitan al órgano persecutor desarrollar su labor con eficacia y responder de manera pronta a las demandas de los ciudadanos, tanto víctimas como imputados.

⁶ La reforma dejó de lado, entre otras, dos posibles soluciones que han sido discutidas en foros académicos desde antaño: 1) Reducir el número de casos que transitan por el sistema penal, eliminando delitos del terreno penal; una solución larga y profundamente explorada pero nunca ejercida. 2) Incrementar la capacidad de operación del sistema para abatir el rezago: más operadores (ministerios públicos y jueces) y más recursos económicos (crear Agencias del Ministerio Público y más juzgados); a esta solución sí se ha recurrido pero se ha logrado muy poco.

b) Constitucional. De acuerdo con la reforma del 18 de junio de 2008, la Constitución mexicana expresamente indica en su artículo 17, tercer párrafo: “Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En materia penal, regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial”; en tanto el artículo 20, apartado A, fracción I, señala: “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”.

De modo que la reparación del daño ocasionado por un delito, a favor de la víctima, se ha convertido también en un derecho fundamental, por lo tanto, para el derecho penal ya no es un fin subsidiario del *ius puniendi*, sino un fin primario –junto con aquél–. La modernización del sistema de justicia penal incorpora medios alternos al juicio para la solución de la problemática penal y se orienta a un cambio de sentido: de la justicia retributiva a la restaurativa. El sistema penal tiene ahora un doble propósito: a) imponer una pena pública por el delito cometido y b) reparar el daño a favor de la víctima. La justicia retributiva tenía como objetivo castigar al delincuente –incluso al margen de los intereses de la víctima–; aquí no cabe excepción alguna al principio de obligatoriedad, de modo que el fiscal debe perseguir todos los delitos puestos a su conocimiento.⁷ En cambio, la justicia restaurativa se enfoca a la solución del conflicto mediante la reparación del daño causado a la víctima.⁸

En este caso, el principio de obligatoriedad no tiene aplicación en la persecución de los delitos, sino el de oportunidad –discrecionalidad–, en tanto que el fiscal puede aplicar criterios de selección que le permitan desarrollar su labor con eficacia. Así se dijo en el dictamen de la cámara de origen en el proceso legislativo de la citada reforma constitucional, al explicar la adición del párrafo tercero al artículo 17 constitucional –que establece los medios alternos al juicio–:

Además de lo anterior, en el texto que se propone del artículo 17 se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias, que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar el paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar

⁷ En el sistema procesal penal alemán se ha explicado, en relación con el principio de oportunidad como medio alterno, que ante las teorías retributivas de la pena no procede excepción alguna a la obligatoriedad, de modo que se aplica la legalidad estricta; mientras que para las teorías preventivas, la legalidad confluye con el principio de oportunidad. Cfr. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor (trad.), Buenos Aires, Editorial del Puerto 2000, p. 89.

⁸ El profesor colombiano Márquez Cárdenas destaca que “la justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal, la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes”, y agrega: “este nuevo enfoque en el proceso de atención para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades, cada vez más indiferentes con las víctimas”. Márquez Cárdenas, Álvaro E., “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal con tendencia acusatoria”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, Bogotá, Universidad Militar Nueva Granada, julio-diciembre, año/ vol. X, núm. 020, p. 203.

otras formas de relacionarse entre sí donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales y para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño, que es una asignatura pendiente de nuestro sistema de derecho.

Pero además, a diferencia de lo que venía ocurriendo en el sistema actual, donde se anteponía el interés general al particular de la víctima, en el nuevo sistema, por regla general,⁹ sucede a la inversa, de manera que si es necesario, se prescindirá de la pena pública para lograr la reparación del daño. Restaurar es volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del delito, y el medio más efectivo para lograrlo es reparando el daño a la víctima, incluso de manera preventiva (no hay que esperar, pues, hasta que haya sentencia definitiva para hacerlo). No se pretende que sea más disuasivo reparar simplemente el daño que pagar una pena pública de mayor entidad, como la de prisión, pero se parte de la base de que no se ha podido verificar la hipótesis de que la pena de prisión contribuya efectivamente a la prevención del delito.

Ahora se opta por privilegiar la reparación del daño con el incentivo de prescindir o reducir la pena de prisión, precisamente por eso, si no hay pena pública no hay necesidad del debido proceso y no se justifica entonces la realización del juicio; eso es lo que permite optar por una vía en la que incluso, si se repara antes el daño, ya no se condene al imputado. De esta ecuación se derivan los siguientes postulados, que evitan la confrontación de los dos objetivos del nuevo sistema: justicia restaurativa, primero reparación del daño, luego pena; efectividad siempre (otorgar la mejor solución a cada caso con los limitados recursos disponibles):

- Primera. El imputado tiene, como regla general, el derecho a la jurisdicción para resolver el problema.
 - Segunda. El imputado sólo tiene derecho al juicio si el Estado pretende imponerle una sanción.
 - Tercera. La víctima, por su parte, tiene derecho a la reparación del daño.
 - Cuarta. Si el daño se le repara, la víctima no tiene derecho al juicio (es irrelevante si la reparación se da en juicio o en un mecanismo alternativo).
 - Quinta. El imputado puede llevar el caso a la alternatividad, en cambio, la víctima, luego de que se le repara el daño, no puede llevar el caso a juicio ni evitar que sea llevado cuando la ley lo señala como inevitable.
 - Sexta. El *ius puniendi* sigue siendo un objetivo del sistema penal, pero sólo a través del juicio y sólo del interés del Estado, en la mayoría de los casos subsidiario a la reparación del daño, y por excepción, primario a aquélla.
- c) Histórico. La alternatividad no se opone a la legalidad, simplemente es una modalidad de ésta, a la par de la obligatoriedad. La implementación de esas dos caras de la legalidad se dio a causa de meros contextos; en cuanto a legalidad como obligatoriedad, Gómez Pavajeau¹⁰ advierte:

⁹ No es el caso en delincuencia organizada, por ejemplo.

¹⁰ Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, *Oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2a. ed., Bogotá, Ediciones Nueva Jurídica, 2007, pp. 42-43.

- 1) Su nacimiento tiene ocasión a finales de la alta edad media en Europa continental.
- 2) La fuerza material que lo impulsó estuvo vinculada con problemas de orden público, reclamándose, en consecuencia, un sistema más limitante de las libertades y garantías procesales.
- 3) La protección de la fe y la misión de intermediación salvífica del gobernante fortalecieron la idea de un poder omnímodo.
- 4) El gobernante usurpó total y absolutamente todos los elementos del conflicto: pretensión, acción y decisión.
- 5) Se creó una concepción de conflicto social artificial, pues todo lo que tuviera naturaleza penal –que en últimas era casi todo– era de interés público.
- 6) El poder penal era concentrado al igual que el poder político. Poderes absolutos.
- 7) La solución del conflicto no era posible por fuera del proceso. No jugaban para nada criterios de conveniencia.
- 8) La reacción penal era una necesidad vital del sistema político, por lo tanto se debía actuar espontánea, inmediata e inexorablemente. La acción penal, en cuanto a su ejercicio, se constituía en un poder-deber funcional.
- 9) Dadas las condiciones legales que excitan el ejercicio de la acción penal se debe intervenir hasta agotar el proceso judicial por la vía de la terminación normal, que es el proferimiento de sentencia, prácticamente como única forma de disolver el conflicto.
- 10) El juez es director y dueño del proceso.

Y en cuanto a legalidad como oportunidad:

- 1) Su nacimiento tiene ocasión a finales de la alta edad media en la Europa insular.
- 2) La fuerza material que lo impulsó estuvo vinculada con problemas de tierras, en consecuencia, fueron problemas típicamente considerados como de la órbita privada de los súbditos que lo generaron.
- 3) El gobernante sólo usurpó parcialmente el conflicto: la órbita de la decisión.
- 4) El proceso se perfiló como forma civilizada de continuación del combate adversarial y como instrumento para encontrar la armonía y pacificación mediante la intervención estatal.
- 5) El principio de elección dispositiva implicó un dominio absolutamente de la autonomía privada, la cual finalmente fijó el objeto del litigio. Existe un respeto sagrado a la voluntad de los particulares, del que surgen el concepto de partes con disposición sobre el ejercicio de la acción, la continuación del proceso y la recolección del material probatorio.
- 6) La personal conveniencia del interesado y la ponderación de circunstancias fijan el objeto litigioso.
- 7) El titular de la pretensión persigue su interés en juicio y la actividad procesal está subordinada al control predominante de las partes. La pretensión y acción, en principio, hacen parte de una misma titularidad.

- 8) El proceso judicial sólo es una de las tantas vías aptas para la solución del conflicto. La alternatividad en la solución de los conflictos es el camino.
- 9) El juez es árbitro y le corresponde sólo una actividad tutelar, esto es, asegurar un orden dentro del cual las partes desarrollen su actividad.
- 10) La actividad judicial está determinada negativamente en orden a controlar las medidas irrelevantes de las partes y, por tanto, sólo se ocupa del progreso exterior del juicio.¹¹

Entonces, a manera de glosa, es útil puntualizar que la alternatividad se alimenta de la oportunidad si por ésta se entiende la facultad de sacar el problema del juicio para llevarlo hacia otras vías que resulten más eficientes a los nuevos fines del proceso; parte de la premisa de que la justicia retributiva no rindió los resultados necesarios para hacer al sistema de justicia penal eficiente, de modo que ahora se apuesta por la justicia restaurativa; tiende a regularizar diversas vías ilegales que son utilizadas para resolver los problemas porque el juicio, como único camino para hacerlo, ha sido desbordado; y por último, la reforma constitucional mexicana la eleva al rango de principio fundamental (lo mismo que a la oportunidad) y, de esa manera, deja sin sustento a las críticas que se hacen a la justicia alternativa, las cuales suponen que la discrecionalidad para llevar o no un asunto a juicio no cumple con el principio de legalidad.

Necesario equilibrio entre juicio y alternatividad

Los estudiosos de la alternatividad en los países en los que ya opera afirman que no puede sostenerse el uso del juicio como única salida de los casos en el sistema penal; tampoco puede sostenerse que sea la alternatividad por sí misma el mejor medio para solucionarlo. Por lo tanto, es el debido equilibrio el que logrará un sistema “fuerte” y ese equilibrio se logra por la cuidada reglamentación de ambas opciones. Un juicio débil, por abuso, debilita la alternatividad. Una alternatividad débil contribuye al colapso del juicio. Un sistema procesal fuerte es el que subordina las reglas formales a la consecución de objetivos sustantivos de justicia penal (búsqueda de la verdad, aseguramiento de garantías del inculpado y protección de la víctima). Estos sistemas alinean los incentivos de las partes para acudir a mecanismos alternativos de manera “racional”, en concordancia con los objetivos del sistema.

Cuando un país tiene un sistema procesal sólido, el acusado que ha cometido un delito grave asume que, si existen suficientes pruebas inculpativas, con alta probabilidad resultará condenado. Las posibilidades de hacer que los juzgadores de hecho se centren en cuestiones accesorias o de provocar que el juez cometa alguna irregularidad que provoque la nulidad de las actuaciones son muy escasas. En esa situación, tiene sentido que el acusado busque llegar a un acuerdo por el que obtendrá una sentencia algo más benévola a cambio de evitar un proceso largo y complejo, dados los limitados

¹¹ *Idem.*

recursos con que cuentan los tribunales en la mayor parte de los países.¹²

Así, los incentivos procesales y el control sobre la alternatividad en el juicio están determinados por la lógica de debate entre las partes (meramente acusatoria o puramente adversarial) y el rol de juzgador en el sistema (mero árbitro o director sustancial del debate), así como por el objetivo subyacente al sistema penal (búsqueda de la verdad o eficiencia presupuestal y eficacia de la política criminal). Mientras que un sistema adversarial puro se sustenta sobre la base de reglas procesales estrictas, un sistema meramente acusatorio, aunque separa la función de acusación y adjudicación, da mayor importancia a la justicia sustantiva porque la finalidad del proceso es distributiva (búsqueda de verdad) y no utilitaria (resolución del conflicto entre las partes).

Desde ese enfoque, la lógica del sistema determina el uso informal de salidas alternas (incluyendo los criterios de oportunidad en sentido estricto) según el grado de vencimiento de las reglas procesales. Ésta es una cuestión de percepción de los actores del sistema y no una relación de causa-efecto intrínseca de la oportunidad. El peligro que radica en la percepción errónea es que los usuarios del sistema de justicia penal vean cualquier tipo de salida alternativa como un abuso de las facultades del Ministerio Público o como una falla estructural del sistema de justicia penal acusatorio. La corrección en el uso de las válvulas de escape del sistema penal depende del establecimiento de una lógica clara en dos niveles:

- 1) En el sistema: que determine si el sistema tiene como objetivo la implementación de una política pública determinada o la resolución concreta del conflicto entre las partes, de donde se derive si debe darse prevalencia a las formalidades procesales o a la justicia sustantiva subyacente.
- 2) En las reglas procesales (supuestos y procedimientos de aplicación): que determinen cuáles son las obligaciones y facultades discrecionales del órgano de acusación y hasta dónde llegan las facultades del órgano de adjudicación para controlar la actividad de las otras partes del sistema.

Pero desde la perspectiva de la alternatividad, el sistema será fuerte si están bien reguladas, si se tiene bien clara la realidad de los limitados recursos disponibles para administrar justicia y que uno de los objetivos primordiales es la reparación del daño; entonces se entenderá que la regulación de ellas no debe ser excesiva (que no se imponga la lógica de la desconfianza en los operadores ni la ancestral prevalencia del dogma de que todo culpable debe ser condenado a prisión); si el imputado, por ejemplo, debe en todo caso reparar el daño como presupuesto (y no tan sólo garantizarlo), aunque quiera no va a poder acceder a esta vía, con la desventaja adicional de que exigir la reparación del daño como presupuesto generará inevitablemente discriminación por razones económicas; si el Estado ofrece al imputado una reducción muy baja de la condena (negociación de la pena), ocasionará que el imputado prefiera correr el riesgo de ganar el juicio.

¹² “El acusado consigue una sentencia más favorable, pero reconoce su culpa por lo que efectivamente hizo, y se le pone una sentencia que, *grosso modo*, se ajusta al delito cometido”. Pizzi, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, Carlos Fidalgo Gallardo (trad.), Madrid, Editorial Tecnos, 2004, p. 209.

En suma, la alternatividad está llamada a cumplir la función de hacer realidad la administración de justicia penal para todos (para 81% a nivel federal y 86.5% a nivel local que hoy no tienen acceso a juicio y, por ende, tampoco a la reparación del daño), pero además, de administrarla acorde a los nuevos objetivos del derecho penal. Y el juicio, por su parte, no deja de ser la vía más relevante porque por sí mismo resuelve algunos asuntos y porque también es un derecho para el inculpado (la alternatividad surge dentro del juicio).

Bloque de alternatividad

La oleada de ajustes a los sistemas penales inquisitorios para convertirse en adversariales empezó hace más de treinta años en los países europeos del Sistema Continental (Alemania, Italia, Portugal y España) y hace una década ya en los países americanos (Costa Rica, Chile y Colombia). En todos ellos se incluyó, como parte esencial, el bloque de alternatividad, que se compone de diversas vías, entre las que son constantes: la oportunidad, la negociación de la pena, la terminación anticipada, la suspensión del proceso a prueba y los mecanismos alternativos. En México, la reforma del 18 de junio de 2008 estableció:

a) *Mecanismos alternativos* (art. 17, párrafo 3º.)

Características: La ley regulará su aplicación, asegurará la reparación del daño y establecerá los casos en que se requiera supervisión judicial. Debe aclararse que aunque la doctrina en general ha clasificado a la negociación, mediación y conciliación como los “medios alternativos de solución de controversias”, éstos son sólo los métodos orgánicos para llegar al resultado alternativo, es decir, a los acuerdos reparatorios.

b) *Terminación anticipada* (art. 20, A-VII)

Primera hipótesis: 1. Sin oposición del inculpado. 2. Una vez iniciado el proceso penal (en sede judicial), en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Segunda hipótesis: 1. El inculpado reconoce su participación en el delito; 2. Ese reconocimiento debe ser voluntario; 3. Ese reconocimiento debe ser con conocimiento de las consecuencias del mismo; 4. Deben existir medios de convicción suficientes para corroborar la imputación. Procesalmente hablando ya hay imputación y pasa directamente a sentencia. No, pues a) hay resolución de vinculación a proceso; b) no hay etapa de investigación formalizada; c) no hay acto de acusación; d) no hay etapa de preparación de juicio oral; e) no hay periodo probatorio; y f) no hay periodo de alegatos.

c) *Negociación de la pena*

En general (art. 20, A, VII, última parte): 1. Que el inculpado acepte su responsabilidad; 2. Genera beneficios; 3. La ley los establecerá. En delincuencia

organizada (art. 20, B, III): 1. Que el inculpado, procesado o sentenciado preste ayuda; 2. Que esa ayuda sea eficaz para investigación (hechos) y persecución (personas) de los delitos de esa materia; 3. Genera beneficios; 4. La ley los establecerá.

d) *Suspensión del proceso a prueba* (art. 20, C, VII)

De los derechos de la víctima o del ofendido: VII. Impugnar ante autoridad judicial la resolución del Ministerio Público sobre la suspensión del procedimiento, cuando no esté satisfecha la reparación del daño. La suspensión de proceso a prueba tiene sustento en esta norma constitucional; como deja en manos del fiscal la decisión de encausar el procedimiento por esa vía (en tanto que establece para la víctima el derecho de impugnar la resolución) es posible sostener que este mecanismo podrá operar desde la etapa de investigación.

e) *Criterios de oportunidad* (art. 21, párrafo 7°.)

“El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley.”

f) *Acción penal privada* (art. 21, párrafo 2°.)

“(…) la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad”. No es una salida alternativa porque extingue, simplemente autoriza un camino distinto para el ejercicio de la acción penal.

Mas en el derecho comparado y la doctrina no hay uniformidad de nomenclatura de la alternatividad ni de sus contenidos y procedimientos. En el caso de Colombia, por ejemplo, entre los criterios de oportunidad aparecen la negociación de la pena y la suspensión del proceso a prueba (art. 324, incisos 5, 6 y 8). En la suspensión del proceso a prueba se establece que la mediación puede ser una herramienta para lograr el plan de reparación del daño, que es condición para suspender el proceso (art. 325 CCP). Y la oportunidad, a su vez, es una causa de extinción (art. 77, CPP). En Chile no están expresamente reconocidas la mediación y la conciliación, pero se establecen los acuerdos preparatorios y la suspensión condicional del proceso como salidas alternativas, lo que implica una negociación entre la víctima y el imputado, aun cuando la misma se dé en el marco del proceso y no fuera de él. Además, el procedimiento abreviado está también reconocido como salida alternativa al juicio oral.

En nuestro país las cosas son semejantes; por ejemplo, en el estado de Chihuahua se catalogan como causas de extinción de la acción penal (art. 82) la oportunidad (art. 83), los acuerdos reparatorios (art. 196) y la suspensión del proceso a prueba (art. 201); y entre los criterios de oportunidad se enuncia la negociación de la pena (art. 83, II); en tanto que en la negociación entre inculpado y ofendido, la mediación y la conciliación son considerados como instrumentos orgánicos –el medio para lograr esos acuerdos reparatorios–, no procedimientos procesales que terminan el asunto (art. 198). Por otro lado, entre los criterios de oportunidad se refiere un caso (art. 83, II) que se traduce en

franca negociación de la pena: no ejercer acción penal contra el imputado que contribuya decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave.

Durango coincide con Chihuahua casi en la totalidad (art. 93, 94, 211 y 219), sólo difiere en que aquí no se incluye la negociación de la pena como un criterio de oportunidad (art. 94). La regulación es análoga para el caso de Morelos; incluso para los acuerdos reparatorios se dispone que el juez establecerá un plazo para que las partes “negocien, medien o concilien” (art. 206); y lo mismo sucede con Baja California, en cuyo caso la discrepancia sólo es terminológica, en cuanto establece que la “mediación, conciliación y proceso restaurativo” son los medios para alcanzar los acuerdos reparatorios (art.195).

En el Estado de México, bajo el título de justicia restaurativa aparecen, como vías de solución de conflictos, el inejercicio de la acción penal (238), la oportunidad (art. 110 y 239), los acuerdos reparatorios (art. 116) y la suspensión condicional del proceso a prueba (art. 121), en tanto que a la mediación, la conciliación y el arbitraje se les asigna el carácter de mecanismos orgánicos –medios para lograr los acuerdos reparatorios– (art. 115); por otro lado, entre los criterios de oportunidad enumera dos casos (art. 110, II), uno que se traduce en franca negociación y otro que es el empleo de cualquier mecanismo alternativo (art. XII), es decir, si se emplea la mediación, la conciliación, entre otros, y se soluciona el conflicto, hay oportunidad y ello genera la extinción de la acción penal (art. 113).

En Oaxaca, en cambio, bajo el título de modos simplificados de terminación del proceso aparecen la conciliación (art. 191), la oportunidad (art. 196) y la suspensión del proceso a prueba (art. 200); y la regulación de la conciliación (art. 193) deja abierta la puerta para que el juez se auxilie de especialistas para procurar acuerdos e incluso que las partes designen a un “amigable componedor”, es decir, se sirve de la mediación como un mecanismo orgánico para la conciliación.¹³

En cuestiones terminológicas no hay mayor problema mientras para cada entidad resulte claro. Lo importante es tener presente que el objetivo perseguido es dar solución al caso, lo que significa lograr la reparación del daño, y eventualmente, de manera subsidiaria, imponer una pena pública, pues desde el enfoque de la alternatividad se busca “asegurar la reparación del daño” (art. 17, tercer párrafo); en cuanto al objeto del proceso penal, se persigue, entre otras cosas, “(...) procurar que el culpable no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen (...)” (art. 20, apartado A, primer párrafo); y en cuanto a la víctima, uno de los principios del proceso penal es “(...) que se le repare el daño (...)” (art. 20, apartado C, fracción cuarta).

En los países latinoamericanos, de donde se importaron los mecanismos antes enunciados, también se incluyen como salidas o terminación de las causas penales el “archivo temporal” y la “facultad de no investigar”, ambos decretados por la autoridad ministerial; esas figuras también han sido prácticamente trasladadas en los mismo

¹³ La semejanza con Zacatecas es notable (ver art. 90, 99 y 105), sólo un par de variantes: el título es “Justicia restaurativa y formas alternativas de solución de controversias” y al “amigable componedor” se le denomina “facilitador” (art. 102).

términos a algunas entidades estatales mexicanas; la problemática que con ello se puede presentar es que en nuestro diseño constitucional sobrevive el “no ejercicio de la acción penal” y se incorpora el “criterio de oportunidad”, que en términos materiales están llamados a dar cauce debido a lo que se archivaba temporalmente y no se investigaba. Este problema es sólo un ejemplo para descartar la idea de que el nombre, por sí mismo, es la fuente de atribución de todas las características de cada una de esas figuras; en realidad tan sólo es un referente que estará supeditado a la regulación que se haga en la ley para cada entidad. Es indispensable entonces que al acudir al derecho comparado y a la doctrina extranjera se tenga presente, más que el nombre de la figura, su regulación específica.

Criterios de oportunidad

La oportunidad en los países del corte continental es reglada por definición; y por reglada se entienden dos cosas: una, los supuestos de procedencia están expresa y limitativamente enumerados; y dos, contra la decisión de optar por la oportunidad procede recurso (ordinario o extraordinario). Se rechaza, pues, la visión estadounidense de absoluta discrecionalidad del fiscal para ejercerla; no obstante, en ese afán de evitar el abuso de esta figura por parte del fiscal se ha llegado a extremos que terminan por socavar la naturaleza misma de la oportunidad.

Veamos. Los criterios de oportunidad se sustentan en un acto de honestidad institucional (reconocer que no hay recursos económicos, materiales y humanos que alcancen para atender todos los casos denunciados, aun en los países desarrollados), de racionalidad en la eficacia de la procuración de justicia; de una decisión que da certeza jurídica en cuanto que implica dejar en claro que no habrá de continuarse con la investigación ni con la acción penal. La principal ventaja que deriva de esta solución es que tanto para el activo como para el pasivo o la víctima del delito el asunto está terminado: el activo adquiere plena libertad y la víctima, el derecho a impugnar. Pero veamos una aproximación de cómo han entendido y desarrollado los criterios de oportunidad algunos países latinoamericanos, incluido México.

Justificación: Una constante de la implementación de los criterios de oportunidad, tanto en nuestro país como en Chile, Colombia y Costa Rica, ha sido su justificación basada en razones objetivas de eficiencia en la persecución de delitos, ante lo cual existen dos posibilidades: una, aplicar la oportunidad a los delitos menores o de “bagatela” –para entonces direccionar todos los recursos hacia la persecución de los más graves–, y otra, aplicarla en delitos graves cuando ello reporte beneficios en la persecución de otros iguales o más graves. En México, en la reforma constitucional se han recogido las dos vertientes pues el texto del artículo 21 no reporta limitante: “(...) El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”, lo que se refuerza con lo considerado en el proceso legislativo; en la iniciativa del diputado César Camacho se dice:

Cuando el Estado se enfrenta con procesos delictivos de gran escala, como puede ser el caso de la delincuencia organizada, debe contar con los medios apropiados para hacerles frente. Uno de esos medios, muy conocido en otros países, es el principio de oportunidad, de acuerdo con el cual las autoridades ministeriales y judiciales pueden ejercer la acción y determinar la sujeción a proceso de acuerdo con criterios de eficacia y eficiencia en el combate al delito y la administración de la justicia penal. El principio de oportunidad, que se propone que sea recogido en el segundo párrafo del artículo 21 constitucional, permite que las autoridades no persigan a un presunto delincuente si decide cooperar con la justicia y suministrar elementos para poder someter a proceso a sus cómplices o a los más altos responsables de una organización criminal. Es importante señalar, sin embargo, que la definición de la manera en que este principio podrá ser aplicado estará a cargo del legislador. No se trata de permitir un ejercicio arbitrario de la acción penal o de la administración de justicia en esta materia, sino de abrir una ventana para que el Estado combata con más y mejores elementos las conductas que lastiman seriamente a la sociedad y que, por su alto grado de sofisticación, ameritan contar con recursos que se han probado eficaces en otras latitudes y que no vulneran los derechos fundamentales de nadie.

Y en el Dictamen de la Cámara de Diputados se asentó:

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 precisados a perseguir, en virtud de una mal entendida inderogabilidad de la persecución penal, que provoca costos constantes 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.

Ya en el terreno de la ley secundaria, la Propuesta de Código Federal de Procedimientos Penales de la Setec, conforme a los supuestos que establece en el artículo 245, sólo se ocupó de los delitos menores, al igual que Chile; en cambio, en Colombia y en Costa Rica claramente prevén tanto la oportunidad para delitos menores como para premiar a los inculpados que colaboren eficazmente en la persecución de otros delitos graves (criminalidad violenta o delincuencia organizada).

Supuestos de procedencia: Desde el enfoque constitucional, los supuestos en México podrán definirse en la legislación ordinaria en la medida en que sirvan para instrumentar la eficiencia buscada (reducir la persecución de delitos menores y allegarse de inculpados colaboradores que puedan incrementar la eficiencia en la persecución de delitos graves, como los de delincuencia organizada). Chile no siguió este camino, como ya se ha dicho, pues circunscribió la oportunidad a delitos “que no comprometan

gravemente el interés público”, estableciendo límite de penalidad, y que no hayan sido cometidos por funcionario público.

Colombia y Costa Rica, en cambio, regularon un más extenso catálogo de supuestos de oportunidad que tienen como temas comunes los delitos de baja penalidad, delitos que hayan tenido como consecuencia un grave daño físico o moral para el inculcado –Colombia, sólo culposos, Costa Rica no especifica–, cuando el inculcado colabore eficazmente para perseguir otros delitos –Costa Rica los limita a casos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, delitos graves o de tramitación compleja– y cuando sea mayor la pena que se le imponga en el extranjero. No obstante esa semejanza entre estas dos últimas naciones, Colombia contempla como un supuesto de oportunidad cuando se cumplan las condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento a prueba, lo que refleja cómo es que se introduce un mecanismo alternativo de solución de conflictos que tendría su propio final con el sobreseimiento de la causa en las facultades del Ministerio Público para renunciar a la persecución penal.

Momento procesal: El texto de la Constitución mexicana delegó a la legislatura ordinaria determinar ese aspecto; no obstante, conviene observar que en el proceso legislativo, la iniciativa del diputado César Camacho y una presentada en conjunto por el PRD y el PT fueron coincidentes en proponer que los criterios de oportunidad se aplicaran hasta antes de la apertura al juicio oral,¹⁴ en tanto que en los dictámenes de las Cámaras, si bien se reseñaron tales iniciativas, no se plasmó en la justificación del tema el momento procesal en que podrían funcionar los criterios de oportunidad. Por su parte, el Código de la Setec estableció, en el artículo 245, que sería aplicable hasta antes de que se ejerza la acción penal; Chile, antes del cierre de la investigación; Colombia, antes del inicio del juicio oral, y Costa Rica, antes de la formulación de la acusación del Ministerio Público.

Requisitos de procedencia: Como ya se ha dicho, el texto constitucional mexicano dejó en manos del legislador ordinario los supuestos y condiciones de los criterios de oportunidad, de manera que no se hizo alusión directa, en especial, a la reparación del daño como requisito de procedencia; sin embargo, el tema de la justicia restaurativa ha sido una constante en el proceso legislativo y en los principios generales del sistema que quedaron en el artículo 20 constitucional, y la reparación del daño es una característica esencial. La Setec recoge este apuntamiento estableciendo en el artículo 245 que cuando se verifique un daño debe ser reparado para que proceda la oportunidad.

Chile no estableció requisitos para la procedencia; en cambio Colombia establece la reparación del daño y la audiencia previa con las víctimas; y Costa Rica, la previa notificación de los ofendidos, salvo los casos en que el inculcado colabore en la persecución de ilícitos de delincuencia organizada.

¹⁴ Al proponer el texto del artículo 21 de la siguiente manera: “(...) En todos los procesos penales el Ministerio Público tendrá la intervención que determine la ley, con independencia de si ha ejercido o no directamente la acción penal. El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal y la apertura de un juicio. La ley fijará los supuestos y condiciones para la aplicación de estos criterios que no procederán cuando el delito lesione intereses públicos fundamentales. (...)”.

Materia de la procedencia: En los cuatro países analizados se comparte la idea –algunos por exclusión– de que la materia de los criterios de oportunidad puede ser por la totalidad de los delitos imputados o sólo por algunos, al igual que no hay restricción de aplicarla a uno o a todos los inculpados, dependiendo de cada caso. Cabe mencionar que si bien está contemplada la negociación de la pena como supuesto de procedencia en los casos de México, Colombia y Costa Rica, ello sólo permite la oportunidad para no perseguir delitos y sujetos sin restricción alguna, pero no contempla la posibilidad de que el fiscal pueda direccionar la negociación a la reducción de las penas, lo que sí se permite en otros países, como Estados Unidos o Italia.

Efectos: El común denominador es la extinción de la acción penal; pero en Costa Rica se prevén dos casos en que sólo la suspende: 1) cuando el imputado colabore eficazmente para la persecución de delitos de delincuencia organizada, criminalidad violenta, graves o de tramitación compleja, y 2) cuando la pena sea de menor importancia en relación con la que deba imponérsele en el extranjero por otros delitos.

Supervisión o control: El proceso legislativo de la reforma nacional sólo “preserva la posibilidad de impugnación del no ejercicio de la acción penal ante las autoridades judiciales” (dictamen de la Cámara de Diputados, art. 21), ello supone un mínimo: que al menos el juicio de amparo será procedente. El proyecto de Código de la Setec (art. 239, PCFPP) estableció una supervisión recursiva, es decir, a petición de la parte ofendida ante el juez de control, quien convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando a la víctima u ofendido, al Ministerio Público, al imputado y a su defensor, en la que se expondrán los motivos y fundamentos de las partes.

En Chile (art. 239, CPP) primero hay una supervisión oficiosa a cargo del juez de garantía, quien sólo deberá verificar que el delito no exceda de determinada pena mínima y que no haya sido cometido por funcionario público; asimismo, dejará sin efecto la determinación de aplicar la oportunidad si la víctima manifestara su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal. Si la determinación del fiscal no ha sido rechazada por el juez, los participantes pueden recurrir ante los superiores del fiscal que la ejerció, quienes examinarán si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto. En Colombia (art. 170 CPP) la supervisión es oficiosa ante el juez de control, quien decide sobre la oportunidad que el fiscal pretende ejercer previa audiencia especial con la presencia de la víctima y el Ministerio Público. Contra la decisión tomada en esa audiencia por el juez no procede recurso alguno. Y en Costa Rica (art. 22 CPP) es también oficiosa judicial ante el tribunal que conozca del procedimiento preparatorio, pero, a diferencia de Colombia, procede la apelación en contra de esa decisión.

En el contexto local, los criterios de oportunidad se han entendido con ciertas variantes:

Justificación: Los estados justifican su implementación en razones que descansan en la necesidad de racionalizar la persecución penal, dejando de ocuparse de aquellos delitos que derivan de un hecho socialmente insignificante o de mínima culpabilidad,

para enfocar los escasos recursos públicos de que se dispone hacia los delitos que afecten bienes jurídicos relevantes.¹⁵

Supuestos de procedencia: Los supuestos de procedencia que en común prevén los estados se basan en una escasa relevancia social del hecho, pronta reparación del daño a la víctima, evitar efectos perjudiciales al imputado a consecuencia de una pena desproporcionada al hecho y daño causado, así como hacerse de inculpados que colaboren en la persecución de delitos graves, como los de delincuencia organizada.

Algunas constantes son que procede cuando el hecho sea socialmente insignificante o de mínima culpabilidad, que no exista afectación al interés público ni que haya sido cometido por servidor público;¹⁶ cuando el imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psíquico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena o cuando en ocasión de una infracción culposa haya sufrido un daño moral de difícil reparación; cuando la pena o medida de seguridad que pueda imponerse carezca de importancia en consideración a otra ya impuesta, que se deba esperar o que se impuso por otros hechos; cuando exista colaboración del inculpadado para evitar la consumación de delitos graves o lograr la desarticulación de organizaciones criminales.¹⁷

Momento procesal: El común denominador en la mayoría de los estados es que los criterios de oportunidad se aplicarán hasta antes de la apertura a juicio oral;¹⁸ únicamente el Estado de México (art. 11 CPP) y Zacatecas (art. 80 CPP) prevén que será siempre que no se haya formulado acusación.

Requisitos de procedencia: Una constante entre los estados para que los criterios de oportunidad puedan ser aplicados es la previa reparación del daño,¹⁹ a excepción del estado de Oaxaca (art. 196 CPP), que prevé que en los casos en que se verifique un daño, el Ministerio Público velará porque sea razonablemente reparado. Y el Estado de México además establece la procedencia no sólo previa reparación del daño, sino que se hayan acordado los términos de su reparación, otorgando garantía suficiente para repararlo o pagando conforme a dictamen pericial.

Materia de la procedencia: Todos los estados comulgan en que se aplicarán total o parcialmente, esto es, que se limite a alguno o a varios hechos o a alguna de las personas que participaron en su realización.

Efectos: Todas las entidades que ya lo regularon coinciden en que la oportunidad trae como consecuencia la extinción de la acción penal.²⁰

Supervisión: Es otra constante en todos los estados que la decisión (del Ministerio Público de aplicar la oportunidad) tenga una supervisión administrativa oficiosa, pues

¹⁵ Cfr. Exposición de motivos de los códigos de procedimientos penales de Zacatecas, Morelos y Estado de México.

¹⁶ Destacan los estados de Chihuahua y Baja California, que específicamente prevén que no se trate de delitos de violencia familiar; además, el primero agrega por delitos contra la libertad y seguridad sexuales, y el segundo, por delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, por afectar el interés público.

¹⁷ Este supuesto no lo incluyeron los estados de Oaxaca, Zacatecas y Durango.

¹⁸ Morelos (art. 89, CPP), Chihuahua (art. 84, CPP), Oaxaca (art. 197, CPP), Durango (art. 95, CPP), Baja California (art. 80, CPP).

¹⁹ Estado de México (art. 110, CPP), Morelos (art. 88, CPP), Chihuahua (art. 83, CPP), Zacatecas (art. 90, CPP), Durango (art. 94, CPP), Baja California (art. 79, CPP).

²⁰ Estado de México (art. 113, CPP), Morelos (art. 91, CPP), Chihuahua (art. 86, CPP), Oaxaca (art. 199, CPP), Zacatecas (art. 93, CPP), Durango (art. 97, CPP), Baja California (art. 82, CPP).

será comunicada a su superior jerárquico (el Procurador General de Justicia o el Fiscal General del Estado, según la legislación del estado), a fin de que revise que la misma se ajuste a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto. Y en caso de que la decisión de ejercer un criterio de oportunidad sea autorizada será sometida, a petición de la víctima, ofendido o denunciante, a una supervisión judicial a cargo del juez de control o de garantía.

Resistencias teóricas hacia la oportunidad

Como ya se dijo, si se hace un recorrido histórico en los sistemas jurídicos anglosajón y continental europeo –así como su adecuación a la unión americana y a Latinoamérica, en especial México, respectivamente– se advertirá que la antinomia entre legalidad y oportunidad es sólo aparente. En el sistema anglosajón la discrecionalidad se dio con el diseño del sistema, pero eso no significa que ese sistema no estuviere sustentado en su ley. En el sistema continental europeo se diseñó el proceso mediante la estricta legalidad y la obligatoriedad, dando por sentado que su cumplimiento originaría sus objetivos.

Así, la contraposición no se da entre los principios de oportunidad y legalidad, porque el ejercicio de criterios de oportunidad de manera concreta debe sujetarse a las exigencias que establezca la legislación. Al respecto, el penalista alemán W. Hassemer explica que los principios de legalidad y oportunidad referidos a la persecución penal hacen hincapié en distintas partes de la idea de derecho:

(...) la legalidad subraya la justicia; la oportunidad resalta la finalidad (efectividad, inteligencia política). Una opción política criminal debería, por tanto, tener en cuenta que la justicia es la meta, pero que la finalidad es la condición restrictiva para alcanzar la meta. Expresado sucintamente sería: tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económicamente en la actualidad) sea necesario.²¹

Además, decir que el principio de oportunidad es una excepción a la legalidad reduciría a la legalidad a una regla general, pero sobre todo, supondría que el principio de oportunidad es ilegal. En esta lógica tiene sentido lo que opinan los juristas Luigi Ferrajoli en Italia y Juan Montero Aroca en España. Por un lado, Ferrajoli refiere que “entre el modelo teórico acusatorio y la discrecionalidad de la acción penal no existe ningún nexo, ni lógico ni funcional”,²² ya que “es absurda la idea de un acusador público –poco importa que sea electivo– no sujeto a la ley y dotado del poder de elegir arbitrariamente qué infracciones penales serán merecedoras de persecución o también de predeterminar la medida de la pena negociando con el imputado”.²³ Mientras que Montero Aroca se expresa en contra del principio de oportunidad, dando mayor relevancia a lo que

²¹ Hassemer, Winfried, “La persecución penal: Legalidad y oportunidad”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 4, septiembre de 1988, pp. 8-11. <<http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista%2004%20septiembre%201988.pdf>>.

²² Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 9a. ed., Norberto Bobbio (trad.), España, Editorial Trotta, 2009, p. 567.

²³ *Ibid.*, p. 569.

identifica como “principio de necesidad”, de manera que:

una vez iniciado el proceso penal, éste ha de procurar llegar a su fin normal en la sentencia, no pudiendo terminar por actos discrecionales de nadie (...) no puede ser revocado, suspendido o suprimido sino en los casos en que así lo permita una expresa disposición de la ley, sin que ello pueda dejarse a la decisión discrecional de persona alguna.²⁴

Sin embargo, si ese es el inconveniente queda superado con el hecho mismo de que la oportunidad sea recogida por la ley para que sea incorporada a la legalidad; y esto ocurre en México. Si la Constitución estableció que el Ministerio Público puede decidir no investigar en determinados casos aplicando criterios de oportunidad, es desde luego legal que así lo haga, con el fin de lograr eficacia en su función de procuración de justicia. Aplicar criterios de selectividad no es ilegal si la propia Constitución lo autoriza, pero además se cumple con el fin de lograr eficacia atendiendo a la realidad actual de la procuración de justicia, pues no debe olvidarse que no aplicar un criterio de selectividad legal nos ha llevado a una selectividad de hecho, con el *desvalor* agregado de que, por estar al margen de la ley, también dificulta su supervisión y eventual corrección.

No quiere decir esto que se está resolviendo el problema por decreto, porque es posible controlar la selectividad si ésta se hace de manera reglada, y aunque en el caso de México el juicio de amparo ya ejerce un cierto control, nuestra solución racional debe ir más allá, por ejemplo, estableciendo reglas objetivas para invocar esta causa de solución, pero, en contrapartida, debe evitarse la desconfianza al abuso como criterio de regulación, porque derivaría inevitablemente en sobrerregulación, que terminaría por cerrar esta puerta. Esta última afirmación –contra lo que deseo– no es una simple especulación pesimista; desafortunadamente se ha hecho realidad en diversos sistemas.

En Chile la oportunidad se abrió pero de manera muy limitada: pocos supuestos de procedencia (prácticamente reducidos a delitos menores) y el fiscal debe primero formular imputación y luego solicitar al juez de control que le autorice la aplicación de este criterio. El resultado es que muy poco sale por esta vía (11.3% de los casos), pero resulta que, en cambio, se recurre al archivo provisional (45.6%),²⁵ que si bien en términos de eficacia (administrar justicia en cada caso) no representa una solución, en términos de autoevaluación formal institucional sí lo están considerando como tal. La lógica de este sistema es que la oportunidad lleva implícita la idea de que no se investigará, y al pretender no legalizar el abandono de ese deber, no se quiso asumir el costo de reconocer que, ante la oportunidad, no se investigaría; pusieron la condición de

²⁴ Afirma Montero Aroca que de acuerdo con el principio de necesidad “es la legalidad la que debe determinar cuándo ha de iniciarse el proceso penal, el cual no puede depender de criterios de oportunidad. El proceso penal no puede dejarse en su inicio a la decisión discrecional de nadie, sino que aquel a quien se le atribuya por la ley la competencia para pedir la incoacción del proceso ha de quedar sujeto a la legalidad estricta”. Montero Aroca, Juan, “Los principios del proceso penal. Un intento de exposición doctrinal basada en la razón”, *XV Congreso mexicano de derecho procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal, 1998, pp. 380-381. <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/2/745/23.pdf>>.

²⁵ Porcentajes extraídos del “Segmento de salidas no judiciales”, *Boletín Estadístico de la Fiscalía. Ministerio Público de Chile*, enero-diciembre de 2010, consultable en <<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/estadisticas/index.do>>.

que se investigue, dejaron la puerta muy estrecha y, como es natural, el sistema encontró otra salida, que al final de cuentas también implica dejar de investigar.

En Colombia se establecieron múltiples criterios de oportunidad, el control judicial oficioso y también la procedencia del recurso de apelación, que puede hacer valer la víctima. Aquí sí es posible dejar de investigar, pero en la práctica tampoco está produciendo resultados porque sólo 1% se resuelve por esta vía; pero –lo mismo que pasa en Chile– se opta por usar el archivo provisional como salida (42%),²⁶ que también implica dejar de investigar y, en esa medida, no se resuelve el problema.

Argumentos en contra y a favor de la oportunidad

La apreciación de ventajas y desventajas de uno y otro principio depende de las diversas perspectivas de los sistemas que los adoptan; mientras que para la legalidad prevalecen razones que tienen que ver con los ideales de justicia en la aplicación del Derecho, para la oportunidad su respaldo está en las consecuencias jurídicas y la efectividad en la aplicación del mismo. Teniendo esto en cuenta, conviene ver los argumentos que se han dado al respecto por diversos doctrinarios:

Sobre la legalidad. Algunos autores han dicho que la legalidad (entendida como obligatoriedad) proporciona seguridad pues presupone que las normas se van a aplicar en el proceso penal tal y como el Derecho material las dispone, en cambio la oportunidad, al seleccionar las normas jurídicas materiales que han de aplicarse en el proceso, debilita dichas normas en el largo plazo y podrían darse abusos al grado de que se garantice la impunidad en algunos casos.²⁷ También se ha dicho que el principio de oportunidad desvirtúa el derecho penal porque priva de sentido a la tipificación de una conducta y el señalamiento de su pena, ya que en virtud de una norma no penal se dispone de la aplicación de ese derecho penal en los casos concretos.²⁸

En contrapartida, otro sector de la doctrina ha expresado que no hay contraposición entre los principios de oportunidad y legalidad; que suponerlos excluyentes es erróneo porque el ejercicio de criterios de oportunidad de manera concreta debe sujetarse a las exigencias que establezca la legislación. En todo caso, la tensión se da entre el principio de oportunidad y el de obligatoriedad, según la adopción específica de cada uno que haga cada sistema. Sobre el particular, el alemán Riess entiende que el principio de oportunidad es parte integrante y complementaria del principio de legalidad, por lo que sus causas deben constituir los nuevos fundamentos de una renovada concepción de éste, impregnado por las nuevas tendencias de política criminal que informan el derecho penal, estableciendo un necesario paralelismo entre derecho penal-derecho procesal penal.²⁹

²⁶ Porcentajes extraídos de “Cantidades anuales de salida de noticias criminales”, *Anuario Estadístico de la Fiscalía General de la Nación*, 2009, consultable en <<http://fgn.fiscalia.gov.co:8080/Fiscalia/contenido/html/Estadisticas.jsp>>.

²⁷ Cfr. Hassemer, Winfried, *op. cit.*

²⁸ Cfr. Montero Aroca, Juan, *op. cit.*

²⁹ Cfr. Hassemer, Winfried, *op. cit.*

Sobre la igualdad. Se sostiene que asegura la igualdad del trato al ciudadano por el hecho mismo de que manda una aplicación sin distingos de las normas jurídicas, y que la oportunidad no puede garantizar que el poder social, político, financiero o personal termine por influir en esa aplicación distinta de la ley. Frente a esa postura, los argumentos son que en la realidad no se puede hablar de aplicación igualitaria ni completa del derecho penal, pues cada norma tiene su zona gris que varía considerablemente en cada supuesto³⁰ (no es lo mismo el homicidio que el robo o la posesión de drogas).

Sobre la división de poderes. Autores como Montero Aroca y W. Hassemer han expresado que el principio de oportunidad a favor de la autoridad ministerial pone en peligro la división de poderes, pues la puesta en libertad de delincuentes es cosa de los tribunales. La oportunidad desplaza el poder de los titulares de la jurisdicción por el poder del Ministerio Público, lo que implica disminuir el poder de un órgano independiente para aumentar el poder de un órgano subordinado al Poder Ejecutivo. En este sentido, también se ha dicho que es incompleta la importación del principio de oportunidad de los sistemas de Estados Unidos y Alemania porque en Estados Unidos el Ministerio Público es un poder político por sí mismo y en Alemania el fiscal federal goza de independencia, en tanto que aquí es un órgano que depende del Poder Ejecutivo.

Frente a ello, podemos observar que el problema de la división de poderes se ha visto desde otra perspectiva en el sistema anglosajón, pues los tribunales estadounidenses han afirmado inequívoca y sistemáticamente que la tarea persecutoria es una actividad propia del poder ejecutivo; con base en este mismo criterio se ha edificado la imposibilidad de que las decisiones del fiscal sobre el ejercicio de la oportunidad puedan ser controladas por un órgano ajeno al poder ejecutivo, a fin de no atentarse contra el mencionado principio de equilibrio de poderes.³¹

Ante posturas tan divergentes sobre el mismo tema, podemos decir que no necesariamente la oportunidad afecta la división de poderes; se ha dicho que el propósito del principio de división de poderes no consiste en aislar las acciones estatales de las objeciones de los gobernados, sino proteger a los gobernados de las acciones estatales, de manera que un control adecuado de las decisiones del Ministerio Público de oportunidad sobre el ejercicio de la acción penal —no su prohibición—, que tomara en cuenta los derechos de las víctimas, permitiría contribuir a resguardar el equilibrio a que aspira el anotado principio.

Sobre el debido proceso. Hassemer también anota que la oportunidad no sólo debilita las normas penales sustantivas, sino también el juicio, pues entre más delitos se eliminan por aquel medio, menor será el significado del juicio para el control de la punibilidad, pudiendo ocurrir, por ejemplo, que los delitos de bagatela, que además son los más comunes (como los robos de poca cuantía), se sustraigan al poder judicial. Igualmente, refiere el mismo autor que el principio de oportunidad amenaza al principio de publicidad en el proceso penal, pues la fase sumarial —donde tendría lugar la negociación del Ministerio Público— se sustrae casi por completo a la publicidad.

³⁰ *Idem.*

³¹ Cf. Bovino, Alberto, "La persecución penal pública en el derecho anglosajón", *Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Buenos Aires, núm. 2, 1997.

Sin embargo, también anota como contraargumento que el principio de oportunidad no tiene como fin, de manera directa, el debido proceso, sino que cumple otra lógica: la eficiencia en la destinación de los recursos (humanos y materiales) del sistema para efectuar la mejor solución, según el caso.

Además, refiere que el proceso penal y el derecho procesal penal no sirven “sólo a la realización de las normas jurídico-penales –conforme a la idea del principio de legalidad que les subyace–, sino que además tienen sus propias metas. El proceso penal no está obligado (...) a depurar la verdad material, sino más bien a la averiguación de una verdad con forma de justicia”,³² y que para un sistema jurídico-penal moderno, orientado hacia las consecuencias jurídicas, es útil no seguir un proceso cuando los perjuicios políticos son mayores que los beneficios.

Otros doctrinarios han referido sobre el particular que los principios que determinan un sistema procesal, como el de legalidad entendida como obligatoriedad, obedecen a las necesidades de la organización del poder de persecución penal de un Estado y son, por tanto, opciones políticas que no tienen necesariamente una dimensión garantista.³³ También se ha dicho que es justo aplicar desde el momento de investigación y aun de instrucción las facilidades que otorgue el derecho penal material, sin esperar el juicio.³⁴

Sobre la eficiencia. Los defensores del principio de legalidad –como obligación del Ministerio Público de perseguir todos los delitos y a todos los delincuentes– exponen sus bondades partiendo de la premisa implícita de que el sistema basado en ese principio puede funcionar eficientemente en la realidad; es decir, que su diseño atiende efectivamente a la realidad y, por ende, si se aplica plenamente logra de forma eficiente los fines de justicia. Ya en lo particular, Hassemer ha dicho también, en el caso de la oportunidad para no proceder penalmente contra terroristas que ayudan a desarticular un grupo criminal, que se atiende el beneficio a corto plazo pero se pasan por alto los perjuicios que a largo plazo podrían ocasionarse, como el daño a la justicia y la perturbación de la confianza de la población en la igualdad del derecho penal.

Pero frente a ello hay que decir que la realidad muestra que los recursos materiales y personales de las autoridades para la persecución de los delitos siempre serán insuficientes; la idea de la represión de todos los culpables es una meta siempre buscada y nunca alcanzada. Ante tal realidad, los operadores jurídicos se ven obligados a utilizar métodos de “selección natural”, en ocasiones de dudosa legalidad, que más allá de su justificación práctica escapan a los controles jurídicos y políticos necesarios. De ahí entonces que sea mejor reglar ese terreno, comenzando por reconocer la verdad: que hay proceso de selección, pero manteniendo como regla la obligatoriedad, para luego, por la vía de la excepción, reglar los casos en los cuales se pueda dejar de acusar.

De manera más específica, el principio de oportunidad podría ayudar a propiciar la disposición a denunciar y declarar de quienes han cometido ilícitos sometidos

³² Hassemer, Winfried, *op. cit.*, p. 9.

³³ Horvitz Lennon, María Inés, y Julián López Masle, *Derecho Procesal Penal Chileno. Principios, Sujetos Procesales, Medidas Cautelares, Etapa de Investigación*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de las Américas, 2006, t. I, p. 35.

³⁴ Hassemer, *op. cit.*

por amenaza o extorsión, pues puede ser útil prometer a los declarantes libertad de persecución de dichos delitos para que así se sientan con más seguridad para exponer la información que tengan sobre los ilícitos que hayan presenciado. Además, también se ha dicho particularmente que en casos de terrorismo (podríamos generalizar los casos de delincuencia organizada), la oportunidad respecto de testigos estelares es prácticamente la única posibilidad de lucha efectiva.

CONCILIACIÓN
Y MEDIACIÓN PENAL;
MECANISMOS ALTERNOS DE
SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Irma Rivero Ortiz



“Si buscas resultados distintos, no hagas siempre lo mismo”.
Albert Einstein

Magistrada
Irma Rivero Ortiz

Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y Master Internacional en Derecho Penal, Constitución y Derechos en la Universidad Autónoma de Barcelona.

Como docente ha sido miembro del Comité Académico del Instituto de la Judicatura Federal y coautora del libro “Seis Voces sobre Justicia y Género en el Poder Judicial de la Federación”,

Se ha desempeñado como Asesora del Subprocurador de Procesos de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y actualmente es Magistrada del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, además de ser coordinadora General de Tribunales Colegiados, Unitarios y de la Materia Penal del Primer Circuito.

1. Introducción

De acuerdo con la encuesta realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) denominada “Latinobarómetro”, consistente en un estudio de opinión pública que se realiza desde 1996 en 17 países de América Latina, las instituciones más afectadas por el descrédito por parte de la ciudadanía son, en primer y segundo orden, el Congreso Nacional y los partidos políticos, sin embargo, tanto el Poder Ejecutivo como el Poder Judicial aparecen también como las instituciones de la democracia que desafortunadamente han perdido más confianza social en los últimos tiempos.

Los resultados de la encuesta de 2002 indican que 81.1% de la población mexicana confía poco o nada en el Poder Judicial (sólo 17.3% confía mucho/algo).¹

Esos datos, corroborados con el reporte de justicia del CEJA 2007-2009, muestran que los niveles de confianza en la justicia disminuyeron 5% de 2007 al 2009. En efecto, en 2007, 33% de la población mexicana confiaba en el Poder Judicial; en 2008, 31%, y en 2009, únicamente 28%.²

Esto motivó que en diversos países, incluido el nuestro, se cuestionara la eficacia del sistema de impartición de justicia, en especial el sistema de impartición de justicia penal, en el que se dice ocurre un drama donde la víctima es la gran olvidada. Aunado a ello, se considera que el sistema actual, además de complejo, resulta lento.

En efecto, del 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, de fecha 11 de diciembre de 2007, se desprende:

*“...en el texto que se propone del artículo 17, se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que **son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán... para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño...**”*³

¹ Galindo, Pedro. “Indicadores Subjetivos. Estudios, Calificaciones de Riesgo y Encuestas de Percepción Pública sobre los Sistemas de Justicia. Resultados Recientes para las Américas”. Revista Sistemas Judiciales, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP, Diciembre 2003, p. 5 y ss. Visible en: <http://www.inecip.org/admin/publicaciones/archivos/Sistemas%20Judiciales%206.pdf>.

² Reporte de la justicia, 4ª edición, 2008-2009. II *Acerca de los indicadores cualitativos. 1. Indicadores de percepción del Poder Judicial*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Disponible en: http://www.ceja.cl/reporte/20082009/muestra_seccion3e2b5.html?idioma=espanol&capitulo=ACERCADE&tipereport=REPORTE4&seccion=IPPJ.

³ 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, de fecha 11 de diciembre de 2007.

Lo anterior evidencia que la intención del constituyente permanente fue deshacer el paradigma de la justicia tradicional y conformar, desde la propia ley fundamental, un nuevo modelo que permita resolver efectivamente los conflictos y coloque en el centro del debate a quienes han visto afectados sus bienes jurídicos fundamentales.

Por ende, es necesario encontrar nuevos caminos para que la sociedad recupere credibilidad en el sistema de justicia penal y tenga seguridad y confianza de sus resultados; es decir, una diversa dimensión de la pena, la cual debe quedar reservada a los casos en los que sea estrictamente necesaria, en la inteligencia de que lo primordial será restablecer los intereses lesionados por la ofensa.

Es innegable que el tratamiento dado hasta ahora, sustentado en un esquema en el que predomina la retribución, parece agravar la situación en lugar de aminorarla, ya que además de provocar insatisfacción en la parte ofendida, lo que se traduce por múltiples razones en una doble victimización⁴, genera el abuso de la prisión como mecanismo de anulación de los sentenciados, quienes en su mayoría son pobres.

Se trata de un cambio de mentalidad jurídica y social, una corriente teórica que ha transitado desde los 70 con sus primeras aplicaciones en la justicia penal juvenil de Canadá y Estados Unidos de Norteamérica⁵, hasta consolidarse en la resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que establece los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, y de la cual se lee en su apartado 3º, sobre “El funcionamiento de los programas de justicia restaurativa”, que:

*“...los Estados Miembros deben considerar la posibilidad de establecer directrices y normas, que rijan la utilización de los programas de justicia restaurativa...”*⁶

De esta manera, la mediación y conciliación penal, procedimientos de comunicación e interacción que facilitan la solución de los conflictos y evitan el litigio penal en cualquier etapa del sistema formal de punición, tienen su origen en algo que en nuestro país aún estamos conociendo y es que, a diferencia de otros mecanismos, éstos vienen respaldados y se basan en una filosofía, un paradigma acerca de la justicia centrada esencialmente en la víctima, esto es, la justicia restaurativa, que se inserta en el sistema procesal penal acusatorio mexicano.

Para entender qué son y cuál es la finalidad de la mediación y conciliación penal hablaremos sobre su terminología, peculiaridades, principios, atributos, su inclusión

⁴ Sobre la posición de la víctima, V., Andrés Bertoni, Eduardo. *El derecho penal mínimo y la víctima*. Trabajo expuesto en el seminario sobre “Victima y Sistema Penal” organizado por las cátedras de los Drs. Julio B.J. Maier y Marcelo Sancinetti; recopilación: B.J. Maier, Julio, comp., *De los delitos y de las víctimas*, AD-Hoc, Buenos Aires, Argentina, agosto 1992, p. 272, y ss.; también véase: Elías Neuman, “El conflicto penal como patrimonio del Estado”, en *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005, p. 3 y ss.

⁵ Los primeros intentos en lo que se convertiría “Los programas de reconciliación entre la víctima y el infractor” (VORP, por sus siglas en inglés). Disponible en: <http://www.vorp.org/history.shtml>.

⁶ Ver Apartado III, y el Sobre el Funcionamiento de los programas de justicia restitutiva, también se relaciona con el punto número 20. De los principios básicos para la aplicación de programas de justicia restitutiva en materia penal. Resoluciones y decisiones aprobadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su periodo de sesiones sustantivo de 2002 (1 a 26 de julio de 2002).

en la Constitución Federal como medios alternativos de solución de conflictos, y su desarrollo en el derecho internacional, culminando con su positivización y aplicación en nuestro país.

2. Mediación y conciliación penal

“El objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad, pero la búsqueda de la verdad y la solución del problema no son la misma cosa; lo que las personas en conflicto buscan no es la verdad, sino la solución”.

Peter Lovenheim⁷

La reforma constitucional al sistema de justicia penal⁸ adicionó los mecanismos alternos de solución de controversias, como garantía de acceso a una justicia pronta y expedita,⁹ para:

1. Cambiar al paradigma de la justicia restaurativa.
2. Propiciar una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí.
3. Privilegiar la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo.
4. Que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño.
5. Despresurizar las altas cargas de trabajo de los órganos jurisdiccionales.¹⁰

Éstos son los objetivos que se buscan alcanzar con la inserción de los MASC a nivel constitucional, y de los cuales sus finalidades en materia penal son:¹¹

a) Separar la función punitiva del Estado.

Buscan contrarrestar aquellas conductas de más común concurrencia en el conglomerado social cuyo efecto sea individual y no colectivo; esto es así porque hay conductas que constituyen delito y trascienden profundamente en la sociedad, generando repudio e indignación colectiva, mientras otras tienen efectos particulares.

Ante los delitos que repercuten en el entorno social el Estado no se despoja de su poder punitivo; en cuanto hace a los otros injustos, el deber del Estado se limita a tipificar

⁷ Lovenheim, Peter, *Mediate, Don't Litigate*, New York, McGraw Hill, 1989, citado por: Sparvieri, Elena, *Principios y Técnicas de mediación, un método de resolución de conflictos*, Argentina, Biblos, 1995, p.15.

⁸ El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia penal.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, párrafo cuarto.

¹⁰ Véase 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, de fecha 11 de diciembre de 2007.

¹¹ Junco Vargas, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, Quinta Edición, Colombia, Temis y Jurídica Radar, 2007, pp.469-473.

la conducta, a establecer los trámites para la solución y a proporcionar los escenarios donde las partes puedan debatir sus diferencias, para eso el Estado crea mecanismos de solución integralmente constructivos que den una solución pronta, pero eficaz, con poder y autoridad suficiente para impedir el surgimiento de resentimientos individuales y sociales. De esta manera al Estado ya no le interesa imponer penas al infractor, sino que la víctima sea indemnizada, que el perjuicio moral y patrimonial sea efectivamente resarcido. Así se estructura el principio según el cual el monopolio punitivo del Estado desaparece.

b) Son mecanismos de la justicia restaurativa y método de descongestión en el sistema acusatorio.

No sólo son un método alternativo de solución de conflictos sino también una manera científica y moderna de darle fin a una controversia a instancia de un tercero que participa como garante, y un remedio o una política de descongestión judicial. Se trata de evitar que los efectos que produce el delito, como el conflicto entre la víctima y el infractor, sean sometidos a juicio, con lo que se obtiene como efecto mediato la desjudicialización del problema.

c) Principio de reconocimiento de la víctima como centro de la solución.

En la justicia restaurativa va implícito un fin específico, que es darle a la víctima u ofendido el reconocimiento y consideración que se merece, al punto de que si el infractor repara el daño en forma integral en cualquiera de sus formas, el Estado, en compensación, le rebaja la pena o extingue en su favor la acción penal. Es una política criminal que hace que el Estado no ejerza la acción penal porque el interés jurídicamente más importante ha sido salvaguardado. Por tanto, es la víctima el verdadero paradigma de conducta que deben seguir los funcionarios.

Ahora bien, los Mecanismos Alternos de Solución de Conflictos *pertenecen a la corriente que calificó de alternativo todo medio permitido por la ley distinto al juicio ante tribunales judiciales*. Poseen una pluralidad de terminologías como Soluciones Alternativas de Conflictos (SAC), o Resoluciones Alternativas de Controversias (RAC), o Justicia Alternativa; son todas traducciones o adaptaciones del término utilizado en Estados Unidos de Norteamérica, “ADR”, *Alternative Dispute Resolution*.

Estas expresiones engloban tanto sistemas autocompositivos como heterocompositivos, los cuales se caracterizan porque requieren de la consensualidad y una expresión autónoma de voluntad de todas las partes.¹²

Los sistemas autocompositivos: es la composición del litigio que efectúan las partes bilateralmente y que pueden surgir durante el desarrollo de un juicio o fuera de él (p.j. mediación y conciliación). Cabe mencionar que existen opiniones distintas en relación con esta clasificación; se trata de consideraciones que clasifican de formas

¹² Azar Mansur, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de conflicto a considerar*, México, Porrúa, 2003, p. 10.

heterocompositivas a la mediación y a la conciliación por la mera presencia del tercero, es decir, quienes sostienen esta postura argumentan que la intervención del tercero determina el carácter heterocompositivo del mecanismo en cuestión, no la naturaleza de su intervención.¹³

Los sistemas heterocompositivos: consisten en la intervención de un tercero, al cual se somete una controversia que impone una solución después de un proceso, en el cual las partes han podido exponer sus pretensiones y hacer valer sus derechos (ejemplo: arbitraje y amigable composición).

Es importante señalar que estos mecanismos se desahogan en procesos y no en juicios; resuelven conflictos, no imparten justicia; por ello, como comenta la Dra. Azar Manzur,¹⁴ es inadecuado el uso de la expresión “justicia alternativa” como referencia a los sistemas distintos al jurisdiccional, que hoy algunas leyes y códigos locales manejan; los mediadores, conciliadores o facilitadores prestan un servicio profesionalizado para resolver un conflicto, no imparten justicia, pues la actividad jurisdiccional es propia del Estado.

Asimismo, el término “alternativo” no hace alusión a que se pueda utilizar una vía u otra, sino a que no son mecanismos excluyentes del sistema judicial, ya que pueden utilizarse en forma complementaria e inclusive dentro del mismo proceso judicial iniciado.

En esta tesitura, resulta procedente preguntar de forma general, ¿qué se entiende por mediación y conciliación?, y en lo particular, ¿qué es mediación y conciliación penal?

Mediación proviene del latín *mediatio, mediationis*, que significa acción y efecto de mediar, y a su vez mediar, del latín *mediare* (en una de sus siete acepciones), es definida como interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad.¹⁵

Y mediación penal:

Es un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, sin intervenir en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita la vía del diálogo y el acuerdo común, a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.

Por otro lado, etimológicamente, la palabra conciliación viene de las palabras latinas *conciliatio y conciliationis*, que se refieren a la acción y efecto de conciliar; a su vez, el verbo conciliar proviene del latín *conciliare*, que implica componer o ajustar los ánimos de los que estaban contrapuestos, avenir sus voluntades, ponerlos en paz.¹⁶

¹³ Cfr. Esparza Macías, Rosa Guadalupe. *La conciliación en materia penal*, recopilación: Vargas, Viancos, Juan Enrique y Gorjón, Gómez, Francisco, coords., *Arbitraje y mediación en las Américas, México*, Santiago de Chile, CEJA-UANL, 2003, p. 332.

¹⁴ *Ibidem*. p. 11.

¹⁵ Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo II, XXII Ed. Espasa Calpe, S.A., España, abril 2003, p. 613.

¹⁶ *Ibidem*. pp. 1475-1476.

Y conciliación penal:

*Es un programa restaurativo, en el cual un tercero, denominado facilitador, interviene en las decisiones de las partes víctima-victimario, facilita las vías del diálogo y el acuerdo común a fin de que al primero se le repare el daño y el segundo se reincorpore a la sociedad.*¹⁷

La diferencia entre mediación y conciliación radica en la participación que lleva a cabo el facilitador; en la mediación está limitado a conducir el proceso sin intervenir directamente y en la conciliación sí puede sugerir caminos de avenencia.¹⁸

3. Aspectos generales de mediación y conciliación penal

Sus características son:¹⁹

- Satisfacen intereses particulares y no públicos; se efectúan entre particulares.
- No existe un proceso determinado; su falta de formalidad y flexibilidad los hace responder de la mejor manera a las necesidades de las partes.
- No son vinculantes; surgen de la participación voluntaria e informada de las partes, sólo pueden aplicarse a una controversia cuando existe un acuerdo previo de las partes en ese sentido; no hay precepto legal que establezca la obligación de acudir o agotar una etapa conciliatoria antes de iniciar cualquier procedimiento judicial.
- Participación de las partes; se involucran en el diseño²⁰ y en la elección del tercero que los guiará.
- Las partes solucionan solas el conflicto, excepto en la conciliación, donde el tercero propone las soluciones y persuade a las partes para llegar a una solución.
- El tercero debe de ser un experto en la materia; no sólo es necesario que conozca la materia (civil, mercantil, familiar, penal), sino que requiere de ciertas cualidades para provocar la avenencia y en ocasiones manejar los aspectos emocionales de las partes.
- Imparcialidad de un tercero; el mediador o conciliador son independientes e imparciales, no deben tener interés personal alguno en la solución del asunto ni sostener un lazo familiar laboral o de otro tipo que pueda poner en duda su neutralidad.

¹⁷ Para la elaboración de los conceptos se consideró El manual para la aplicación de los programas de justicia restaurativa de la Organización de las Naciones Unidas, 2006 (*Handbook on Restorative Justice Programmes*); el *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIJ); Ley de justicia alternativa del Estado de Chiapas, artículo 2, fracción V; Ley de Mediación y Conciliación Penal y promoción de la Paz Social para el Estado de México, y Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas.

¹⁸ Noriega, María Olga. "Los métodos alternos en el nuevo sistema procesal penal", *Iter Criminis*, México, núm. 17, E. 4º, INACIPE, septiembre-octubre 2010, p. 77.

¹⁹ Ver Gorjón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008, pp. 19-20. También ver Junco Vargas, José Roberto, Op cit. p. 461 y ss.

²⁰ Por lo que hace al diseño, las partes eligen el tipo de procedimiento que desean desarrollar, verbigracia: un proceso de mediación, conciliación o arbitraje.

- No hay ganador ni perdedor; de tal manera que el facilitador, y en su caso el juez, vigilen que los convenios que se alcancen contengan obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado por el ilícito.
- El proceso termina en el momento en que lo dispongan las partes: debe haber absoluta libertad en la voluntad y en el consentimiento tanto de la víctima como del infractor, no sólo en querer someter la solución a los mecanismos, sino en desistirse del trámite respectivo.
- Son un método rápido y gratuito: el proceso no genera costos para las partes, debido al carácter público que tiene el Derecho Penal; los gastos deben ser asumidos por la administración de justicia para hacerlos generalizables a todas las personas y que éstas puedan encontrar una solución pronta a su conflicto.²¹

Los principios de mediación y conciliación penal son:²²

- I. *Confidencialidad.* Significa que ninguna revelación efectuada durante el procedimiento se podrá divulgar o utilizar en ningún proceso, ni genera consecuencias económico-sociales; por ello, al inicio de las sesiones, las partes deberán suscribir un convenio de confidencialidad. Estos procesos deberán respetar los principios del proceso penal, como la presunción de inocencia, porque no es necesario que el autor del delito reconozca su participación; debe llevarse a cabo únicamente cuando hay pruebas suficientes para inculparlo, no requiriéndose su confesión.
- II. *Voluntariedad.* La participación de las partes debe de ser por su propia decisión y no por obligación.
- III. *Flexibilidad.* El procedimiento debe de carecer de toda forma estricta para poder responder a las necesidades particulares de las partes.
- IV. *Imparcialidad.* El facilitador actuará libre de favoritismos, prejuicios o rituales, tratando a las partes con absoluta objetividad, sin hacer diferencia alguna.
- V. *Equidad.* El facilitador procurará que el acuerdo al que lleguen las partes sea comprendido por éstas y que lo perciban justo y duradero.

²¹ La gratuidad hace que la mediación privada no sea procedente en materia penal; de lo contrario debilitaría los principios de neutralidad, equidad e imparcialidad.

²² Para el listado de los principios se consideraron las leyes estatales de la materia y los principios de la mediación cuya función es la aplicación de la “Mediación como vía pacífica de solución de conflictos”, publicados el 18 de octubre de 2002, elaborados por la comisión designada dentro del marco de los trabajos del Comité Asesor del Proyecto de Mediación en México, auspiciado por el *Rights Consortium*, compuesto por el Consejo para Iniciativas Legales en *América Latina de la American Bar Association (ABA)*, *Freedom House* y la Agencia para el Desarrollo Internacional (USAID), del 13 de junio de 2002.

Disponible en: http://apps.americanbar.org/rol/publications/mexico_principios_mediacion_sp.pdf.

También Pastrana Aguirre, Laura Aida, *La mediación. En el sistema procesal acusatorio en México. Doctrina y disposiciones legales.*, México, D.F., Flores y Distribuidor, S.A. de C.V., 2009, pp. 20-28. El autor, después de realizar un recuento de varios principios, concluyó: los principios que han de regir a la mediación son: a) voluntad; b) flexibilidad; c) creatividad; d) equidad; e) humanización; f) libertad; g) participación activa, y h) búsqueda de la paz.

Por otro lado, respecto a los principios de la conciliación algunos autores, como Marulanda, María Angela, et al., *La conciliación en materia penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Leyer Ltda., 2000, p. 33, señalan como principios: la economía procesal, la inmediatez, la oralidad y la igualdad; otros, como el profesor José Roberto Junco Vargas (profesor universitario, miembro del Instituto Colombiano de Derecho Penal y Juez de Civil de Circuito, Bogotá) op. cit, p. 462 y ss., mencionan que los principios de la conciliación son: la precisión, la separación del derecho penal en su carácter esencialmente punitivo, método de descongestión del derecho penal, reconocimiento de la víctima como centro de resolución, integración y confidencialidad o reserva.

- VI. *Legalidad*. Sólo puede ser objeto del conflicto el derivado de los derechos que se encuentran dentro de la libre disposición de las partes.
- VII. *Neutralidad*. El facilitador mantiene una postura y mentalidad de no ceder a sus propias inclinaciones o preferencias durante todo el procedimiento.
- VIII. *Honestidad*. El facilitador tiene la responsabilidad ética de analizar la información de la cual sea provisto antes de aceptar cualquier caso, para determinar si es o no es apropiada su participación en el mismo.

Los atributos comunes de la conciliación y la mediación penal como procesos restaurativos son:²³

Las víctimas de delitos reciben una oportunidad para:	Los delincentes cuentan con una oportunidad para:
Participar directamente en la solución de la situación y abordar las consecuencias de la infracción.	Reconocer la responsabilidad del delito y entender los efectos.
Recibir respuestas a sus preguntas sobre el delito y el delincuente.	Expresar las emociones (incluso remordimiento) sobre el delito.
Expresarse sobre el impacto del delito.	Recibir apoyo para reparar los daños causados.
Recibir restitución o reparación.	Reparar el daño o la restitución.
Recibir una disculpa.	Pedir disculpas a las víctimas.
Restaurar, en su caso, una relación con el delincuente.	Restaurar su relación con la víctima, en su caso.
Llegar al convenio.	Llegar al convenio.

4. ¿Cuál es el contexto internacional de la mediación y la conciliación penal?

A partir de 1985 y hasta 2005 se han emitido ocho ordenamientos internacionales: dos de la Organización de las Naciones Unidas, cinco de ellos por el Consejo de la Unión Europea y uno por los países latinoamericanos.²⁴

²³ Manual para la aplicación de los programas de justicia restaurativa, op. cit., p. 17.

²⁴ De los ordenamientos internacionales: del Comité de Ministros del Consejo de Europa; la Recomendación [83] 7, de 23 de junio de 1983; Recomendación [85] 11, de 28 de junio de 1985 (sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del Procedimiento Penal. Recomienda [en su apartado segundo a los Estados miembros] examinar las ventajas que puedan presentar los sistemas de mediación y conciliación [consultable en: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/menu_lat/documents/RECOMENDACION85-11.pdf]). Recomendación [87] 18, de 17 de septiembre de 1987; Recomendación [99] 19, de 15 de septiembre de 1999. Decisión en el marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 relativa al estatuto de la víctima y el proceso penal (del cual se destacan los artículos 10 y 17, que obligan a los Estados miembros a poner en vigor las disposiciones legales necesarias para impulsar la mediación en las causas penales, a más tardar el 22 de marzo de 2006 [página web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:ES:PDF>]).

De la Organización de las Naciones Unidas: Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas del Crimen y Abuso de Poder”; Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal celebrada en Viena, del 16 al 25 de abril de 2002, donde se hace un examen de la justicia restaurativa y su papel en los sistemas de justicia penal. Los “Principios Básicos de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal”. De América latina: La Declaración de Costa Rica celebrada del 21 al 24 de septiembre de 2005, en Santo Domingo de Heredia, Costa Rica. En este listado no se consideraron los ordenamientos de materia juvenil.

Considerándose por su trascendencia internacional los siguientes:

La Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la “Declaración de las Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Crimen y Abuso de Poder”,²⁵ en su artículo 7° *se contempla la utilización, cuando proceda, de mecanismos oficiosos para la solución de controversias, incluidos la mediación, el arbitraje y las prácticas de justicia consuetudinaria o autóctonas, a fin de facilitar la conciliación y la reparación a favor de las víctimas.*

Informe sobre el undécimo periodo de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal del Consejo Económico de las Naciones Unidas, celebrado en Viena del 16 al 25 de abril de 2002, que establece el proyecto de los “*Principios Básicos de los Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*”.²⁶

Y la Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, celebrada del 21 al 24 de septiembre de 2005 en Santo Domingo de Heredia, Costa Rica, la cual recomienda usar procedimientos restaurativos como herramientas en la resolución de conflictos.

Respecto a la experiencia internacional en programas y proyectos de mediación-conciliación, es preciso señalar que el derecho comparado ofrece una muestra muy variable e inabarcable de programas inspirados en el rol y las funciones del mediador; existen en diversos países, como Canadá, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, España, Finlandia, Alemania, Reino Unido, Italia, Brasil, Argentina, Nueva Zelanda, Bélgica, Noruega, Sudáfrica, etcétera, motivo por el cual únicamente se señala, a manera de ejemplo, el caso de Alemania.

La base de la mediación víctima-transgresor en Alemania está ubicada dentro del propio código criminal; en su artículo 49 menciona que la Corte puede disminuir o refrenar completamente el castigo si el transgresor tiene la intención de llegar a una reconciliación con la parte ofendida.

El transgresor propone una oferta: si restituye a la víctima, el caso quedará cerrado, sin castigo o el castigo será mínimo.

Si no se llega a una solución el caso seguirá su curso. Los beneficios seguidos a la restitución del daño han resultado ser más efectivos, ya que de 100% de los casos que se han presentado en este sistema, más de 50% se ha resuelto en forma satisfactoria, sin intervención del Estado.

El intento serio del transgresor de restituir el daño a la víctima es suficiente para iniciar el procedimiento de justicia horizontal.²⁷

²⁵ Ver Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Crimen y Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 40/34, del 29 de noviembre de 1985. Visible en: <http://funvic.org/paginas/legislacion/legi2.htm#ANEXO>

²⁶ Proyecto que fue aprobado en sesiones sustantivas del 1 al 26 de julio de ese mismo año. Véase El undécimo Informe del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.com/Documentos/ONUComisi%F3n%20para%20la%20prevenci%F3n%20del%20delito.pdf>.

²⁷ Justicia horizontal, es el sistema en el cual las partes involucradas buscan una solución al conflicto a través de un convenio y su ejecución.

Actualmente, en la ley alemana son comunes las expresiones “hacerlo bien”, “redimir” o “restituir”, considerando la restitución de la víctima en tres dimensiones: emocional, física y material, por lo que la mediación víctima-transgresor debe siempre cubrir estas dimensiones.²⁸

5. ¿Cuál ha sido el desarrollo de la mediación y conciliación penal en el derecho interno?

Con la inclusión del párrafo cuarto del artículo 17 constitucional se elevaron a rango constitucional los MASC y se obliga a las entidades federativas a legislar al respecto, al igual que a la Federación.

Aunque desde 1997 ya aparecía insertado el procedimiento de mediación en el estado de Quintana Roo, éste únicamente era procedente para resolver asuntos de naturaleza privada;²⁹ no fue sino hasta la publicación de la Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León, con fecha 25 del enero de 2005, que se regularon los métodos alternos en materia penal.

En la siguiente foja encontramos el “Cuadro 1”, el cual presenta una línea cronológica sobre la publicación de las leyes estatales respecto a los MASC, del cual se observa que veinte Estados de la República han legislado al respecto³⁰.

La incorporación de estos ordenamientos ha llevado a la creación de los centros estatales de aplicación de los MASC; sus denominaciones son muy variadas, desde Centros Alternativos de Solución de Conflictos hasta Centros de Conciliación y Mediación o Centros de Mediación Penal. Son órganos auxiliares de los Poderes Judiciales Estatales, a exclusión del Centro de Justicia Alternativa del Estado de Chihuahua y del Centro de Justicia Alternativa de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos, por ser dependientes del Poder Ejecutivo Estatal.

Instituciones que tienen como función la difusión, divulgación y aplicación de los métodos alternos, como la mediación, conciliación, negociación, juntas de facilitación³¹, arbitraje, proceso restaurativo³², amigable composición³³ y juntas de orientación ciudadana,³⁴ entre otros. Asimismo, son susceptibles de conocer diversos tipos de conflictos que atienden a diferentes materias; en el caso que nos ocupa –orden penal– son competentes tratándose de aquéllos en que proceda el perdón del ofendido y la reparación del daño.

²⁸ Casanueva Reguart, Sergio E., *Juicio Oral. Teoría y práctica*, Porrúa, México, 2008, p. 515.

²⁹ Véase artículo 5 de la abrogada Ley de Justicia Alternativa del Estado de Quintana Roo.

³⁰ Sobre las leyes estatales en consulta, se tomaron en consideración únicamente las publicadas hasta marzo de dos mil once.

³¹ Se entiende por Juntas de Facilitación el proceso desarrollado entre las partes con la participación indirecta o mediata de los afectados por un conflicto, para resolverlo de manera colectiva mediante un acuerdo. Ver Ley de Justicia Penal Alternativa del Estado de Chihuahua.

³² Proceso Restaurativo: mecanismo mediante el cual el imputado, la víctima y la comunidad implicada trabajan en la solución de cuestiones derivadas del delito, en busca de un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes permitiendo la reintegración de la víctima y el infractor a la sociedad. Ver Ley de Justicia Alternativa del Estado de Zacatecas.

³³ Amigable composición: método alterno que consiste en que un Prestador de Servicios de Métodos Alternos, sin la formalidad de un juicio o arbitraje, determine la solución a un conflicto, en equidad o en conciencia. Ver Ley de Métodos Alternos para la Solución de Conflictos del Estado de Nuevo León.

³⁴ Juntas de Orientación Ciudadana: proceso desarrollado entre las partes con la participación de los afectados indirecta o mediata por un conflicto, para resolverlo de manera colectiva mediante un acuerdo. Ver Ley de Justicia Penal Alternativa para el Estado de Morelos.

Cuadro 1.



6. ¿Cómo funciona el procedimiento de mediación y conciliación en los Centros de Justicia Alternativa?

Para analizar el procedimiento de mediación y conciliación penal en los Centros de Justicia Alternativa se estudia únicamente la Ley y el Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, por dos motivos: contempla el principio de justicia restaurativa y en dicha entidad se aplica el proceso penal acusatorio.

Procedencia.

Procede en delitos culposos, en los que se opere el perdón del ofendido, en los de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas y en aquellos que tengan señalada pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, así como al aplicarse criterios de oportunidad o suspensión del procedimiento a prueba.

En los delitos en los que no procede el perdón, será admisible para la reparación del daño y la restauración de las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

Procedimiento.

1. Etapa de apertura.³⁵

³⁵ Véase Capítulo VI, de la apertura, trámite y conclusión de la mediación o conciliación, del Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

- 1.1. Se iniciará a solicitud del interesado, o por remisión del Ministerio Público³⁶ o juez³⁷ que conozca del asunto.
- 1.2. Se calificará el asunto para determinar si puede solucionarse mediante los métodos alternos. Tratándose de la remisión del Ministerio Público o del juez, si procede legalmente, se suspenderá el procedimiento y se deberá informar oportunamente a la autoridad remitente del resultado correspondiente;³⁸ y,
- 1.3. Invitación a la contraparte a la sesión inicial.³⁹

2. Etapa inicial y/o sesión.

- 2.1. El mediador-conciliador informará y explicará a los interesados los principios, medios y fines de la mediación o conciliación.
- 2.2. Las sesiones serán orales; sólo deberá dejarse constancia escrita de su realización, precisando hora, lugar, participantes y fecha de la próxima reunión, la que será firmada únicamente por el mediador-conciliador.
- 2.3. Si la primera sesión no pudiere celebrarse por motivos justificados, a petición verbal o por escrito del solicitante el mediador-conciliador deberá convocar a otra (durante el trámite, el mediador-conciliador podrá convocar a los participantes a cuantas sesiones sean necesarias para el cumplimiento de los fines).
- 2.4. El mediador-conciliador podrá auxiliarse de expertos en la materia de la controversia, para lograr su solución.
- 2.5. El mediador-conciliador designado en un determinado asunto podrá auxiliarse de otro u otros mediadores-conciliadores.

3. Etapa final.

El trámite se tendrá por concluido, en los siguientes casos:

³⁶ Ley de la materia en comento del Estado de México, artículo 25: “El Ministerio Público deberá informar a los involucrados en los hechos de su competencia, sobre la naturaleza, principios y fines de la mediación, conciliación y justicia restaurativa, antes de abrir la carpeta de investigación, para que hagan valer el derecho de alcanzar una solución alterna al conflicto, si las circunstancias del caso lo permiten”.

³⁷ Los jueces y magistrados en materia penal deberán hacer saber a los interesados la existencia de la mediación, de la conciliación y de la justicia restaurativa, así como la ubicación del Centro más próximo para la solución alterna del conflicto.

³⁸ Ver Ley en cita, artículo 47: “Durante los procedimientos de mediación, conciliación y de justicia restaurativa no operará la caducidad de la instancia, ni correrán los plazos para la prescripción de las acciones y de las sanciones, o de la ejecución de la sentencia relativa al asunto sometido a dichos procedimientos”.

³⁹ El artículo 6.4. del Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México prevé: “... La invitación deberá contener los siguientes elementos: a) Nombre y domicilio del destinatario; b) Nombre del solicitante; c) Fecha de la solicitud; d) Indicación del día, hora y lugar de celebración de la sesión inicial; e) Nombre del mediador-conciliador; f) Síntesis de los hechos que motivan la solicitud; g) Nombre y firma del director del Centro de Mediación y Conciliación; y h) Fecha de la invitación...”.

- 3.1. Por convenio o acuerdo final.⁴⁰
- 3.2. Por decisión de los interesados o alguno de ellos.
- 3.3. Por inasistencia de los interesados a dos o más sesiones sin motivo justificado.
- 3.4. Por negativa de los interesados o alguno de ellos a suscribir el convenio final.

4. Seguimiento.

- 4.1. El director del Centro deberá de asegurarse que los convenios carezcan de vicios del consentimiento.
- 4.2. Una vez autorizado el convenio por el director del Centro, tendrá el carácter de sentencia ejecutoriada con efectos de cosa juzgada.
- 4.3. Los convenios celebrados en otras entidades federativas serán ejecutables en el Estado de México.
- 4.4. Cuando se trate de delitos, los convenios o acuerdos reparatorios darán lugar a la suspensión del procedimiento hasta en tanto se cumplan las obligaciones contraídas.
- 4.5. Cuando se incumpla el convenio se procederá a su ejecución en la vía de apremio ante el juez competente o ante el que inicialmente haya conocido de la controversia en sede judicial.⁴¹
- 4.6. El plazo de prescripción de la acción para la ejecución de los convenios de mediación, conciliación o acuerdos reparatorios, será igual al concedido legalmente para la ejecución de las sentencias.

7. ¿Cuál es el perfil del facilitador?

Algunas legislaciones utilizan el término de mediador o conciliador para referirse al tercero neutral que participa en los procesos de mediación o conciliación; a nivel internacional se prefirió “facilitador”; que es la persona que reconstruye el conflicto para ponerlo ante las partes de manera justa e imparcial.

⁴⁰ El convenio deberá satisfacer los siguientes requisitos: a) Constar por escrito, indicando lugar y fecha de celebración; b) Nombre, edad, nacionalidad, estado civil, profesión u ocupación y domicilio de los interesados; c) Describir el documento con el que el apoderado o representante de los interesados acredita su carácter, debiendo agregar copia certificada del mismo; d) Declaraciones, las que contendrán una breve relación de los antecedentes que motivaron el trámite; e) Cláusulas, las que contendrán las obligaciones de dar, hacer, no hacer o tolerar, así como las obligaciones morales convenidas por los interesados; f) El juez competente para el caso de incumplimiento; g) Firma y huella digital de los participantes o sus representantes; en caso de que alguno de ellos no supiere firmar, otra persona lo hará a su ruego; h) El nombre y firma del mediador-conciliador; e i) La certificación del director del Centro de Mediación y Conciliación de haber revisado el convenio, y en su caso, la certificación de haber sido él quien fungió como mediador conciliador. Ver artículo 6.12 del reglamento en estudio.

⁴¹ Por lo que atañe a los convenios, el numeral 71 de la Ley de Justicia Alternativa del Estado de Durango señala que los *convenios celebrados en materia penal producirán efectos de perdón del ofendido*, pero en lo que respecta a la reparación del daño, *tendrán efectos de cosa juzgada*, y por otro lado, la Ley de Chihuahua prevé que el cumplimiento del convenio o acuerdo, tanto en la etapa preprocesal como en el procedimiento penal, tratándose de los acuerdos reparatorios, extinguirá la acción penal. La Fiscalía Especializada de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales comprobará, a través del mecanismo que se establezca para ello en el reglamento respectivo, dicho cumplimiento, y tal dependencia lo hará del conocimiento del Juez de Ejecución de Penas.

En otras palabras:

Es un tercero neutral e imparcial, capacitado para facilitar la comunicación entre quienes tienen un conflicto y los ayuda a encontrar la solución, en forma cooperativa mutuamente aceptada, buscando una cultura de la legalidad y de paz social.

Su función principal es la de emplear todas las técnicas a su alcance para facilitar el acercamiento, la buena comunicación y la negociación cooperativa entre las personas en conflicto, a fin de modificar sus posiciones rígidas, para que con base en sus necesidades e intereses reales logren un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Para algunos autores, pedagogos y trabajadores sociales se hallarían especialmente capacitados para estas tareas⁴², sin embargo, hay quienes opinan que basta con cumplir ciertas cualidades, a saber⁴³: sensibilidad y experiencia, cuidado y respeto a las partes, neutralidad y trato igual.

Otros, por su parte, señalan que el perfil ideal del conciliador es una persona capaz de comprender el mundo real de las partes, la precisión y frustración en la que se desenvuelven; además debe poseer facilidad de comunicación y conocimientos eficaces sobre la temática y en los aspectos de la negociación que las partes consideren útiles para ellas.

Así, concluimos que los requisitos para ser facilitador son muy variados, algunas leyes estatales en la materia señalan como requisitos los siguientes:

Ley de Justicia Alternativa del Distrito Federal.

“...Artículo 18. Para ser mediador se deberá cumplir los siguientes requisitos:

A) Para ser mediador público adscrito al Centro:

- I. Tener por lo menos treinta años de edad cumplidos al día de la convocatoria.
- II. **Contar con título y cédula profesionales de Licenciatura en Derecho, así como tres años de experiencia profesional mínima demostrable** en cualquiera de las materias competencia del Centro, a partir de la fecha de expedición del título.
- III. Concursar y aprobar el proceso de selección correspondiente, sometiéndose a los exámenes y cursos de capacitación y entrenamiento...”

Ley de Mediación para el Estado de Oaxaca.

“...Artículo 12. Para ser mediador público o privado se requiere:

I.....

- II. **Contar con título profesional** debidamente expedido en los términos de la legislación estatal de la materia; **se exceptúa de esta obligación a las personas que justifiquen haber dado servicio en su comunidad por tres años** en cuestiones de resolución de conflictos...”

Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México.

⁴² García-Pablos de Molina, Antonio, *Tratado de Criminología*, 4ª Edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008, p 1157.

⁴³ Casanueva Reguart, Sergio E., op. cit., p. 510.

“...Artículo 13. Para obtener el registro del Centro Estatal, los mediadores-conciliadores y facilitadores privados deberán cumplir los requisitos siguientes:

I. ...

II. Si se trata de personas físicas:

a. **Contar con título profesional...**”

Como se observa, en algunas entidades federativas se requiere forzosamente el grado de licenciatura en Derecho y en otras basta con la experiencia.

Neuman⁴⁴ menciona que no se requiere de un buen currículum, pues hay que apelar al sentido humano de la justicia, porque si esta persona no tiene apropiados ideales de justicia no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés público, y en esos casos hasta la mejor estructura institucional puede fracasar.

Menciona el autor a Noruega como ejemplo, donde cada municipio tiene sus mediadores, seleccionados por los ciudadanos, que están interesados en desempeñar el rol. Se les designa por 4 años por la junta municipal.

Eric García López, Director de Investigación y Posgrado de la Universidad Autónoma “Benito Juárez” de Oaxaca⁴⁵, manifiesta que la tendencia a integrar los centros de justicia restaurativa con abogados podría dar lugar en última instancia a procesos similares a los de los tribunales, que socavaban el restablecimiento de los intereses de las partes en lugar de apoyarlos.

Advierte que el facilitador debe tener una formación integral porque los conflictos son multifactoriales, es decir, comprenden una serie de aspectos, entre los que están los factores emocional, legal y social.

Por lo tanto, para que la mayoría de los conflictos posibles de someterse al procedimiento de la mediación sean resueltos integralmente, es necesario formar profesionistas multidisciplinarios.

8. ¿Cómo es el procedimiento de la mediación y la conciliación en el sistema penal acusatorio?

Al tener presente que el derecho positivo penal vigente es un sistema dual (inquisitivo-acusatorio), y aunado a que la aplicación de los MASC sólo responden a un sistema acusatorio, se considera oportuno examinar el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, a efecto de:

- Estudiar la procedencia de la mediación y conciliación penal en etapa de investigación, intermedia y ejecución.

⁴⁴ Neuman, Elías. op. cit., 2005, p. 147.

⁴⁵ García López, Eric, “Justicia Restaurativa en Oaxaca: perspectivas desde la sicología jurídica”, *Iter Criminis*, México, núm. 16, 4º época, INACIPE, julio-agosto 2010, p. 127.

Ello es así por ser la única entidad federativa que contempla:

1. Una ley de mediación y conciliación que considera la justicia restaurativa.⁴⁶
2. Un Código Procesal Penal de corte acusatorio.
3. La procedencia de la mediación y conciliación en las tres etapas procesales.

En esta tesitura, se procede a estudiar:

Etapas de investigación/instancia conciliatoria.

El artículo 155 faculta al Ministerio Público para citar a audiencia de conciliación dentro de los cinco días hábiles después de la formulación de querrela, constada en Acta Circunstanciada.

En la audiencia mencionada el Ministerio Público deberá:

1. Preguntar a las partes si es su voluntad someterse a la conciliación.
2. Explicar e informar los principios, medios y fines de la conciliación.
3. Brindar atención a las víctimas u ofendidos.
4. Privilegiar que la reparación del daño se realice o quede a entera satisfacción del querellante.
5. La conciliación se hará constar en el Acta Circunstanciada.
6. El Ministerio Público entregará copia certificada del acuerdo a los interesados y después de cumplirse el acuerdo, el expediente se archivará como asunto concluido.

Sobre la responsabilidad del Ministerio Público de informar a las partes respecto a la posibilidad de mediar, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por criterio jurisprudencial 61/2006,⁴⁷ que se afecta la esfera jurídica de la víctima si no es informada de la existencia del procedimiento de mediación.

Etapas intermedia.

Esta etapa complementa los lineamientos procesales del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México, ya analizados.

⁴⁶ Respecto a la Justicia Restaurativa, a pesar de que la Ley del Estado de México considera a la Justicia Restaurativa como un proceso y no como principio o modelo, se advierte en la citada ley una diferencia entre convenio y acuerdo reparatorio (artículo 5, fracciones XII y XIII); de tal manera que el convenio es un escrito que soluciona un determinado conflicto y el acuerdo reparatorio es el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado para la solución del conflicto y la restauración de las relaciones humanas y sociales afectadas; ello nos indica que la mediación o conciliación del Estado de México, cuando se aplique para una víctima u ofendido, va más allá de la simple solución de un conflicto, y ello es lo que busca la Justicia Restaurativa.

⁴⁷ Mediación en la averiguación previa, prevista en los artículos 135 y 136 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz. La omisión por parte del Ministerio Público de informar al querellante sobre aquella alternativa, no afecta la esfera jurídica del inculpado. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, 1a./J. 61/2006, XXIV, noviembre de 2006, p. 142. Consultable en: www.scjn.gob.mx

Prevé que una vez dictado el auto de vinculación a proceso, y tratándose de delitos perseguibles por querrela, los tribunales podrán remitir a las partes al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial hasta antes de dictarse sentencia ejecutoria, previo consentimiento.

En caso de llegarse a algún acuerdo, se remitirá éste al juez del conocimiento, de lo contrario se continuará con el procedimiento judicial.

El artículo 387 señala que el procedimiento judicial podrá suspenderse:

“... III. Cuando tratándose de delitos por querrela, el procesado y la víctima o el ofendido por algún delito hayan consentido en acudir al Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial, para intentar algún acuerdo...”

Se reitera que sólo el pago de la reparación del daño podrá sujetarse a la mediación o conciliación cuando se trate de delitos de oficio.

Etapas de ejecución.

Los numerales 422 y 423 disponen: una vez que la sentencia haya causado ejecutoria el órgano jurisdiccional de primera instancia podrá recomendar la mediación y conciliación como medio para restaurar las relaciones humanas y sociales afectadas por el delito.

A riesgo de ser reiterativa, la procedencia de los mecanismos alternativos en ejecución de sentencia es el mejor ejemplo para indicar que el conflicto entre víctima y agresor no termina con una sentencia judicial, de ahí la necesidad de legislar al respecto.

De un comparativo de normas adjetivas entre las legislaciones de los Estados de Zacatecas, Oaxaca, Veracruz y Chihuahua, se concluye:

- 1) El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave regula solamente el proceso de mediación en etapa preprocesal (artículos del 135 al 136).
- 2) Los códigos procesales de Oaxaca (numerales del 191 al 195) y Zacatecas (ordinales del 99 al 104) prevén un capítulo especial para la aplicación procesal de la conciliación.
- 3) Para el código de Oaxaca la conciliación es un modo simplificado de terminación del proceso y para el código de Zacatecas, un mecanismo de justicia restaurativa.
- 4) El código de Chihuahua prevé los acuerdos “reparatorios” (artículos del 196 al 200)⁴⁸ dentro de los modos alternos de terminación del proceso, los cuales son similares a la conciliación procesal regulada en los códigos de Oaxaca y Zacatecas.

⁴⁸ Véase el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, título séptimo, capítulo I, artículos 196 al 200, sobre los modos alternativos de terminación del proceso.

Por lo que atañe al ámbito penal federal

Considerando que aún no se legisla al respecto ni se ha implementado el sistema penal acusatorio, se analiza el Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales para estudiar su futura procedencia.⁴⁹

Al respecto, el Proyecto en cita:

- Considera a la justicia alternativa como todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado alternativo, en el que se privilegiará la reparación del daño.
- Señala que es el juez quien debe aprobar los acuerdos.
- Prohíbe la aplicación de los MASC cuando el sujeto activo tenga la calidad de servidor público.

Tratándose de etapas procesales se propone la procedencia de la mediación y la conciliación en los acuerdos reparatorios previstos en los numerales del 514 al 518, los cuales definen como acuerdo reparatorio el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, cuyo resultado es la solución del conflicto y la conclusión del procedimiento, que son procedentes en los delitos que se persiguen por querrela y hasta antes de decretarse el auto de apertura al juicio oral.

Conclusiones

- PRIMERA. La mediación y conciliación penal son dos procesos que buscan la solución del conflicto, la reparación del daño y la reintegración de las partes a la sociedad, por ello también son variables y amoldables a su entorno social.
- SEGUNDA. Son parte esencial del funcionamiento procesal penal acusatorio, porque su inclusión fomenta la despenalización, desjudicialización, desinstitucionalización y desformalización.
- TERCERA. Constituyen para la criminología y el derecho penal un nuevo modelo integrador, y para la víctima una vía alterna.
- CUARTA. Conllevan resultados desde la prevención del delito hasta la restauración de las relaciones humanas.
- QUINTA. Son mecanismos clasificados por los críticos como parte de la justicia negociada; procesos de privatización y sumisión del sistema penal; o políticas económicas para el beneficio del Estado.

⁴⁹ Ver artículo 590 del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales. En lo relativo a la conciliación y mediación, únicamente remite a la ley de la materia.

Se propone:

1. La expedición de una ley modelo que regule los mecanismos alternativos en materia penal, para que facilite a los Estados la expedición de sus leyes y busque alcanzar una unidad de términos.
2. La creación de un centro con sedes alternas de mediación y conciliación penal, descentralizado del Consejo de la Judicatura Federal.
3. Regular la procedencia de los procesos restaurativos en cualquier etapa procesal, y en todos los delitos en los que sean procedentes las penas alternativas a la prisión.

BIBLIOGRAFÍA

AZAR MANSUR, Cecilia, *Mediación y conciliación en México: dos vías alternativas de conflicto a considerar*, México, Porrúa, 2003.

B.J. MAIER, Julio, comp., *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Argentina, Ad Hoc, agosto 1992.

CASANUEVA REGUART, Sergio E., *Juicio Oral. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Tratado de Criminología*, 4ª Edición, Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2008.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco J. y Steele Garza, José G., *Métodos alternativos de solución de conflictos*, México, Oxford, 2008.

HIGHTON, Elena I., et. al., *Resolución Alternativa de Conflictos y Sistema Penal. La Mediación penal y los programas víctima-victimario*, 2ª. Ed., Buenos Aires, Argentina, Ad Hoc, marzo 2004.

JUNCO VARGAS, José Roberto, *La conciliación. Aspectos sustanciales y procesales en el sistema acusatorio*, Quinta Edición, Colombia, Temis y Jurídica Radar, 2007.

MARULANDA, María Ángela, et al., *La conciliación en materia penal*, Santa Fe de Bogotá, Colombia, Leyer Ltda., 2000.

NEUMAN, Elías, *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Porrúa, 2005.

PASTRANA AGUIRRE, Laura Aída, *La mediación. En el sistema procesal acusatorio en México. Doctrina y disposiciones legales*, México, D.F., Flores y Distribuidor, S.A. de C.V., 2009.

SPARVIERI, Elena, *Principios y técnicas de mediación, un método de resolución de conflictos*, Argentina, Biblos, 1995.

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique y GORJÓN GÓMEZ, Francisco, coords., *Arbitraje y mediación en las Américas*, México, CEJA-UANL, Santiago de Chile, 2003.

WOOLPERT, Stephen, *La mediación y sus contextos de aplicación*, Buenos Aires, Argentina, Paidós Ibérica, 1991.

HEMEROGRAFÍA

GARCÍA LÓPEZ, Eric, “Justicia Restaurativa en Oaxaca: perspectivas desde la psicología jurídica”, México, *Iter Criminis*, núm. 16, E. 4º, INACIPE, julio-agosto 2010.

NORIEGA, María Olga, “Los métodos alternos en el nuevo sistema procesal penal”, *Iter Criminis*, México, núm. 17, E. 4º, INACIPE, septiembre-octubre 2010.

KINNUNEN, Arne, “Mediación víctima-delincuente, exitosa práctica finlandesa”, *Iter Criminis*, México, núm. 3, E. 4º, INACIPE, mayo-junio 2008.

Normatividad interna e internacional

- Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos (CONATRIIB).
- Códigos Procesales en Materia Penal de los Estados de Durango, Chihuahua, Chiapas, México, Oaxaca, Veracruz de Ignacio de la Llave y Zacatecas.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su 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, de fecha 11 de diciembre de 2007.
- Leyes en materia de Justicia Alternativa de los Estados de Baja California, Distrito Federal, Durango, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Colima, Coahuila, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, México, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Querétaro, Quintana Roo, Tamaulipas, Veracruz, Zacatecas.
- Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales de la Secretaría Técnica.
- Reglamento del Centro de Mediación y Conciliación del Poder Judicial del Estado de México.

Internacional

- Del Comité de Ministros del Consejo de Europa:

Recomendación [83] 7, de 23 de junio de 1983.

Recomendación [85] 11, de 28 de junio de 1985.

Recomendación [87] 18, de 17 de septiembre de 1987.

Recomendación [99] 19, de 15 de septiembre de 1999.

Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo del 2001, relativa al estatuto de la víctima y el proceso penal.

- De la Organización de las Naciones Unidas:
Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de “Los Principios Fundamentales de Justicia para las víctimas del Crimen y Abuso de Poder”.
Declaración de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrada en Viena del 16 al 25 de abril de 2002.
Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas del Crimen y Abuso de Poder.
- Declaración de Costa Rica sobre la Justicia Restaurativa en América Latina, celebrada del 21 al 24 de septiembre de 2005 en Santo Domingo de Heredia, Costa Rica.
- Manual para la aplicación de los programas de justicia restaurativa de la Organización de las Naciones Unidas, 2006 (*Handbook on Restorative Justice Programmes*).

Sitios Web

Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA). <http://www.cejamericas.org>

Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos A.C. (CONATRIIB). <http://www.conatrib.org.mx/>

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) <http://www.inecip.org>

Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). <http://www.scjn.gob.mx>

LA ACCIÓN PENAL PRIVADA
EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y
FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN
DE LOS PROCESOS PENALES

Fernando Andrés Ortiz Cruz



Magistrado
Fernando Andrés Ortiz Cruz

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha impartido clases en el Instituto Politécnico Nacional, en la Universidad Iberoamericana, en la Universidad Autónoma del Estado de Chiapas, en la Universidad La Salle, en el Instituto Federal de Defensoría Pública y en el Instituto de la Judicatura Federal, extensión Morelos.

Fue invitado por la Embajada de Estados Unidos de Norteamérica en México para conocer el sistema de justicia en ese país y fue seleccionado para formar parte del “Programa Comparativo de Sistemas Penales Acusatorios: Colombia, Chile, Estados Unidos y México” 2010.

Actualmente es Magistrado del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, y antes se desempeñó como titular en el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito, en el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Primer Circuito y en el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito.

LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

1. INTRODUCCIÓN

Como es de común conocimiento, la reforma constitucional en Materia Penal y de Seguridad Pública expedida por el Congreso de la Unión, publicada el pasado 18 de junio de 2008 en el Diario Oficial de la Federación, sin duda es una de las más importantes desde la promulgación de la Constitución de 1917¹ ya que contempla la modificación de diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de entre los cuales se destaca la implementación de un Sistema Procesal Penal Acusatorio, conocido popularmente como la creación de los “juicios orales”, aspecto que, por cierto, es el más publicitado; no obstante, una de las adecuaciones de mayor trascendencia por lo que a la víctima u ofendido se refiere, es la realizada en el artículo 21 constitucional, pues entre otras cosas estatuyó que a la par de la acción penal pública en la persecución de delito, la ley establecería los supuestos excepcionales en que también procedería la acción penal privada.

Ahora bien, en el presente análisis situaremos nuestra atención en el segundo párrafo reformado del artículo 21 constitucional, el cual textualmente dice:

Art.21. (...)

“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en *que los particulares podrán ejercer la acción penal* ante la autoridad judicial.”

Lo cierto es que la reforma ha sido aprobada y nuestra tarea es analizar cómo hacerla lo más benéfica posible, equilibrando el sistema garantista que por tradición hemos tenido a favor del supuesto delincuente y los derechos de la víctima, que hasta ahora han sido muy restringidos en el proceso penal.

ANTECEDENTE HISTÓRICO DE LA ACCIÓN PRIVADA

En la antigüedad la persona que sufría un daño ejercitaba la acción penal. Eran los tiempos de la venganza privada, cuando el hombre defendía por sí mismo sus derechos. En efecto, en el ámbito de la justicia penal, en los albores de la humanidad, el hombre utilizaba la venganza privada; sin embargo, conforme transcurrían los tiempos y al ver que dichas venganzas no tenían proporción alguna, se empezaron a establecer reglas, como la de “ojo por ojo y diente por diente”; existía la Ley del Talión, que establecía que al agresor se le aplicara lo mismo que él le había hecho al ofendido. Pero aparecieron problemas con respecto a ciertos delitos en los cuales no se podía aplicar la Ley del Talión, como aquellos cometidos en contra de la honestidad o los de lascivia. La Ley del

¹ Sin embargo, en virtud de su artículo transitorio segundo, que establece plazos de hasta ocho años para su entrada en vigor, se trata de una reforma todavía en desarrollo, que paulatinamente se irá asentando en todo el territorio nacional.

Talión era la similitud de la venganza, a fin de que una persona sufriera lo que le hizo a otra.

En Grecia, en el siglo XII A.C., Dracón optó por imponer la pena de muerte a todos los delitos. Hubo periodos donde se prescindió de la Ley del Tali3n, pero un siglo despu3s Sol3n la volvi3 a establecer. En Roma se restableci3 la Ley del Tali3n pero con un sentido m3s jur3dico: si alguno rompe un miembro a otro y no se arregla con 3l, h3gase con 3l otro tanto; con esto la f3rmula quedaba subordinada a la composici3n o arreglo de las partes.

El Tali3n representa limitaciones objetivas de la venganza, la primera mediante la proporci3n del castigo a la materialidad de la ofensa. La segunda limitaci3n objetiva de la venganza era la composici3n. 3sta es una indemnizaci3n que, como pena pecuniaria, estaba obligado a aceptar el ofendido.

La v3ctima por el delito ha variado a lo largo de la evoluci3n humana, esto es, desde la v3ctima como animal de sacrificio, pasando por aquel hombre que pod3a vengarse libremente, hasta el l3mite de la venganza privada que radicaba en la Ley del Tali3n, llegando hasta el concepto de sujeto pasivo del delito y, por ende, desarroll3ndose dentro de un proceso penal en car3cter de acusador particular o como coadyuvante del ministerio p3blico, seg3n sea el sistema que se analice².

En la medida en que las sociedades se organizaron hasta llegar a la formaci3n de los Estados, la justicia penal se delega al Estado y se desplaza el rol de la v3ctima con un papel secundario. De hecho, durante gran parte del siglo pasado, la v3ctima continu3 relegada en los sistemas de impartici3n de justicia. No fue sino hasta las 3ltimas d3cadas del siglo pasado cuando los diversos Estados han vuelto su vista hacia la v3ctima del delito, intentando protegerla de posibles victimizaciones secundarias o terciarias³. Esto es, garantizando los derechos fundamentales que 3sta debe tener ante un sistema de impartici3n de justicia, con la finalidad de evitar que en el proceso vuelva a ser victimizada, as3 como estableciendo mecanismos 3giles en los sistemas para que a la v3ctima se le pueda reparar el da3o que el delincuente le ocasion3.

M3xico no ha sido la excepci3n; el rol de la v3ctima dentro del procedimiento penal ha sido pr3cticamente inexistente. Sin embargo, en las 3ltimas d3cadas se le ha comenzado a dar la importancia que se merece. En este sentido, por lo que toca al sistema mexicano, la Constituci3n Pol3tica de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido una transformaci3n respecto a las garant3as protectoras de la v3ctima del delito.

² Por ejemplo, en Espa3a la v3ctima del delito puede convertirse en parte procesal, en car3cter de acusador particular o privado, seg3n sea el caso. Por el contrario, en pa3ses como M3xico (con excepci3n de los Estados que ya lo implementaron) la v3ctima o el perjudicado por el delito no tiene car3cter de parte procesal, pues su 3nica participaci3n es en calidad de coadyuvante del Ministerio p3blico.

³ V3ase Landrove D3az, Gerardo; *Victimolog3a*, Editorial Tirant lo Blanch; Valencia, 1990; pp. 43 y 44. La llamada victimizaci3n secundaria se da cuando la v3ctima o el perjudicado por el delito es expuesto a malos tratos o abandono por las autoridades encargadas de la investigaci3n, persecuci3n o enjuiciamiento del delito, o bien, cuando existen carencias legislativas que impiden cumplir con las necesidades reales de la v3ctima. A su vez, nos referimos a victimizaci3n terciaria como la defectuosa o carente reparaci3n del da3o que al final del andar procesal les debiera corresponder.

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN EL SISTEMA MEXICANO

La palabra acción proviene de *agere*, que en su acepción gramatical significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin. En las instituciones romanas, la acción “era el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe”; de esta afirmación se puede observar que tanto el proceso civil como el penal formaban una sola disciplina.

Para Eugene Florian, la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre determinada relación de derecho penal. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso: lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta.

La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno determina la exigencia de dotar a los particulares y al ministerio público, en su caso, de la facultad (en los particulares) y del poder (en el ministerio público) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción. La acción es un derecho subjetivo público derivado de los preceptos constitucionales que prohíben la autodefensa y que, haciéndola innecesaria, crean órganos específicos encargados de ejercer la función jurisdiccional y establecen los lineamientos generales del proceso.

En una definición más actual, el Dr. Héctor Fix-Zamudio, por su parte, define a la “acción penal” como aquella que ejercita el ministerio público ante el juez competente para que se inicie el proceso penal, se resuelva sobre la responsabilidad del inculpado y, en su caso, se aplique la pena o medida de seguridad que corresponda.

En un sentido similar, Colín Sánchez indica que la acción penal es pública y su ejercicio está encomendado al Estado por conducto del ministerio público; tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable una pena de prisión, multa, pérdida de los instrumentos con que se ejecutó la conducta o hecho, etc.

Adviértase cómo ambos autores hacen hincapié en la acción penal como pública y señalan como su titular exclusivo al ministerio público, lo cual se explica en el contexto del denominado “monopolio del ejercicio de la acción penal”⁴ que dicho órgano acusador tuvo entre el periodo vivido desde la promulgación de la Constitución de 1917 (en donde tuvo aparición constitucional la figura del ministerio público)⁵ hasta la reforma Constitucional de junio de 2008.

⁴ Entrecomillamos, ya que si bien la titularidad de la acción penal corresponde al Ministerio público, pues así lo establecen los artículos 21 y 102 constitucionales, sin embargo destaca una excepción a esa regla, tratándose de la insistencia en repetir el acto o bien la reticencia de la autoridad por cumplir con la ejecutoria protectora, en términos de la fracción XVI del artículo 107 constitucional, en relación con los preceptos 108 y 208 de la Ley de Amparo, ya que por disposición del Constituyente se asigna al Pleno del Alto Tribunal de la Nación la facultad exclusiva de separar de manera inmediata de su cargo a la persona física que encarna a la autoridad sedicente (artículo 10, fracción VII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación) y consignar a la autoridad de manera directa ante un juez de Distrito. (Inejecución de sentencia. Si el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que una autoridad incurrió en ella y decide separarla de su cargo, debe consignarla directamente ante el juez de Distrito que corresponda. *Aislada: P. XI/91 S.J.F., Sa. Época, Tomo VII, marzo de 1991, pág. 7, Registro 205,819*).

⁵ Al respecto debe decirse que esta figura, previo a la Constitución de 1917, se regulaba en los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894; en el Código de Procedimientos Federales de 1895 y de 1908, respectivamente, documentos clave para comprender el funcionamiento del Ministerio Público. Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 15ª edición, México, Editorial Porrúa, 1974, pág. 93 y ss.

Esto no fue siempre, ya que como lo recuerda Castillo Soberanes, bajo la vigencia de la Constitución de 1857 existía la querrela de particulares ante los tribunales, en donde se permitía al ofendido por el delito acudir directamente ante aquéllos. Cuando se debatió en el Congreso Constituyente no prosperó la idea de instituir la figura del ministerio público, ya que se consideró que el particular no debía ser sustituido por institución alguna. Se pensó además que con el ministerio público independizado del órgano jurisdiccional, se retardaría la acción de la justicia, pues se tendría que esperar a que dicho órgano ejercitara la acción penal⁶.

Ahora bien, cabe aclarar que el ejercicio de la acción penal privada que ahora se introduce no será igual al que se hacía bajo la Constitución de 1857, pues las facultades de los jueces son radicalmente distintas, de tal modo que en los debates del Constituyente de 1917 se decide quitar a los jueces la posibilidad de investigar los delitos y a los particulares su derecho de acusar directamente ante los tribunales, otorgando al ministerio público dichas facultades, quedando encargados los jueces exclusivamente de la imposición de las penas.

La razón que dio el Constituyente de 1916-1917 en los debates para instituir la figura del ministerio público fue que veía desventajas en dejar en manos de un particular el ejercicio de la acción penal, pues quedaba a su arbitrio el ejercicio o no, dejando de esta forma infinidad de delitos impunes, pues los tribunales estarían impedidos de actuar sin el previo ejercicio de la acción: “de este modo el particular podría autocomponerse con el infractor, no habiendo así seguridad jurídica”.

Criterio que quedó establecido en la Constitución de 1917 y que transitamos por un periodo de 91 años de acusación penal pública⁷, hasta que, en 2008, se decide adoptar un sistema mixto de acusación, combinando la acción penal privada con la pública, si bien con predominio de esta última.

ALCANCES DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN EL NUEVO SISTEMA PENAL

Esta reforma abre la posibilidad de ejercer directamente la acción penal por parte de los particulares en los casos que expresamente prevea la ley secundaria, sin perjuicio de que el ministerio público pueda intervenir en estos supuestos para salvaguardar el interés público, lo que contribuirá en forma importante a elevar los niveles de acceso a la justicia en materia penal. Por ello la reforma incluye la acción penal privada como una opción de éstos en determinados delitos, y es precisamente por su carácter optativo; en el caso de que el particular decida acudir ante el ministerio público, éste deberá ejercer acción penal en estos mismos delitos al igual que en los demás casos: *“El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al ministerio público. La ley determinará los casos en*

⁶ Castillo Soberanes, Miguel Ángel. *El Monopolio del Ejercicio de la Acción Penal del Ministerio público en México*. 1era edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992, pág. 44.

⁷ No sin dificultades y reformas que en parte la limitaron, ya que las reformas constitucionales de 1994 por primera vez otorgaron a los particulares el derecho a impugnar las resoluciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal, derecho que antes, por interpretación jurisprudencial, les estaba vedado.

que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

Esto es, que la razón por la que se decidió incorporar la figura de la acción penal privada en el proceso penal mexicano fue para contribuir “en forma importante a elevar los niveles de acceso a la justicia en materia penal”, estimando que dicha intervención debería ser evidentemente excepcional y sólo en aquellos casos en los que el interés afectado no sea general. A su vez, en el mandato constitucional se establece, con respecto a la nueva figura, que será decisión del legislador, al crear las leyes secundarias, el definir en qué delitos el particular podrá ser actor penal.

Los delitos a los que se aplique tendrán que ser aquellos en que sea menor el reproche social, por lo que la instancia se adaptará a determinados asuntos de preponderante interés privado. Entre los delitos en que la nueva figura regularmente ha aplicado en la legislación comparada están ciertas hipótesis de lesiones, abuso de confianza, daño en propiedad ajena, amenazas, robo de uso, despojo, revelación de secretos industriales y aquéllos contra la propiedad industrial.

Respecto al nivel probatorio, la acción penal privada se puede dar cuando el particular puede reunir él mismo los elementos de prueba. Con respecto de las investigaciones de los particulares para reunir los elementos de prueba, cabe destacar que el nivel probatorio que ahora se exige al ministerio público para poder consignar, o en este caso a los particulares para ejercer la acusación, es un factor determinante para la viabilidad de la figura. “El nivel probatorio baja a un nivel razonable, en el que baste la existencia de datos probatorios relativos al ‘hecho que la ley señala como delito’”. Un nivel en que baste la existencia de datos probatorios, inferior a reunir el cuerpo del delito, como está establecido actualmente en el Código Penal Federal.

En el caso de la acusación penal privada del particular acusador, al desaparecer la prueba tasada y establecerse la libre valoración de la prueba en audiencias transparentes –en igualdad de condiciones para conocer de viva voz las pruebas de la parte contraria y presentar las propias también oralmente–, estará bajo las mismas condiciones que el ministerio público para reunir las pruebas que le permitan presentar una acusación: producir prueba en el juicio con el formato que permita satisfacer la inmediación y la contradicción, cuyo valor probatorio no sea predeterminado.

Respecto a la admisibilidad de la prueba, la víctima, para ejercer la acción penal privada, requerirá realizar investigaciones que reúnan pruebas para el proceso. Los elementos de prueba que obtenga el acusador particular de forma lícita, podrán ser utilizados con plena eficacia en el enjuiciamiento criminal seguido ante tribunal competente⁸. “Si bien la persecución de los delitos es tarea del Estado, no es posible deducir de ello que exista un monopolio estatal absoluto respecto a la realización de las investigaciones del proceso penal, del mismo modo que al ofendido por el delito le asiste el derecho a participar en el enjuiciamiento punitivo de forma activa, bajo la forma jurídica de la acusación particular”.

⁸ En Estados Unidos la *exclusionary rule* no entra en juego cuando se trata de pruebas obtenidas ilícitamente por particulares por considerar que su objetivo es el control de las actuaciones policiales. Excepcionalmente, la cuarta enmienda es aplicable a las investigaciones realizadas por los particulares “cuando éstos actúen como un instrumento o agente del gobierno, por ejemplo cuando la policía ordena a un particular abrir un paquete que pertenece a otra persona”.

LA ACCIÓN PENAL PRIVADA Y LA JUSTICIA ALTERNATIVA

Las soluciones alternas al juicio ordinario serán un factor importante para que la figura de la acción penal privada sea recurrida, ya que podrán combinarse en busca de una justicia alternativa mediante los mecanismos que para el caso establezca la ley secundaria, conjuntamente con la aplicación del *criterio de oportunidad*.

Quienes a través de la acción penal privada procuren la solución del conflicto por justicia alternativa, podrán plantear la *reparación del daño sufrido mediante conciliación o mediación* ante el ministerio público o ante el juez de control de garantías con mejor dominio de las circunstancias que por la vía de la querella, pues no requerirán la intervención del ministerio público para ejercer la acción penal en caso de no llegar a un acuerdo y eso siempre será una ventaja, un control de la situación. Al igual que en el caso de querella y el ejercicio de la acción por parte del ministerio público, de llegarse a un arreglo entre la víctima y el acusado éste será sometido a la aprobación del juez de control de garantías, quien resolverá de manera inmediata y por el medio más rápido las solicitudes que le haga el ministerio público de medidas cautelares o precautorias y técnicas de investigación, respetando las garantías de la víctima y del acusado.

En el caso de *suspensión de un procedimiento bajo condición*, mismo que se podrá dar cuando el juez disponga que el imputado, durante un periodo de prueba, se someta a un régimen que se determinará en cada caso y que llevará por fin mejorar su condición moral, educacional, etc., bajo control de los tribunales, podría llegar a darse ante la participación de querellante privado, quien podrá directamente verificar que estén a salvo sus derechos, particularmente los daños sufridos.

En el ejercicio de la acción penal privada podría llegarse a la *abreviación de un procedimiento* ante el reconocimiento de participación en el delito, con las pruebas recopiladas por los detectives del acusador particular. La sentencia se basaría en el hecho descrito en la acusación admitida por el imputado.

LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN LATINOAMÉRICA

Basta ver la variedad de casos en algunos países de Latinoamérica para imaginar los que pudieran aplicarse en México. Latinoamérica ha estado inmersa en un proceso de cambio en su sistema procesal penal al menos desde hace aproximadamente 20 años, por lo que resulta interesante conocer las experiencias de la región en esta materia. Noriega Hurtado⁹ ha hecho un importante trabajo sobre ese tema, por lo que, basándonos en sus aportaciones, presentamos a continuación los supuestos de procedencia de la acción penal privada en 9 países latinoamericanos.

⁹ Doctorado en Derecho por la Universidad Panamericana; certificado por méritos por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Setec); capacitado en materia de juicios orales por el National Institute for Trial Advocacy (NITA), el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), el Departamento de Justicia de los Estados Unidos, California Western School of Law en San Diego, Ca., y por USAID e INACIPE; en técnicas de negociación en Harvard University, Cambridge, Massachusetts y en Madrid; en técnicas de entrevista e interrogatorio por John E. Reid and Associates.

PAÍSES LATINOAMERICANOS		DELITOS EN LOS QUE PROCEDE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA
1	Nicaragua:	Calumnia e injurias graves.
2	República Dominicana	Violación de propiedad; difamación e injuria; violación de la propiedad industrial; violación a la ley de cheques.
3	El Salvador	Los relativos al honor y la intimidad, hurto impropio, competencia desleal y desviación fraudulenta de clientela; y cheques sin provisión de fondos. Además las acciones públicas podrán ser transformadas en acciones privadas a petición de las víctimas siempre que la Fiscalía General de la República lo autorice porque no exista un interés público gravemente comprometido en los casos siguientes: cuando se trate de un delito que requiera instancia de particular; en cualquier delito contra la propiedad; cuando se prescinda de la acción pública en razón de la insignificancia, la mínima contribución o la mínima culpabilidad del autor o partícipe.
4	Bolivia	El giro de cheque en descubierto, giro defectuoso de cheque, desvío de clientela, corrupción de dependientes, apropiación indebida, abuso de confianza, los delitos contra el honor, destrucción de cosas propias para defraudar, defraudación de servicios o alimentos, alzamiento de bienes o falencia civil, despojo, alteración de linderos, perturbación de posesión y daño simple.
5	Guatemala	Las acciones de ejercicio público podrán ser transformadas en acciones privadas, únicamente ejercitadas por el agraviado conforme al procedimiento especial previsto y siempre que no produzcan impacto social, en los casos siguientes: 1) cuando se trate de los casos previstos para prescindir de la persecución penal, conforme el criterio de oportunidad; 2) en cualquier delito que requiera de denuncia o instancia particular, a pedido del legitimado a instar, cuando el ministerio público lo autorice, porque no existe un interés público gravemente comprometido y el agraviado garantiza una persecución penal eficiente; 3) en cualquier delito contra el patrimonio, según el régimen previsto en el inciso anterior. Si en un mismo hecho hubiere pluralidad de agraviados, será necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno asuma la acción penal.
6	Costa Rica	Los delitos contra el honor, la propaganda desleal, cualquier otro delito que la ley califique como tal. También hay conversión de la acción pública en privada a pedido de la víctima, siempre que el ministerio público lo autorice y no exista un interés público gravemente comprometido, cuando se investigue un delito que requiera instancia privada o un delito contra la propiedad realizado sin grave violencia sobre las personas. Si existen varios ofendidos, será necesario el consentimiento de todos.
7	Paraguay	Serán perseguibles exclusivamente por acción privada los siguientes hechos punibles: 1) maltrato físico; 2) lesión; 3) lesión culposa; 4) amenaza; 5) tratamiento médico sin consentimiento; 6) violación de domicilio; 7) lesión a la intimidad;

		8) violación del secreto de comunicación; 9) calumnia; 10) difamación; 11) injuria; 12) denigración de la memoria de un muerto; 13) daño; 14) uso no autorizado de vehículo automotor; y 15) violación del derecho de autor o inventor.
8	Ecuador	a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho; b) el rapto de una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, que hubiese consentido en su rapto y seguido voluntariamente al raptor; c) la injuria calumniosa y la no calumniosa grave; d) los daños ocasionados en propiedad privada, excepto el incendio; e) la usurpación; f) la muerte de animales domésticos o domesticados; y g) el atentado al pudor de un mayor de edad. Además se puede dar la conversión. Las acciones por delitos de acción penal pública pueden ser transformadas en acciones privadas a pedido del ofendido o de su representante, siempre que el Fiscal lo autorice, cuando considere que no existe un interés público gravemente comprometido, en los casos siguientes: a) en cualquier delito contra la propiedad. Si hubiere pluralidad de ofendidos, es necesario el consentimiento de todos ellos, aunque sólo uno haya presentado la acusación particular; y b) en los delitos de instancia particular.
9	Chile	a) La calumnia y la injuria; b) el que injuriare a otro livianamente de obra o de palabra, no siendo por escrito y con publicidad; c) la provocación a duelo y el de nuestro o descrédito público por no haberlo aceptado, y d) matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

El cuadro anterior nos muestra, que es unánime la tendencia a considerar como delitos de acción privada aquellos que afectan entre otros el honor o la intimidad personal y, en orden decreciente, algunos de contenido patrimonial, libramiento de cheques sin fondos, delitos de propiedad intelectual, lesiones, nulidad matrimonial, atentados al pudor y rapto. En cuatro países se contempla también la posibilidad de transformar la acción pública en privada, cuando no exista un interés público gravemente comprometido.

La mayoría de estos delitos son transgresiones que suceden con mucha frecuencia y en algunos casos, como en el daño en propiedad ajena, en el que se incluyen los accidentes de tránsito, de aplicarse en México se podrán especializar aseguradoras o despachos de abogados, promoviendo esta figura para solucionar conflictos.

IMPLEMENTACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA EN MÉXICO

En nuestro país la instrumentación de esta acción ejercida por el particular se ha estado regulando paulatinamente y a la fecha ocho Estados de la República han puesto en

marcha, de manera total o parcial, el nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral, por lo que a continuación (mediante un cuadro ilustrativo) examinaremos la implementación que, en cada entidad, ha tenido la acción penal privada, incluyendo las propuestas contenidas en el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación y el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.

ESTADOS	LEY REGLAMENTARIA	DENOMINACIÓN DE LA FIGURA EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL
1 Baja California	El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, de fecha 19 de octubre de 2007, en vigor a partir del 11 de agosto de 2010 en el partido judicial de Mexicali, y en forma sucesiva en Ensenada a partir del 3 de mayo de 2012, y Tijuana, Tecate y Playas de Rosarito a partir del 3 de mayo de 2013, señala, en su artículo 76, que el ejercicio de la acción penal corresponde al ministerio público, sin perjuicio de que el Código otorgue en ciertos casos dicha facultad a la víctima u ofendido.	De esa forma, esta legislación admite la figura de la acción penal privada (artículo 394 Bis), la cual procede en los casos de los delitos de difamación y calumnia previstos en los artículos 185 y 191 del Código Penal para el Estado de Baja California, y cuando el ministerio público haya decidido aplicar un criterio de oportunidad con fundamento en lo dispuesto por la fracción I del artículo 79 del Código de Procedimientos Penales (casos en que el ministerio público prescinde de la persecución penal por tratarse de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado). En todo caso, la víctima u ofendido en el procedimiento de acción penal privada deberá estar representada por un licenciado en Derecho. La legislación procesal de Baja California contempla también la figura del acusador coadyuvante (artículo 120) y en tal caso la víctima u ofendido será considerada como parte para todos los efectos legales. Se contempla también la existencia del actor civil, medio por el cual la víctima u ofendido podrá exigir la reparación del daño a cargo de terceros dentro del mismo proceso penal mediante demanda civil (artículo 87 del Código de Procedimientos Penales).
2 Chihuahua	El Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado el 9 de agosto de 2006 y vigente en la entidad desde enero de 2008, es pionero en materia del sistema procesal acusatorio. Su artículo 80 señala que la acción penal es pública y corresponde al Estado ejercerla a través del ministerio público, sin perjuicio de la participación que el Código concede a la víctima u ofendido.	Sin embargo, ello no implica que en el Estado de Chihuahua se reconozca la acción penal privada , pues lo único que se contempla es la figura del acusador coadyuvante (artículo 122), conforme a la cual se tendrá a la víctima u ofendido como parte en el proceso para todos los efectos legales. Se contempla también la figura del actor civil (artículo 422 y siguientes), quien podrá ejercer la acción resarcitoria en contra de la persona que, según las leyes, responda por el daño que el imputado hubiera causado con el hecho punible.

3	Durango	El Código Procesal Penal del Estado de Durango, expedido en febrero de 2010 y vigente en la entidad, señala, en su artículo 89, que la acción penal es pública o privada.	Conforme a ello, la acción penal privada podrá ser ejercida por la víctima u ofendido, sin perjuicio de que también pueda ejercerla el ministerio público cuando se actualicen las condiciones de procedibilidad. En términos similares a otras legislaciones, el Código Procesal Penal de Durango también contempla la figura del acusador coadyuvante , a quien se tendrá como parte para todos los efectos legales (artículo 134). Finalmente, en esta legislación también aparece regulada la figura del actor civil para ejercer la acción resarcitoria por daño emergente del delito, a cargo de un tercero civilmente obligado (artículo 429 y siguientes).
4	Estado de México	El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado el 9 de febrero de 2009, en vigor desde el 1 de octubre de 2009 en los distritos judiciales de Toluca, Lerma, Tenancingo y Tenango del Valle; desde el 1 de abril de 2010 en los distritos judiciales de Chalco, Otumba y Texcoco; desde el 1 de octubre de 2010 en los distritos judiciales de Nezahualcóyotl, El Oro, Ixtlahuaca, Sultepec y Temascaltepec; desde el 1 de abril de 2011 en los distritos judiciales de Tlalnepantla, Cuautitlán y Zumpango, y desde el 1 de octubre de 2011 en los distritos judiciales de Ecatepec de Morelos, Jilotepec y Valle de Bravo (artículo sexto transitorio). señala, en su artículo 28, que el ejercicio de la acción penal corresponde al ministerio público. Este Código determinará los casos en que los particulares podrán ejercer esta última.	Conforme a ello, la acción penal privada podrá ser ejercida por la víctima u ofendido, sin perjuicio de que también pueda ejercerla el ministerio público cuando se actualicen las condiciones de procedibilidad. En términos similares a otras legislaciones, el Código Procesal Penal de Durango también contempla la figura del acusador coadyuvante , a quien se tendrá como parte para todos los efectos legales (artículo 134). Finalmente, en esta legislación también aparece regulada la figura del actor civil para ejercer la acción resarcitoria por daño emergente del delito, a cargo de un tercero civilmente obligado (artículo 429 y siguientes).
5	Guanajuato	La Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, publicada el 3 de septiembre de 2010, en vigor a partir del 1 de septiembre de 2011 en la región que abarca los municipios de: Atarjea, Comonfort, Doctor Mora, Dolores Hidalgo Cuna de la Independencia Nacional, Guanajuato, Ocampo, San Diego de la Unión, San Felipe, San José Iturbide, San Miguel de Allende, San Luis de la Paz, Santa Catarina, Tierra Blanca, Victoria y Xichú; del 1 de enero de 2013 en la región que comprende los municipios de: Abasolo, Cuerámaro, Huanímaro, Irapuato, Jaral del Progreso, Pénjamo, Pueblo Nuevo, Romita, Salamanca, Silao y Valle de Santiago; del 1 de enero de 2014 en la región que contiene los municipios de: Acámbaro, Apaseo el Alto, Apaseo el Grande, Celaya, Coro-	De ese modo (artículo 398), la acción penal particular se ejercerá ante el juez de control por la víctima o el ofendido en calidad de acusador particular, o por medio de apoderado con poder general con cláusula especial o poder especial para tal efecto. Esta legislación no contempla expresamente la figura del acusador coadyuvante, pero sí la del coadyuvante , que en la práctica es similar a aquélla. De esa forma no se prevé al actor civil para exigir el pago de la reparación del daño a terceros, facultades que se otorgan al ministerio público, al coadyuvante o al acusador particular.

		neo, Cortazar, Jerécuaro, Morelón, Salvatierra, Santa Cruz de Juventino Rosas, Santiago Maravatío, Tarandacuao, Tarimoro, Uriangato, Villagrán y Yuriria; y del 1 de enero de 2015 en la región que incluye los municipios de: León, Manuel Doblado, Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón, señala, en su artículo 134, que la acción penal será pública o particular y que corresponde el ejercicio de la acción penal pública al ministerio público, de oficio o a instancia del interesado, y, en los casos señalados en la ley, los particulares podrán ejercer la acción penal de manera autónoma.	
6	Morelos	El Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, publicado el 22 de noviembre de 2007, en vigor a partir del 30 de octubre de 2008 en el Primer Distrito Judicial, con sede en Cuernavaca y Huitzilac; a partir del 6 de julio de 2009 en el Sexto Distrito Judicial, con sede en Cuautla, y en el Quinto Distrito Judicial, con sede en Yautepec, y a partir del 1 de enero de 2012 en los demás distritos judiciales, señala, en su artículo 83, que la acción penal es pública o privada y que corresponde al Estado la acción pública a través del ministerio público, mientras que la acción penal privada será ejercida por la víctima u ofendido en los casos y en los términos previstos por el Código.	Son delitos perseguibles por acción privada los regulados en el artículo 86 Bis. En términos similares a otras legislaciones, este Código prevé que la víctima u ofendido podrá constituirse como acusador coadyuvante , en cuyo caso se le tendrá como parte para todos los efectos legales (artículo 126). No se contempla expresamente la figura del actor civil , pero el pago de la reparación del daño exigible a terceros está implícito en las facultades de la víctima u ofendido, ya sea como tal o como acusador coadyuvante.
7	Oaxaca	El Código Procesal Penal para el Estado de Oaxaca, publicado el 9 de septiembre de 2006, en vigor a partir del 9 de septiembre de 2007 en las regiones del Istmo y la Mixteca y a partir del 9 de mayo de 2012 consecutivamente cada año en los distritos de las regiones de la Costa, Cuenca y Valles Centrales, para finalmente implementarse en las regiones de la Cañada y la Sierra (Norte y Sur), señala, en su artículo 81, que la acción penal es pública y corresponde al Estado ejercerla a través del ministerio público, salvo las excepciones legales y sin perjuicio de la participación que el Código concede a la víctima o a los ciudadanos.	No obstante lo anterior, en la legislación de Oaxaca no se reconoce la acción penal privada , pero sí la figura de la parte coadyuvante (artículo 128) Esta legislación contempla también la figura del actor civil , para ejercer la acción resarcitoria por daño emergente del delito, a cargo de un tercero civilmente obligado (artículo 399 y siguientes).
8	Zacatecas	El Código Procesal Penal para el Estado de Zacatecas, publicado el 15 de septiembre de 2007, en vigor en el Distrito Judicial Primero de la capital a partir del 5 de enero de 2009; a partir de 1 de junio de 2012 en los distritos judiciales Segundo de Fresnillo y Séptimo de Calera, y a partir del 17 de enero de 2013 en el resto del territorio del Estado, señala,	Sin embargo, en esta legislación no se reconoce la acción penal privada , pero sí, en cambio, el acusador coadyuvante . La figura del actor civil o parte civil se prevé también para obtener la reparación del daño de personas obligadas distintas del inculpado (artículos 153, 398 y 437).

9	Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación.	<p>en su artículo 8º, que la acción penal es pública y corresponde al Estado a través del ministerio público ejercerla, salvo las excepciones legales y sin perjuicio de la participación que este Código concede a la víctima o a los ciudadanos.</p> <p>El proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación, de diciembre de 2010, reconoce sólo la acción penal pública, en su artículo 236.</p>	Sin embargo, este proyecto contempla la figura del acusador coadyuvante , conforme a la cual la víctima u ofendido podrá adherirse a la acusación formulada por el ministerio público; en tal caso, se le tendrá como parte para todos los efectos legales. Expresamente no está reconocido el actor civil , pero es derecho de la víctima u ofendido, entre otros, todo lo conducente a obtener la reparación del daño.
10	Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.	El Código Modelo de la CONATRI, de 2009, señala, en su artículo 92, que el ejercicio de la acción penal corresponde al ministerio público, pero podrá ejercerse por los particulares como acusador particular, privado o popular.	Este proyecto distingue tres tipos de acción penal, adicionales a la acción penal pública. Respecto al acusador particular, se señala que en los delitos de querrela la víctima podrá ejercer la acción penal ante los tribunales de manera autónoma y que siempre que no exista un interés público gravemente comprometido, la acción penal pública podrá convertirse en particular en los delitos contra la propiedad si no existe violencia, o cuando el ministerio público disponga la aplicación de un criterio de oportunidad (artículo 195). Tocante al acusador privado , actúa en los casos de delitos de acción privada, considerando como tales a los delitos contra el honor y cualquier otro delito que la ley califique como tal (artículo 96). En los casos del acusador popular , cualquier persona que demuestre interés legítimo podrá ejercer la acción penal popular.

Es de mencionarse que conforme al desarrollo de la legislación procesal penal en nuestro país, el campo natural de la acción penal privada es aquel relacionado con los delitos contra el honor y la intimidad personal, constituidos básicamente por injurias, calumnias, la difamación, la violación de correspondencia, la revelación de secretos y los golpes u otras violencias físicas simples, los delitos patrimoniales, como el robo simple, el abuso de confianza, el fraude y el daño en los bienes, entre otros.

CONCLUSIONES

Depende de cada legislatura la fuerza que se le dé a esta nueva figura, sin que éstas olviden que de la determinación que se ponga para establecer la mayor y mejor posibilidad de su utilización dará o no fuerza a las víctimas de los territorios en que se actúa. En esa medida cada legislatura demostrará mayor o menor interés en respetar lo que ahora es una posibilidad efectiva de dar acceso a la justicia a las víctimas del delito mediante la nueva figura obligatoriamente dispuesta en la Constitución. A su vez, deberá procurar dar más intervención a las víctimas u ofendidos al darles un espacio

que evite arbitrariedades y abusos del ministerio público, que en ocasiones, no obstante tener suficientes elementos de prueba para ejercitar la acción, se niega a hacerlo. Pero la instrumentación de esta figura debe ser cuidadosamente regulada, ya que corre el riesgo de convertirse en herramienta de venganzas, actuaciones de personas con intereses particulares, ajenos a los del Estado, de la sociedad y de la justicia, evitando a su vez que se llenen las instituciones, como hasta ahora, de asuntos de carácter meramente civil, convertidos o disfrazados de delito en forma desmedida, lo cual ya viene sucediendo en nuestro sistema actual, donde el ministerio público representa un órgano de control para filtrar los asuntos realmente procedentes.

Esta figura ha generado gran debate dentro del nuevo sistema penal acusatorio, pero no es más que una medida accesorias garantista, con la cual se le da mayor participación a las víctimas y ofendidos de los delitos.

En otras palabras, ya no deberá esperar que el ministerio público ofrezca las pruebas que ésta le acercó, sino que es la víctima quien, con independencia de aquél, puede presentarlas, y además tiene el derecho a que se le acepten todos los datos, se le reciban los recursos que plantee, e incluso, puede la víctima solicitar la revisión de las omisiones por parte de un juez.

El problema será cuando el acusador particular obtenga los elementos de prueba violentando el Derecho. Al respecto, el Estado deberá estar atento de no violentar derechos subjetivos públicos ya que, al mismo tiempo, debe garantizar la no vulneración de estos derechos por otros particulares, es decir, aquella que se opone directamente a la autoridad y la que se opone ante terceros (particulares). En este mismo tenor, la admisión de prueba obtenida ilícitamente podría llegar a considerarse un estímulo para violentar la seguridad jurídica en aras de una sentencia favorable para el actor penal.

Habrà que regular en el código procesal el apoyo que tenga la víctima por parte del ministerio público y los tribunales para preparar su querrela. El apoyo institucional en la investigación del actor penal privado podría contemplarse en la ley secundaria, para que el tribunal preste auxilio cuando el particular requiera de cierto apoyo para realizar diligencias que, por sí mismo, no haya logrado.

Así las cosas, las leyes secundarias que tengan que aprobarse al respecto de esta figura deberán también fijar especial atención en los delitos en que pueda aplicarse, los requisitos de procedibilidad, así como de manera importante, cómo conciliará la acción penal privada con las salidas alternas al juicio ordinario.

FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DE LOS PROCESOS PENALES

1. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la reforma constitucional en materia de justicia penal y juicios orales, publicada el 18 de junio de 2008, surge el interés en conocer los principios mundiales inspiradores del proceso criminal en nuestros días. La reforma constitucional trae consigo medidas de gran importancia. En lo que interesa, la posibilidad de que el proceso penal pueda terminar con medidas alternativas de solución de controversias, cuando el acusado reconozca la culpa y repare el daño como lo señale el juez y la víctima muestre su acuerdo. El ministerio público, de igual modo, podrá considerar criterios de oportunidad para el no ejercicio de la acción penal, en los supuestos y con las condiciones que establezca la ley.

En México, con la reforma constitucional en materia penal y con la futura promulgación del Código Federal de Procedimientos Penales, en particular la incorporación del capítulo especial (Capítulo VIII, de las formas anticipadas de terminación del proceso), en cumplimiento del tercer párrafo del artículo 17 constitucional (por ser el tema de estudio), que establece:

Art. 17. (...)

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.

Debemos reconocer un aspecto de gran importancia y fundamental en este artículo, en el cual se introducen los mecanismos alternativos de solución de controversias como un gran avance, ya que es una medida por demás efectiva para despresurizar el sistema y evitar que todos los asuntos tengan que llegar a juicio y a una sentencia, con la posibilidad de solucionar sus conflictos con métodos alternativos que van a mejorar el sistema, ya que además de cumplir con los fines mediatos de la pena van a asegurar la reparación del daño.

Igualmente, otro precepto del nuevo texto constitucional abre la puerta a estos medios alternos de terminación del proceso; así, el artículo 20, en su apartado A, señala:

Art. 20 (...) Apartado A

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 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.

Se exigirán del ministerio público decisiones tempranas y argumentadas para favorecer el principio de oportunidad. El nuevo texto constitucional también tiene por objetivo “descongestionar” el servicio público de administración de justicia, que se encuentra al borde del colapso¹⁰, siendo más trascendente el problema en materia penal debido al régimen de prisión preventiva, que un gran número de personas sigue y cualquier demora resulta muy gravosa. Además de lo anterior se comparte la idea de establecer mecanismos alternativos de solución de controversias que se traduzcan en una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita¹¹.

El éxito de estos mecanismos estribará en que actualmente el legislador propone aplicar el orden lógico gradual de dichas medidas y ya no las contemple como alternativas finales¹², de forma tal que la trascendencia para su desarrollo se puede observar si consideramos que se espera que, al igual que en Estados Unidos, 95% de los casos no lleguen a juicio. Un tema sin duda importante en esta reforma penal son los mecanismos alternos de solución de controversias; dicho tema constituye uno de los pilares fundamentales del nuevo sistema procesal, sin embargo, la mayor parte de la atención se fija en otras características del sistema acusatorio, como el de la oralidad¹³. Claro está que la finalidad de dichos mecanismos son las salidas alternas, sobre todo si se tiene la proyección de que la mayor parte de las controversias penales caminen por algunas de estas “soluciones”, entendiéndose éstas como salidas alternas a las instituciones, conforme las cuales el proceso penal termina no en virtud de una resolución jurisdiccional, sino debido a la actuación o iniciativa de las partes.

Con estos mecanismos alternativos de solución de controversias se tiene la experiencia de que en alrededor de 80% de los casos que se presentan no se lleva a cabo el proceso en todos sus términos¹⁴. Esto trae como consecuencia que el juzgador se aboque con mucha más eficiencia a la administración de justicia en los casos más importantes que le llegan y que realmente descongestiona lo que es el aparato de la administración de

¹⁰ Carbonell, Miguel, El Artículo 17 Constitucional y la Reforma Penal, México, pp. 12 y ss.

¹¹ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda.

¹² Como ejemplo existe la suspensión condicional del proceso (tema que se abordará más adelante), que es una figura muy similar a la suspensión condicional de la ejecución de la pena que actualmente tenemos, sin embargo, en la primera se suspende el procedimiento porque desde su inicio el inculpado puede cubrir el daño y entonces se le concede este beneficio, si cumple con los requisitos para su concesión, mientras que en la actualidad, después de la averiguación previa, la consignación y el seguimiento del proceso, la sentencia, la apelación y el juicio de amparo es que se le puede conceder al inculpado el beneficio de la suspensión de la pena, cuando en ambos se trata del mismo beneficio.

¹³ Tal situación no tendría nada de peculiar si no fuera porque los juicios orales, que con frecuencia causan la admiración de mucha gente por la transparencia y claridad con que se conducen (al menos en la serie televisiva y en muchas películas producidas en EUA), sólo existen de manera excepcional.

¹⁴ Borrego Estrada, Felipe, Diputado Federal, Secretario de la Comisión de Justicia, *La Reforma Constitucional en Materia Penal, Perspectiva Legislativa*.

¹⁵ En las últimas décadas han sido adoptados estos mecanismos, con diversa amplitud y alcance, por diferentes Estados. Así, en España, en la reforma de 28 de diciembre de 1988, se impone con el nombre de *conformidad*; en Portugal, en el Nuevo Código Procesal Penal de 1987, el *consenso*; y en el ámbito latinoamericano, en la década de los noventa, en Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil, El Salvador, así como en los regímenes procesales penales argentinos, se adoptaron formas procedimentales en las que se puede arribar a una pena luego del allanamiento del imputado a la pretensión del fiscal, llamándose en todos esos casos *juicio o procedimiento abreviado*.

justicia, sobre todo los jueces, lo que conlleva a mayor eficiencia. En los países en que se tiene esa experiencia¹⁵, así como en algunos Estados de la República, el éxito del sistema penal acusatorio consistirá en dichos sistemas alternativos de solución de controversias.

1.1. JUSTICIA ALTERNATIVA

Los medios alternativos de resolución de conflictos se han convertido en un tema común en el mundo jurídico, constituyéndose en México como una visión novedosa y distinta de la tradicional atención de litigios exclusivamente por medio del proceso judicial. En la nueva tendencia procesal, la pretensión por parte de los especialistas de la materia va dirigida al argumento de que el proceso que tenemos es obsoleto por ser demasiado formal y prolongado, causando perjuicios de carácter económico impactante para aquellos que piden justicia ante los órganos jurisdiccionales. En este sentido, ha surgido la tendencia de introducir figuras de mediación y conciliación como “medios alternativos” de resolver conflictos, pero tal actividad no puede realizarse de manera ajena a los tribunales establecidos para ese fin, sino en forma complementaria con las demás instituciones.

La justicia alternativa es el diseño y la implementación de mecanismos alternativos de solución de controversias al procedimiento jurisdiccional, cuya finalidad es encontrar soluciones desde una perspectiva neutral tomando en cuenta a la víctima y al imputado y, como su nombre lo dice, son propuestas alternas a un procedimiento jurisdiccional. En las legislaciones procesales contemporáneas se hace referencia a los “medios alternativos de resolver conflictos”, concepción abstracta por las siguientes razones:

- El conflicto es parte de la litis, es el objeto de la misma, Es más propio hablar de controversia porque dicho término cae directamente sobre la contienda del Derecho material.
- El concepto “medios alternativos” es muy amplio, y para entenderlo es mejor hablar de “equivalente jurisdiccional¹⁶”.

De entre los equivalentes jurisdiccionales, los puntos más importantes que podemos argumentar en el objetivo de la justicia alternativa son los siguientes:

- La creación de un proyecto para incrementar la efectividad de la mediación.
- La existencia previa de los medios alternativos en el campo procesal mexicano.
- Un análisis procesal de la justicia alternativa en México.

Las características de los equivalentes jurisdiccionales se pueden resumir en las siguientes:

¹⁶ Carnelitti se pronunció al respecto: la composición de la litis puede obtenerse por medios distintos al proceso civil; como función de dicha composición se entiende que, para denotar tales medios, puede servir el concepto de equivalente.

- a) Son procedimientos alternos a los juicios formalmente creados por el Código adjetivo.
- b) El objeto de los equivalentes jurisdiccionales consiste en el no ejercicio de la jurisdicción para llegar al mismo resultado, es decir, la solución de la controversia.
- c) Los equivalentes jurisdiccionales contienen en su naturaleza el principio de “economía procesal” y así se evita el exceso de trabajo en los tribunales, pudiendo alcanzar la garantía consagrada en el artículo 17 constitucional, consistente en “justicia pronta, completa e imparcial”.

En otras palabras, el equivalente jurisdiccional consiste en la búsqueda o manifestación de la voluntad de las partes en controversia respecto a un derecho. De esta manera podemos enunciar a groso modo los principios rectores de la justicia alternativa, los cuales son:

La voluntariedad: constituye sin duda el pilar de la justicia alternativa, es decir, las partes fijan sus obligaciones y los términos de éstas a través de la asunción responsable de los acuerdos por ellas decididos.

La confidencialidad: toda la información vertida en un proceso de conciliación o mediación es estrictamente confidencial.

La flexibilidad: ayudará a que el procedimiento se desarrolle mejor y haya una adecuada comunicación con el objetivo de que las partes lleguen a acuerdos satisfactorios entre sí.

La imparcialidad: el conciliador o mediador debe ser alguien imparcial y su función debe ser objetiva.

La gratuidad: todo proceso de justicia alternativa es gratuito y accesible a cualquier persona.

En conclusión, la justicia alternativa y sus principios en general están basados en el respeto de la dignidad de todo ser humano; lo anterior en ningún momento quiere decir que el daño causado por el delito quede impune, sino que la técnica de reprimirlo y prevenirlo es distinta (en la justicia alternativa, la reparación del daño suple a la pena, por mencionar un ejemplo). En la justicia alternativa la víctima es atendida en sus verdaderas necesidades, ya que logra el resarcimiento durante el proceso.

1.2. MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Para poder definir los medios alternativos de resolución de conflictos es necesario un breve repaso a las formas de resolución de litigios (autotutela, autocomposición y heterocomposición). Un litigio puede resolverse de muy distintas formas: pueden ser realizadas la pretensión o la resistencia, se puede llegar a una transacción o incluso a un proceso en que se determine la prevalencia de un interés sobre el otro. Lo importante a destacar es que el proceso no es la única forma de acabar un litigio; las formas en que

se resuelve un litigio la doctrina las divide en tres categorías, las cuales expondremos de forma breve:

- *Autodefensa o autotutela*. Considerada una forma egoísta de resolver conflictos, pues implica la imposición antes que la concertación, además de que la solución proviene de una parte del conflicto, por lo que no es imparcial¹⁷.
- *Autocomposición*. Se entiende como la renuncia del derecho en beneficio del interés ajeno, es la solución a la controversia propuesta (no impuesta violentamente) por uno o por ambos elementos subjetivos parciales (partes) sacrificando el interés jurídico propio, arreglo que es aceptado por la otra parte.
- *Heterocomposición*. La solución al litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, esto es, no sólo es requisito la presencia de un tercero, sino que dicho tercero resuelve de forma vinculativa el litigio; tenemos como formas clásicas de la heterocomposición al arbitraje y al proceso judicial. En el primer caso citado nos encontramos ante un medio alternativo de resolución de conflictos; en el segundo, ante la figura tradicional, en la que un juez decide la cuestión discutida.

Como hemos visto con el repaso anterior, no existe una forma única de resolver conflictos. Lo más común es acudir al proceso judicial, pero numerosos litigios no llegan a dicho proceso porque se han resuelto mediante una autodefensa o una autocomposición. De hecho, también parecería temeraria la afirmación de que todo litigio debe, necesariamente, resolverse mediante un proceso.

Por otro lado, los medios alternativos se nos presentan como algo novedoso, que vagamente relacionamos con la justicia anglosajona. La noción de medios alternativos de resolución de conflictos rescata la idea de que son las partes las dueñas de su propio problema. Debe tenerse claro que no se trata de una renuncia a la justicia, sino de la existencia de diversos mecanismos para conseguirla. Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional; encontramos entre ellos la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje, en los que el poder de las partes puede ser mayor o menor en términos de la decisión.

2. FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO (Del capítulo VIII del proyecto de CFPP)

Con la reforma constitucional al sistema penal se ha establecido el principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal; en lo que interesa, la Carta Magna enuncia en su artículo 21, párrafo séptimo: *“El ministerio público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones*

¹⁷ Es la manera más primitiva de zanjar las dificultades entre los hombres, la ley del más fuerte, y así “hacerse justicia por propia mano” (controversias de intereses, o como de modo magistral y condensado lo concibe Carnelutti: pretensión resistida).

que fije la ley". Tiene relación con este principio el artículo 20, apartado B, fracción III, segundo párrafo, que señala: "*La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de los delitos en materia de delincuencia organizada*".

Se trata de mecanismos que en realidad no forman parte necesaria del sistema acusatorio, es una respuesta a la constatación práctica de la imposibilidad de investigar y perseguir todos los ilícitos, y un reconocimiento de la existencia de procesos informales.

Con esta incorporación al texto constitucional, junto con la de otros mecanismos, puede decirse que ante la situación actual de la justicia penal en el país, tiene, por lo menos, dos motivos importantes:

El primero es un remedio para neutralizar las consecuencias negativas producidas por el principio de legalidad, racionalizar el mecanismo natural de *selección de casos, controlar y exigir responsabilidad a quienes lo aplican*.

El segundo es vía abierta para el desarrollo de políticas de persecución penal dirigidas a la realización de ciertos fines, entre ellos: la aplicación justa e igualitaria del derecho, el descongestionamiento del sistema judicial, la canalización de recursos económicos, materiales y humanos; la resolución, de forma rápida, justa y equitativa, de los conflictos derivados de la comisión de delitos.

La Constitución deja a los Estados definir cuáles serán los criterios que fungirán como excepciones al principio de legalidad y, por tanto, como elementos constituyentes de la procedencia del principio de oportunidad en sus respectivas jurisdicciones¹⁸.

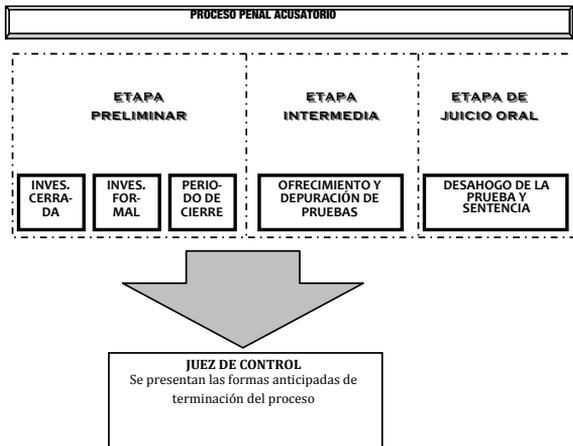
Hoy en día se presenta un Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales en el que, fijando el tema en estudio, nos ocuparemos del Título VIII, *De las formas anticipadas de terminación del procedimiento*, en sus cinco capítulos; en las disposiciones comunes del mencionado título, el proyecto de CFPP enumera las formas anticipadas de terminación del procedimiento de la siguiente manera:

Son formas de terminación anticipada del procedimiento:

- I. El acuerdo reparatorio.
- II. El procedimiento simplificado.
- III. La suspensión condicional del proceso.
- IV. El procedimiento abreviado.

En seguida se explicará cada uno de ellos en ese orden, sin dejar de mencionar que para tal efecto la autoridad competente para medidas cautelares y salidas alternas contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los acuerdos reparatorios, los procedimientos de suspensión condicional del proceso, el procedimiento simplificado y el procedimiento abreviado, la cual deberá ser consultada por el ministerio público y la autoridad judicial antes de solicitar y conceder, respectivamente, alguna de las formas de

¹⁸ Antes de la reforma constitucional algunos Estados de la República ya habían manifestado, en algunas reformas a códigos procesales penales, la posibilidad de utilizar criterios de oportunidad, como Oaxaca, que adoptó el principio de oportunidad, incluyendo los supuestos excepcionales en que el Ministerio público puede prescindir de la persecución penal o limitarla aun teniendo noticia de la existencia de un delito en el CPPO, que entró en vigor el 9 de septiembre de 2007.



terminación anticipada del proceso. Para esquematizar el momento de cuándo se presentan las formas anticipadas de terminación del proceso, se muestra el siguiente diagrama de flujo.

ACUERDO REPARATORIO

Se entiende por acuerdo reparatorio el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado aprobado por el juez de control, que lleva como resultado la solución del conflicto y la conclusión del procedimiento, asegurando el pago de la reparación del daño.

Procedencia

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida, salvo aquellos que sean cometidos con violencia. No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.

Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral. El juez, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por treinta días para que las partes puedan concertar el acuerdo. En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.

Trámite

Desde su primera intervención, el ministerio público o, en su caso, el juez de control, exhortarán a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que proceda. La Información que se genere en los procedimientos respectivos no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal.

El juez aprobará los acuerdos, los cuales se registrarán debidamente, pero no los aprobará cuando no sean procedentes o las obligaciones de alguna de las partes resulten notoriamente desproporcionadas o tenga motivos fundados para estimar que alguno de

los participantes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza.

Si al momento que se solicite la autorización del acuerdo reparatorio al juez de control aún no se ha formulado la imputación, se estará a los hechos que el ministerio público exponga al inicio de la audiencia respectiva.

Efectos

El plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas suspenderá el trámite del procedimiento penal y la prescripción de la acción penal. Si el imputado incumple sin causa justa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes, que no podrá exceder de tres meses, o en caso de no establecerlo, dentro de ese mismo plazo, contados a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el procedimiento 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.

PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Procedencia

El procedimiento simplificado procederá cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Se trate de delito flagrante y que el imputado admita el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo.
- II. El delito sea sancionado con pena de prisión máxima de hasta cuatro años.
- III. Que el delito no haya sido cometido con violencia.
- IV. Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo.
- V. Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento tanto en el fuero federal como en cualquier otro, o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

El ministerio público podrá pedir la apertura del procedimiento simplificado inmediatamente después de que se dicte auto de vinculación a proceso y existan medios de convicción suficientes para sustentar la acusación y hasta la formulación de la acusación.

El ministerio público podrá solicitar una pena menor hasta en un tercio a la señalada para el delito por el cual acusa.

Si no se hubiere formulado aún acusación, el ministerio público la formulará verbalmente en la audiencia que el juzgado convoque para resolver la solicitud de procedimiento simplificado, a la que deberá citar a todas las partes. Si dicha solicitud se plantea en la misma audiencia donde se determine la vinculación a proceso del imputado,

la acusación deberá ser formulada verbalmente en dicha audiencia y se procederá en lo demás conforme a las reglas de este capítulo.

Si el procedimiento simplificado no fuere admitido por el juez de control, se tendrá por no formulada la acusación verbal realizada por el ministerio público, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, hubiere realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo con las disposiciones para el procedimiento ordinario. Asimismo, el juez ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento simplificado sean eliminados del registro.

Verificación del juez

Antes de resolver sobre la solicitud del ministerio público, el juez verificará en audiencia que:

- I. El imputado ha prestado su conformidad al procedimiento simplificado en forma voluntaria e informada y con la asistencia de su abogado defensor.
- II. Conoce su derecho a exigir un procedimiento ordinario y que renuncia libre y voluntariamente a ese derecho, aceptando ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación.
- III. Entiende los términos de la aceptación del procedimiento simplificado y las consecuencias que éste pudiere significarle.
- IV. Acepta los hechos materia de la acusación en forma libre y espontánea.

El juez de control aceptará la solicitud del ministerio público cuando concurren los requisitos previstos, pero si el procedimiento simplificado no fuere admitido por el juez de control, se tendrá por no formulada la acusación verbal que hubiere realizado el ministerio público, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, hubiere realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo con las disposiciones para el procedimiento ordinario. Asimismo, el juez ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento simplificado sean eliminados del registro.

La víctima u ofendido sólo podrá oponerse al procedimiento simplificado cuando considere que el ministerio público, en su acusación, haya efectuado una calificación jurídica de los hechos diferente a la que legalmente corresponde, o atribuido una forma de participación que no se ajuste a la conducta realizada por el imputado, pero su criterio no será vinculante.

Trámite

Acordado el procedimiento simplificado, el juez de control abrirá el debate y concederá la palabra al ministerio público, quien efectuará una exposición resumida de la acusación, si ya la hubiere formulado, y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentaren. Si no hubiere formulado aún la acusación, el ministerio público la formulará verbalmente, fundamentándola en las actuaciones y diligencias de la investigación; a continuación, se dará la palabra a los demás sujetos

que intervienen en el proceso. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Sentencia

Terminado el debate, el juez emitirá su fallo en la misma audiencia y deberá dar lectura pública a la sentencia dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma sintética los fundamentos de hecho y de derecho que tomó en cuenta para llegar a su conclusión.

No podrá imponerse una pena superior a la solicitada por el ministerio público. Podrá ordenarse la absolución del acusado cuando a pesar de la aceptación de los hechos no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación. Posteriormente a la explicación del fallo o, en su caso, de la individualización de la pena, dentro de los cinco días siguientes el juez deberá redactar la sentencia que se agregará por escrito, la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en la explicación oral¹⁹.

En ningún caso el procedimiento simplificado impedirá la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando resulte procedente²⁰.

Reglas generales

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. La incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento simplificado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva. La autoridad responsable para medidas cautelares y salidas alternas contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los procedimientos simplificados, la cual deberá ser consultada por el ministerio público antes de solicitar dicho procedimiento. La impresión oficial de los registros de la base es indicio suficiente del antecedente, salvo prueba documental en contrario.

¹⁹ CAPÍTULO VII Deliberación y sentencia

Artículo 468. Resolución escrita

Dentro de los cinco días siguientes a la explicación de la sentencia, el juez deberá redactar y agregar por escrito la misma, la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en lo explicado oralmente.

Artículo 471. Remisión de la sentencia

El juez ...

Dicha disposición también será aplicable en los casos de las sentencias dictadas en los procedimientos simplificado o abreviado, previstos en este código.

²⁰ CAPÍTULO II

Mecanismos alternativos de solución de controversias

Artículo 590. Conciliación y mediación

Se considera justicia alternativa, a todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado, participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado alternativo, en el que se privilegiará la reparación del daño.

El juez aprobará los acuerdos que resuelvan las cuestiones derivadas del delito, los cuales se registrarán debidamente. El juez no aprobará los mismos cuando no sean procedentes conforme a este código y demás disposiciones aplicables.

No podrán aplicarse las disposiciones y procedimientos contemplados en este título cuando el tipo penal de que se trate exija que el sujeto activo de la conducta tenga la calidad de servidor público.

En lo relativo a la conciliación, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de controversias se estará a lo dispuesto por la ley de la materia.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

Procedencia

El ministerio público podrá solicitar la suspensión condicional del proceso, cuando el imputado no se oponga, por delitos cuya pena máxima de prisión sea mayor de cuatro años, siempre que no sean de los previstos en el artículo 265²¹ del citado Proyecto de CFPP, que el imputado no haya sido condenado por delito doloso y se asegure el pago de la reparación del daño y los acuerdos que deberá cumplir. Recibida la solicitud el juez citará a audiencia, en la que luego de escuchar a las partes 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.

La suspensión del proceso procederá después del auto de vinculación a proceso

²¹ Artículo 265. (...)

Para los efectos de este artículo se considerarán como delitos graves:

- a) Delitos de homicidio doloso: los previstos en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323 del Código Penal Federal; y
- b) Delito de violación,, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis del Código Penal Federal.
- c) Delito de secuestro, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18 de la 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;
- d) Delitos cometidos por medios violentos, en los que se emplearen armas o explosivos:
 - I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:
 - 1) Piratería, previsto en el artículo 146;
 - 2) Terrorismo internacional, previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
 - 3) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
 - 4) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;
 - 5) Ataques a las vías de comunicación, que se cometan bajo las circunstancias previstas en los artículos 168 y 170;
 - 6) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286;
 - 7) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, con relación al 315 y 315 Bis;
 - 8) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII y XVI;
 - 9) Robo calificado, previsto en el artículo 367 en relación con el artículo 381 Bis;
 - 10) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;
 - 11) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
 - 12) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis; y
 - 13) Desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 215-A;
 - II. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3º y 5º;
- e) Delitos contra la seguridad de la nación: Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126; espionaje, previsto en los artículos 127 y 128; terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145; todos del Código Penal Federal; f) Delitos contra el libre desarrollo de la personalidad: Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; del Código Penal Federal, así como trata de personas, prevista en los artículos 5 y 6 de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas; g) Delitos contra la salud: los previstos en los artículos 194, 195, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero, del Código Penal Federal, así como los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, 475 y 476 de la Ley General de Salud;

hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral.

No se admitirá la suspensión condicional del proceso respecto de quien hubiere incumplido un acuerdo en trámite anterior o no haya transcurrido un mínimo de cinco años a la firma de un acuerdo reparatorio en otro procedimiento penal tanto en el fuero federal como en cualquier otro; para este efecto, previo al comienzo del procedimiento de suspensión condicional del proceso se deberá solicitar a las unidades respectivas un informe acerca de los mecanismos alternativos de solución de controversias en los que participe o haya participado el imputado.

Plan de reparación

En la audiencia en la que se resuelva sobre la solicitud de suspensión del proceso, el ministerio público deberá plantear, en su caso, un plan de reparación respectivo, que podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que pudiera llegar a imponerse, así como los plazos para cumplirla. El juez fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres, y determinará, entre las siguientes, una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado:

- I. Residir en un lugar determinado o abstenerse de salir del país.
- II. Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas.
- III. Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.
- IV. Participar en programas especiales de tratamiento con el fin de abstenerse de consumir drogas, bebidas alcohólicas o cometer hechos delictivos.
- V. Comenzar o finalizar la educación básica si no la ha cumplido, aprender una profesión u oficio, o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez.
- VI. Prestar servicios o labores en favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública.
- VII. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
- VIII. Permanecer en un trabajo o empleo, o adoptar, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión si no tiene medios propios de subsistencia.
- IX. Someterse a la vigilancia que determine el juez por cualquier medio.
- X. No poseer o portar armas.
- XI. No conducir vehículos automotores.
- XII. La obligación de observar buena conducta, así como la manifestación expresa de no participar en actos delictivos.
- XIII. Cumplir con los deberes de asistencia alimentaria.

Sólo a solicitud del imputado el juez podrá imponer condiciones análogas a las anteriores cuando estime que resultan razonables. Para fijar las condiciones, el juez puede disponer que el imputado sea sometido a una evaluación previa.

En los asuntos suspendidos en virtud de las disposiciones correspondientes a este

capítulo, el ministerio público tomará las medidas necesarias, incluso la realización de la diligencia de prueba anticipada, para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los datos y medios de prueba conocidos y los que soliciten los sujetos que intervienen en el proceso.

Revocación de la suspensión

Si el imputado se aparta en forma injustificada de alguna de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación del daño o comete un nuevo delito, el juez, a solicitud del ministerio público, de la víctima u ofendido, citará a audiencia, en la que luego de agotar el debate resolverá sobre la revocación y se le impondrá al imputado de diez a cien días de multa o arresto por treinta y seis horas y resolverá de inmediato sobre la reanudación de la persecución penal.

Si la víctima u ofendido ha recibido pagos durante la suspensión del proceso que posteriormente es revocada, ellos se abonarán al pago de la reparación del daño que, en su caso, le pudiese corresponder.

El plazo de suspensión se interrumpirá mientras el imputado esté privado de su libertad por otro proceso. Cuando el imputado esté sometido a otro proceso por conducta anterior y goce de libertad, el plazo seguirá su curso.

Efectos de la suspensión condicional del proceso

La suspensión condicional del proceso no extingue las acciones civiles de la víctima u ofendido. Transcurrido el plazo que se fije sin que la suspensión fuere revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el juez dictar, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento. Durante el período de suspensión condicional del proceso de que trata este capítulo, quedará suspendida la prescripción de la acción penal.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Procedencia

El procedimiento abreviado procederá cuando concurren los siguientes requisitos:

- I. Que el imputado admita el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación.
- II. Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo.
- III. Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento, en el fuero federal o en cualquier otro, o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

El procedimiento abreviado sólo podrá proceder para los delitos previstos en el artículo 265 de este código, salvo en los supuestos siguientes del Código Penal Federal:

Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis; desaparición forzada de personas, prevista en el artículo 215-A; corrupción de personas menores de dieciocho años de edad

o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis; homicidio, previsto en el artículo 302 en relación con los artículos 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323; de la 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, el delito de secuestro previsto en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18; de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3 y 5; de la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138, y de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6.

El ministerio público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte auto de vinculación a proceso y existan medios de convicción suficientes para sustentar la acusación y hasta antes de que se dicte auto de apertura a juicio oral. El ministerio público podrá solicitar una pena menor hasta en un tercio a la señalada para el delito por el cual acusa.

Si no se hubiere formulado aún acusación, el Ministerio público la formulará verbalmente en la audiencia que el juzgado convoque para resolver la solicitud de procedimiento abreviado, a la que deberá citar a todas las partes.

Si dicha solicitud se plantea en la misma audiencia donde se determine la vinculación a proceso del imputado, la acusación deberá ser formulada verbalmente en dicha audiencia y se procederá en lo demás conforme a las reglas de este capítulo. Si ya se hubiere formulado acusación, el ministerio público podrá modificarla verbalmente en la audiencia intermedia y solicitar una pena distinta, con el fin de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas de este capítulo.

La víctima u ofendido sólo podrá oponerse al procedimiento abreviado cuando considere que el ministerio público, en su acusación, haya efectuado una calificación jurídica de los hechos diferente a la que legalmente corresponde o atribuido una forma de participación que no se ajuste a la conducta realizada por el imputado, pero su criterio no será vinculante.

Verificación del juez

Antes de resolver sobre la solicitud del ministerio público, el juez verificará en audiencia que el imputado:

- I. Ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma voluntaria e informada y con la asistencia de su abogado defensor.

- II. Conoce su derecho a exigir un procedimiento ordinario y que renuncia libre y voluntariamente a ese derecho, aceptando ser juzgado con base en los antecedentes recabados en la investigación.
- III. Entiende los términos de la aceptación del procedimiento abreviado y las consecuencias que éste pudiere significarle.
- IV. Acepta los hechos materia de la acusación de manera libre y espontánea.

El juez de control aceptará la solicitud del ministerio público cuando concurren los requisitos previstos en este capítulo. Si el procedimiento abreviado no fuere admitido por el juez de control, se tendrá por no formulada la acusación verbal que hubiere realizado el ministerio público, lo mismo que las modificaciones que, en su caso, hubiere realizado a su respectivo escrito y se continuará de acuerdo con las disposiciones para el procedimiento ordinario. Asimismo, el juez ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento abreviado sean eliminados del registro.

Trámite

Autorizado el procedimiento abreviado, el juez de control abrirá el debate y concederá la palabra al ministerio público, quien efectuará una exposición resumida de la acusación, si ya la hubiera formulado, y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la respalden. Si no hubiere formulado aún la acusación, el ministerio público la formulará verbalmente fundamentándola en los datos de prueba que se desprendan de la investigación; a continuación, se dará la palabra a los demás sujetos que intervienen en el proceso. En todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Sentencia

Terminado el debate, el juez emitirá su fallo sobre condena o absolución en la misma audiencia, y deberá dar lectura pública a la sentencia, dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas, explicando de forma sintética los fundamentos de hecho y de derecho que tomó en cuenta para llegar a su conclusión.

En caso de ser condenatoria, no podrá imponer una pena superior a la solicitada por el ministerio público. Podrá ordenarse la absolución del acusado cuando a pesar de la aceptación de los hechos, no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación. Posteriormente a la explicación del fallo o, en su caso, de la individualización de la pena, dentro de los cinco días siguientes el juez deberá redactar la sentencia que se agregará por escrito, la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en lo explicación oral²².

²² CAPÍTULO VII Deliberación y sentencia

Artículo 468. Resolución escrita

Dentro de los cinco días siguientes a la explicación de la sentencia, el juez deberá redactar y agregar por escrito la misma, la cual no podrá exceder del contenido de lo vertido en lo explicado oralmente.

Artículo 471. Remisión de la sentencia

El juez ...

Dicha disposición también será aplicable en los casos de las sentencias dictadas en los procedimientos simplificado o abreviado, previstos en este código.

En ningún caso el procedimiento abreviado impedirá la aplicación de alguno de los mecanismos alternativos de solución de controversias, cuando resulte procedente²³.

Reglas generales

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. La incomparecencia injustificada de la víctima u ofendido a la audiencia no impedirá que se resuelva sobre la apertura del procedimiento abreviado y, en su caso, se dicte la sentencia respectiva.

La autoridad responsable para medidas cautelares y salidas alternas contará con una base de datos para dar seguimiento al cumplimiento de los procedimientos abreviados, la cual deberá ser consultada por el ministerio público antes de solicitar dicho procedimiento. La impresión oficial de los registros de la base es indicio suficiente del antecedente, salvo prueba documental en contrario.

²³ CAPÍTULO II

Mecanismos alternativos de solución de controversias

Artículo 590. Conciliación y mediación

Se considera justicia alternativa a todo proceso en el que la víctima u ofendido y el imputado participan conjuntamente, de forma activa, en la resolución de las cuestiones derivadas del delito, en busca de un resultado alternativo, en el que se privilegiará la reparación del daño.

El juez aprobará los acuerdos que resuelvan las cuestiones derivadas del delito, los cuales se registrarán debidamente. El juez no aprobará los mismos cuando no sean procedentes conforme a este código y demás disposiciones aplicables.

No podrán aplicarse las disposiciones y procedimientos contemplados en este título cuando el tipo penal de que se trate exija que el sujeto activo de la conducta tenga la calidad de servidor público.

En lo relativo a la conciliación, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de controversias se estará a lo dispuesto por la ley de la materia.

CAPITULO 3

EL PROCESO PENAL
ACUSATORIO Y ORAL,
Y SUS ETAPAS

EL
PROCEDIMIENTO
PENAL

Sandra Alicia García García



Maestra
Sandra Alicia García García

Originaria del Estado de Chiapas; Licenciada en Derecho por el Instituto de Estudios Superiores de Chiapas. Cuenta con estudios de Especialidad y Maestría en Ciencias Penales, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales. Ha ocupado diversos cargos en el Poder Judicial del Distrito Federal en materia penal. Asesora en materia penal durante la LX Legislatura en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Actualmente se desempeña en la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

Es docente certificada por oposición, en el nuevo sistema de justicia penal y ejecución de sentencias, por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal.

Integrante de la mesa de trabajo para la construcción del proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales, acorde al sistema penal acusatorio y la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones.

I. ANTECEDENTES

Se reavivó la vieja discusión entre proceso y procedimiento penal. Entendimos que el procedimiento es la forma de proceder desde la investigación o averiguación del delito hasta la ejecución de la sentencia, mientras que el proceso penal implica la función jurisdiccional desde el ejercicio de la acción penal hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Ya desde el antiguo sistema se suscitaba la discusión en torno a que si el proceso daba inicio con la consignación o a partir del dictado del auto de formal prisión. En nuestra consideración, el proceso, en este nuevo sistema, inicia con el ejercicio de la acción penal que realiza el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, con independencia de si se trata de un ejercicio con o sin persona o personas detenidas. Lo importante es que el ejercicio de esa acción penal da lugar a la actividad jurisdiccional, de tal suerte que el juez tiene que ordenar, según sea el caso, la actividad procedimental a que haya lugar, es decir, pronunciarse sobre la procedencia de la orden de aprehensión o comparecencia o citar para la audiencia inicial.

En este nuevo esquema se incluye también la etapa de la investigación formalizada, que tendrá lugar después del auto de vinculación a proceso, en la que tanto el Ministerio Público como la defensa tendrán oportunidad para allegarse de elementos probatorios que podrán presentar en juicio a fin de acreditar sus respectivas pretensiones. La crítica en este sentido radica en que cómo puede seguirse investigando si ya hasta se le dictó auto de vinculación a proceso a una persona, y que para ese supuesto el Ministerio Público ya debió haber aportado datos de prueba suficientes para ello; la respuesta a esta cuestión radica precisamente en que en este nuevo paradigma procesal, el Ministerio Público como órgano persecutor, tanto para solicitar una orden de aprehensión o comparecencia como para pedir que se le dicte un auto de vinculación a proceso a determinada persona, solamente tiene que aportar datos de prueba, pues éstas, las pruebas, solamente pueden ser desahogadas en juicio, por lo tanto, la investigación formalizada tiene por objeto precisamente robustecer el contenido probatorio a fin de que el Ministerio Público esté en aptitud de sustentar su acusación o que la defensa desvirtúe la misma ante el juez de la causa durante el juicio.

En el proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales –en lo sucesivo proyecto de CFPP– se hizo la distinción entre procedimiento y proceso penal. El primero es el género y el segundo la especie, de manera que las etapas del procedimiento para los efectos del proyecto de CFPP son las siguientes:

- I. Investigación inicial.
- II. Proceso, que comprende las siguientes fases:
 - a. Control previo.
 - b. Investigación formalizada.
 - c. Intermedia o de preparación del juicio oral.
 - d. Juicio oral.
- III. La segunda instancia.



II. INICIO DE LAS ETAPAS Y FASES PROCEDIMENTALES

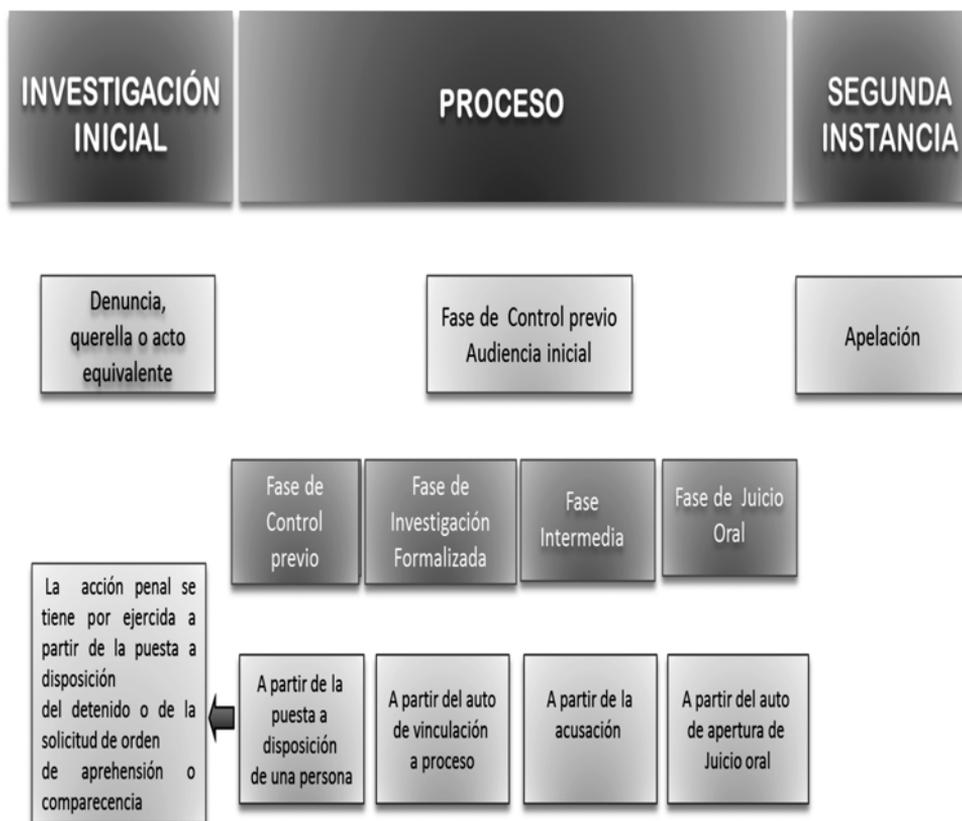
El procedimiento comprende las siguientes etapas y éstas darán inicio de la siguiente manera:

I. Investigación inicial, que empieza con la presentación de la denuncia, querrela o su equivalente y concluye con el ejercicio de la acción penal ante los tribunales correspondientes;

II. Proceso, que comprende las siguientes fases, cada una de las cuales se inicia de la siguiente forma:

- a) Control previo, que abarca desde que el imputado queda a disposición del juez de control hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso.
- b) Investigación formalizada, que se abre a partir de que se notifica al imputado el auto de vinculación a proceso y termina hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación.
- c) Intermedia o de preparación del juicio oral, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio oral.
- d) 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 impugnación.



III. PROCEDIMIENTO PENAL CON DETENIDO

1. INVESTIGACIÓN INICIAL

1.1. Inicio

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

1.2. Denuncia o querrela

El proyecto de CFPP establece que la investigación de los hechos que revistan las características de un delito competencia de la Federación podrá iniciarse por denuncia o por querrela o su equivalente.

Tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para el inicio de la investigación la comunicación de cualquier persona o parte informativo que rinda la policía en los que se haga del conocimiento de la autoridad investigadora hechos que pudieran ser delictivos.

1.3. Detención

El proyecto de CFPP establece que la detención de una persona puede darse por flagrancia o caso urgente.

1.3.1. Flagrancia

Cualquiera podrá detener a una persona por flagrancia cuando:

- I. Sea sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito.
- II. Cuando sea perseguida material e inmediatamente después de cometer el delito.
- III. Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

También se regula que la flagrancia puede ser percibida de manera directa por los sentidos o con auxilio de medios tecnológicos.

1.3.2. Caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurren los siguientes supuestos:

- I. El imputado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves.
- II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial.

Partiendo de la premisa de que el Ministerio Público puede ordenar la detención de una persona por caso urgente en términos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta necesario determinar qué conductas delictivas

deben ser consideradas como graves por la ley, para lo cual se propuso la creación de un catálogo de delitos que han de ser calificados como delitos graves para los efectos de la detención por caso urgente.

Este catálogo fue retomado del actual artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, en virtud de que contiene el espíritu del legislador, quien consideró que las conductas ahí previstas son las que transgreden los bienes jurídicos individuales y colectivos de manera más importante.

Con este catálogo se homogeniza el criterio para determinar como graves las conductas y, de esta manera, se cierra la puerta a posibles abusos por parte del Ministerio Público al hacer uso indiscriminado de detenciones por este recurso del caso urgente.

- Cabe precisar que este catálogo de tipos penales considerados como graves para autorizar la detención de una persona por caso urgente, es distinto del catálogo de delitos graves para los efectos de la prisión preventiva oficiosa.

1.3.3. Registro de la detención

- A efecto de evitar excesos en las detenciones y de no vulnerar derechos de los detenidos en cuanto al tiempo de la detención, se prevé que el control y seguimiento de la detención de una persona sea a través del Registro Administrativo de Detenciones del Centro Nacional de Información del Sistema Nacional de Seguridad Pública. La información que se registre es restringida al público en general, sólo podrán tener acceso las autoridades competentes en materia de investigación de delitos, los imputados y la Comisión Nacional de Derechos Humanos, cuando exista una queja.

1.3.4. Informe Policial Homologado

- Se replantean las facultades de la policía en la función de investigación, se regula que ésta actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público y que llevará el control y seguimiento de sus actuaciones a través del Informe Policial Homologado, documento en el que se hará constar, al menos, el día hora, lugar y modo en que fueron realizadas cada una de sus actuaciones, las diligencias realizadas; en caso de haber detenido, los datos de éste y la descripción del estado físico que aparentemente guarda; y se vinculará con los demás requisitos que exige la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

1.4. Diligencias relevantes durante la investigación inicial (algunas pueden darse también durante la investigación formalizada)

1.4.1. Cadena de custodia

- Con el fin de dotar a la investigación de mayor eficiencia, eficacia, cientificidad y modernización, se incorporan las reglas relativas a la cadena de custodia, previniendo que no cualquier policía, sino solamente la policía de investigación, pueda realizar los procedimientos relativos a la recolección, levantamiento, embalaje, etiquetamiento y traslado de los indicios, a efecto de preservarlos y no alterarlos, para que, en su caso, puedan ser presentados como evidencias durante el juicio.

1.4.2. Prueba anticipada

La prueba anticipada es aquella que se celebra fuera de la audiencia de juicio y que de forma excepcional puede tener valor probatorio; se podrá realizar siempre que:

- Sea practicada ante el juez de control.
- Sea solicitada por alguna de las partes.
- Sea por motivos fundados y de extrema necesidad y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.
- Se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio.

1.4.3. Técnicas de investigación

Se distinguió entre diligencias que requieren control judicial por implicar afectaciones a las garantías de las personas y aquellas que no lo requieren, a fin de eficientar y agilizar las funciones de investigación del Ministerio Público y de la policía; para estos mismos efectos, también se previeron las técnicas especiales de investigación.

1.4.3.1. Técnicas de investigación que no requieren autorización judicial

- Inspección del lugar del hecho o del hallazgo.
- Inspección del lugar distinto al de los hechos o del hallazgo.
- Revisión de personas.
- Revisión corporal.
- Inspección de vehículos.
- Levantamiento e identificación de cadáver.
- Aportación de comunicaciones entre particulares.
- Reconocimiento de personas.
- Entrega vigilada.
- Operaciones encubiertas.
- Entrevista a testigos.
- Las demás en las que expresamente no se fije control judicial.

1.4.3.2. Actuaciones que requieren autorización judicial previa

- Exhumación de cadáveres.
- Órdenes de cateo.
- Intervención de comunicaciones privadas y correspondencia.
- Toma de muestras de fluido corporal, vello o pelo, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida se niegue a proporcionar la misma.
- Reconocimiento o examen físico de la víctima, tratándose de delitos sexuales, lesiones u otros, cuando aquélla se niegue a ser examinada.
- Las demás que señalen las leyes aplicables.

1.4.3.3. Técnicas especiales de investigación

- Entrega vigilada.
- Operaciones encubiertas.
- Agentes infiltrados.

1.5. Ejercicio de la acción penal

1.5.1. Resolución de ejercicio de la acción penal

La acción penal se considerará ejercida en el momento en que el Ministerio Público realice la puesta a disposición del detenido ante el juez de control o con la solicitud de comparecencia u orden de aprehensión.

1.5.2. Resolución de no ejercicio de la acción penal

Cuando de los datos de prueba recolectados se desprenda que existen elementos suficientes para concluir que en el caso concreto se actualiza alguno de los supuestos de sobreseimiento, el Ministerio Público consultará a su superior jerárquico el no ejercicio de la acción penal.

1.5.2.1. Causales que impiden el ejercicio de la acción penal

No se ejercerá la acción penal cuando existan causas que la impidan, tales como:

- I. La persecución penal dependa expresamente del juzgamiento de una cuestión inherente al hecho delictivo que, según la ley, deba ser resuelta en un proceso independiente.
- II. La persecución penal derive de un procedimiento especial previo de declaración de procedencia o destitución, previsto constitucionalmente.
- III. Sea necesario requerir la conformidad de un gobierno extranjero para la persecución penal del imputado.

1.5.2.2. Archivo temporal

El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en las que no se encuentren antecedentes suficientes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal.

La duración del archivo temporal será la correspondiente a la prescripción de la acción penal del delito o delitos correspondientes.

1.5.2.3. Facultad de abstenerse de investigar

El Ministerio Público podrá abstenerse de investigar cuando los hechos relatados en la denuncia, querrela o acto equivalente no fueren constitutivos de delito, o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la acción penal o la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y motivada.

1.5.2.4. Criterio de oportunidad

El Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, limitarla a alguno o varios hechos delictivos o a alguna de las personas que participaron en los mismos cuando:

- Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, que tenga pena alternativa o cuya penalidad máxima no exceda de tres años de prisión y se hayan reparado los daños causados a la víctima u ofendido.
- El imputado haya realizado la reparación integral a entera satisfacción de la víctima u ofendido del daño causado, en delitos de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas o en delitos culposos.
- El imputado haya sufrido consecuencias graves en su persona o tenga un precario estado de salud, de modo que fuere notoriamente innecesario o irracional la aplicación de una pena.
- No procederán los criterios de oportunidad en los delitos fiscales y financieros.
- La aplicación de un criterio de oportunidad podrá ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se ejercite acción penal.

2. PROCESO

2.1. Inicio, objeto y fases del proceso

- El proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos para determinar si se ha cometido un delito, proteger al inocente, procurar que el

culpable no quede impune y que los daños causados a la víctima u ofendido se reparen. El proceso penal comienza con la fase de control previo.

- El proceso penal está conformado por las siguientes fases:
- Control previo
- Investigación formalizada.
- Intermedia o de preparación del juicio oral.
- Juicio oral.



2.1.1. Fase de control previo

Comprende desde que el imputado queda a disposición del juez de control hasta el auto que resuelva sobre la vinculación a proceso.

Una vez que una persona ha quedado a disposición de la autoridad judicial, en virtud del ejercicio de la acción penal con detenido o por el cumplimiento de una orden de aprehensión, comparecencia o citación, tendrá lugar la audiencia inicial, misma que tendrá por objeto:

- Que el juez resuelva sobre el control de la legalidad de la detención.
- Que el Ministerio Público formule imputación.
- Que el imputado, en su caso, rinda declaración.
- Que el juez resuelva la procedencia de medidas cautelares que le hubieren solicitado.

Audiencia inicial

Control de la detención	Formulación de la imputación	Declaración del imputado	Medidas cautelares	Vinculación a proceso	Plazo para el cierre de la investigación (formalizada)
-------------------------	------------------------------	--------------------------	--------------------	-----------------------	--------------------------------------------------------

2.1.1.1. Control de la detención

Inmediatamente después de haberle informado sus derechos al imputado y de contar éste con un defensor, cuando proceda, el juez recibirá el informe del Ministerio Público acerca de la detención y, previa audiencia del defensor, procederá a calificar la detención, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a los derechos y garantías constitucionales o decretando la libertad.

En todo caso, el Ministerio Público podrá formular la imputación en ese acto y solicitar las medidas cautelares o la ratificación de las ya impuestas, siempre que cuente con los elementos necesarios para hacerlo.

Si el juez califica como legal la detención, le concederá el uso de la palabra al Ministerio Público y si éste solicita la formulación de la imputación y aplicación de una medida cautelar, el juez se pronunciará sobre la procedencia de la misma o aplicará la medida cautelar oficiosa que en su caso proceda y se continuará con la audiencia.

2.1.1.2. Formulación de la imputación

La formulación de la imputación es la comunicación que el Ministerio Público efectúa al imputado, en presencia del juez, de que desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o más hechos que la ley señala como delito, así como la probabilidad de que aquél lo cometió o participó en su comisión.

En la audiencia correspondiente, el juez ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente en qué hace consistir el hecho que la ley señala como delito que se le imputa, la fecha, lugar y modo de su comisión, y en qué hace consistir la intervención que le atribuye al imputado en ese hecho, así como el nombre de su acusador. El Ministerio Público deberá señalar el monto estimado de la reparación del daño sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente.

2.1.1.3. Declaración del imputado

Una vez formulada la imputación correspondiente, el inculpado tendrá derecho a declarar o abstenerse de hacerlo.

El acusado no podrá negarse a proporcionar su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirijan con respecto a su identificación y se le exhortará para que se conduzca con verdad. Se solicitará al inculpado indicar su nombre, apellidos, sobrenombre o apodo, edad, estado civil, profesión u oficio, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento, domicilio, lugar de trabajo y condiciones de vida, nombre de sus padres, correo electrónico, número telefónico donde pueda ser localizado; la pertenencia del imputado, en su caso, a un pueblo o comunidad indígena.

Si el acusado decidiera declarar en relación con los hechos que se le atribuyen, se le informarán sus derechos procesales relacionados con este acto y se le advertirá que puede abstenerse de hacerlo, se le invitará a expresar lo que a su derecho convenga en descargo o aclaración de los mismos y a indicar los datos o medios de prueba que estime oportunos ofrecer.

En todos los casos la declaración del imputado sólo tendrá validez si es prestada voluntariamente y la hace en presencia y con la asistencia previa de su defensor.

2.1.1.4. Medidas cautelares

Las medidas cautelares solamente pueden ser impuestas por la autoridad judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, evitar la obstaculización del procedimiento o asegurar el pago de la reparación del daño. Pueden ser de dos tipos: personales y reales.

- Medidas cautelares personales: destacan la prisión preventiva, la colocación de localizadores electrónicos, vigilancia policial, presentación periódica ante juez o autoridad que éste designe, entre otras.
- Medidas cautelares reales: embargo precautorio.

Delitos graves para los efectos de la prisión preventiva oficiosa.

Esta es otra de las connotaciones respecto de la gravedad de los delitos a que se refiere la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo cual se creó un catálogo de delitos considerados graves por los que el juez puede decretar la prisión preventiva de manera oficiosa, sin que medie desahogo de pruebas o sea necesario acreditar algún extremo determinado, ya que por sí misma la conducta cometida trae aparejada esa medida cautelar.

Cabe precisar que la Constitución *grosso modo* señala conductas genéricas, sin embargo, varias de ellas son sumamente abiertas, por lo que en este catálogo se pretende

establecer de manera precisa los alcances de tales enunciados; así, por ejemplo, el homicidio solamente es grave si es cometido dolosamente; se delimitan los alcances para el delito de secuestro a aquellos casos en los cuales se haya pedido rescate por la víctima o ésta hubiere fallecido, entre otros; en cuanto a los cometidos por medios violentos, solamente en los casos en que se empleen armas o explosivos.

2.1.1.5. Vinculación a proceso

El juez decretará la vinculación a proceso del imputado siempre que se reúnan los siguientes requisitos:

- Que se haya formulado la imputación e informado de sus derechos
- Que de los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público se desprendan datos de prueba que permitan establecer 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.
- Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

2.1.1.5.1. Hecho que la ley señala como delito

Se establece qué deberá entenderse como hecho que la ley señala como delito a efecto de integrar el texto constitucional, eliminar la ambigüedad y fortalecer la garantía de legalidad. En tal sentido, si bien los elementos que integran la descripción del hecho delictivo, a saber, objetivos o externos, normativos y subjetivos, cuando así lo requiera la descripción típica, son los mismos que se exigían en el otrora cuerpo del delito, cierto es también que la diferencia sustancial estriba en la carga probatoria para acreditar tales extremos, pues en este nuevo esquema solamente se requieren datos de prueba, lo que facilita la integración del mismo, tanto para los efectos de determinar la procedencia de las órdenes de aprehensión como de la vinculación a proceso de quien se presume lo cometió o participó en su comisión.

2.1.1.5.2. Dato de prueba

Se considera dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral que se advierta idóneo, pertinente y suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

2.1.1.6. Plazo para el cierre de la investigación formalizada

El juez, a solicitud de parte, al resolver sobre la vinculación del imputado a proceso fijará un plazo para la investigación formalizada y el cierre de la misma, tomando en

cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y su complejidad, 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.

2.1.2. Fase de investigación formalizada

Es el lapso de investigación posterior al dictado del auto de vinculación a proceso, y tiene como objetivo que las partes reúnan indicios necesarios para fortalecer su teoría del caso. Este plazo lo fijará el juez tomando en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y su complejidad, 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. Una vez cerrado este plazo, el Ministerio Público, entre otras acciones, podrá formular la acusación.

Esta fase comprenderá desde el auto de vinculación a proceso hasta el vencimiento del plazo para formular la acusación.

En esta etapa, una vez que haya concluido la investigación formalizada para formular acusación dentro del plazo fijado por el juez, el Ministerio Público puede solicitar el sobreseimiento parcial o total, la suspensión del proceso, los acuerdos reparatorios, o formular acusación; el imputado tendrá derecho a conocer la solicitud del Ministerio Público para, en su caso, plantear su teoría del caso y garantizar su derecho de defensa.

2.1.3. Fase intermedia

La audiencia intermedia inicia con la acusación y tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio oral, y finaliza con el dictado del auto de apertura a juicio oral.

2.1.3.1. La acusación

La acusación, entre otros requisitos, deberá precisar:

- La individualización del o de los acusados.
- La relación clara, precisa, circunstanciada y específica de los hechos atribuidos en modo, tiempo y lugar, así como su calificación jurídica.
- La relación de las circunstancias calificativas de la responsabilidad penal que concurrieren.
- La comisión o participación concreta que se atribuye al acusado.
- La expresión de los preceptos legales aplicables.
- Los medios de prueba que el Ministerio Público pretende presentar en el juicio, la prueba anticipada que se haya desahogado en la fase de investigación.
- El monto de la reparación del daño.

- La pena hipotética a imponer.
- Los medios de prueba que el Ministerio Público pretende presentar para la individualización de la pena.
- El decomiso de los bienes asegurados.
- En su caso, la solicitud de que se aplique alguna forma de terminación anticipada del proceso.

2.1.3.2. Auto de apertura a juicio oral

Entre otros requisitos, deberá contener:

- El juez competente para celebrar la audiencia de juicio oral.
- Individualización de los acusados.
- La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas; el hecho o hechos materia de la acusación, la calificación jurídica del mismo, que podrá ser distinta a la establecida en el auto de vinculación a proceso o en la acusación.
- Los acuerdos probatorios a los que llegaron las partes.
- Los medios de prueba que deberán desahogarse en la audiencia de juicio, la prueba anticipada.
- Las pruebas que, en su caso, deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación de daño.
- Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos de este código.
- Las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.
- Las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate.

2.1.4. Fase de juicio oral

Esta fase inicia a partir de que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la emisión de la sentencia que pone fin al proceso.

El juicio es la fase de desahogo de pruebas y decisión de las cuestiones esenciales del proceso, se realizará sobre la base de la acusación y asegurará la oralidad y la concreción de los principios de inmediación, imparcialidad, publicidad, contradicción, igualdad, concentración y continuidad.

2.1.4.1. Audiencia de juicio oral

La audiencia de juicio oral se desarrollará de la siguiente manera:

- Inicia con el acto de apertura.
- Enseguida se resuelven las cuestiones preliminares.
- Posteriormente las partes formulan sus alegatos de apertura.

- Se reciben o desahogan las pruebas.
- Concluido el desahogo de las pruebas, se recibe la declaración del acusado, si éste tiene voluntad de declarar en relación con los hechos.
- Las partes formulan sus alegatos finales.
- El juez delibera acerca de la culpabilidad o inocencia del acusado.
- Emite el fallo de condena o absolución correspondiente.
- Finalmente se explica la sentencia y se engrosa la versión escrita al registro correspondiente.

2.1.4.2. Valoración de las pruebas

El juez asignará libremente el valor de las mismas bajo los criterios de aplicación estricta de las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia a la luz de la sana crítica, debiendo justificar adecuadamente el valor otorgado a los datos y pruebas y, con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios, deberá explicar las razones que le permiten arribar al hecho que se considere probado.

2.1.4.3. Licitud probatoria

Se establece que para que una prueba tenga valor probatorio ésta deberá ser desahogada en la audiencia de juicio, salvo en el caso de la prueba anticipada. Además, ninguna prueba tendrá valor si ha sido obtenida mediante torturas, amenazas o violación de los derechos fundamentales de las personas.

Cabe señalar que si bien una prueba es nula si es violatoria de derechos fundamentales para los efectos del proyecto, no se considera violatoria cuando la prueba provenga de una fuente independiente, exista un vínculo atenuado o su descubrimiento sea inevitable.

2.1.4.4. Sentencia absolutoria

En el caso de una sentencia absolutoria el juez dispondrá en forma inmediata el levantamiento de las medidas cautelares que se hubieren decretado en contra del acusado, y ordenará se tome nota de este levantamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren.

También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia y reparación del daño que se hubieren otorgado.

En su caso, se ordenará el levantamiento del aseguramiento de bienes, únicamente respecto del proceso en que se resuelve.

En la misma audiencia en la que se dicte el fallo sobre la absolución se convocará a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes, en la que el juez hará el pronunciamiento de la sentencia absolutoria.

2.1.4.5. Sentencia condenatoria

En caso de fallo condenatorio, en la misma audiencia se señalará la fecha en que se celebrará la de individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

Abierta la audiencia se dará el uso de la palabra al Ministerio Público, en su caso a la víctima u ofendido, y al sentenciado y su defensor, en ese orden.

Se desahogarán las pruebas debidamente admitidas en la fase intermedia, empezando por las del Ministerio Público, después las de la víctima u ofendido, concluyendo con las de la defensa.

El juez delibera acerca del grado de culpabilidad del sentenciado y sobre la procedencia o no de la reparación del daño; posteriormente individualiza la sanción.

En la misma audiencia de individualización de sanciones o en la que se dicte el fallo sobre la condena, cuando las partes hubieren renunciado a la celebración de la audiencia de individualización se convocará a una audiencia que deberá celebrarse dentro de los cinco días siguientes, en la que el juez hará el pronunciamiento de la sentencia condenatoria.

3. SEGUNDA INSTANCIA

Se reconoce el sistema de la doble instancia, misma que tiene el objetivo de reexaminar la sentencia de primera instancia, teniendo que confirmar, modificar o revocar la sentencia primigenia.

El proyecto dispone los recursos de revocación, apelación y revisión para impugnar las diversas resoluciones judiciales, entendidos éstos como los medios que la ley concede a las partes del proceso para impugnar las resoluciones que les causen agravio, a efecto de que sean examinadas por la propia autoridad que las dicte o por otra de mayor jerarquía y, en su caso, sean revocadas o modificadas.

En orden de lo anterior se otorga a la víctima u ofendido la facultad para poder impugnar las resoluciones judiciales concernientes a la reparación del daño, haciendo uso de ese derecho también cuando sea acusador coadyuvante.

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, inmediatez ni inmediación, 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.

IV. PROCEDIMIENTO PENAL SIN DETENIDO

En términos generales, la tramitación del procedimiento sin detenido es similar al procedimiento con detenido, excepto, obviamente, ante la ausencia de una persona detenida señalada como la que cometió o participó en la comisión de un hecho que la ley señala como delito; la diferencia sustancial radica en los efectos del ejercicio de la acción penal. Es decir, el Ministerio Público, al ejercer acción penal, puede solicitar el libramiento de la orden de aprehensión o comparecencia de una persona.

Una vez ejecutada la orden de aprehensión o comparecencia y que el detenido sea puesto a disposición del juez, se continuará con la tramitación del procedimiento como si de con detenido se tratase, en los términos acotados con anterioridad.

1. Orden de aprehensión

- La expedirá el juez de control a solicitud del Ministerio Público.
- Que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado con pena privativa de la libertad.
- Que de los antecedentes de la investigación se desprendan datos de prueba.
- Datos de prueba que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito.
- Datos de prueba que determinen que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

2. Hecho que la ley señala como delito

Se establece qué deberá entenderse como hecho que la ley señala como delito a efecto de integrar el texto constitucional, eliminar la ambigüedad y fortalecer la garantía de legalidad. En tal sentido, si bien los elementos que integran la descripción del hecho delictivo, a saber, objetivos o externos, normativos y subjetivos, cuando así lo requiera la descripción típica, son los mismos que se exigían en el otrora cuerpo del delito, cierto es también que la diferencia sustancial estriba en la carga probatoria para acreditar tales extremos, pues en este nuevo esquema solamente se requieren datos de prueba, lo que facilita la integración del mismo, tanto para los efectos de determinar la procedencia de las órdenes de aprehensión como de la vinculación a proceso de quien se presume lo cometió o participó en su comisión.

3. Dato de prueba

Se considera dato de prueba la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante el juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

V. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Dentro del proyecto se incluyeron diversos procedimientos especiales que pretenden regular circunstancias que requieren para su tramitación un tratamiento distinto al procedimiento ordinario, y que además ni el Código Federal de Procedimientos Penales vigente ni varias de las legislaciones estatales que ya cuentan con el sistema acusatorio han previsto, tales como:

- 1) Para personas inimputables.
- 2) Para la determinación de la responsabilidad de las personas jurídicas.
- 3) Para asistencia jurídica internacional.
- 4) Para la acción penal por particulares.

VI. FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

Como una manera para terminar de una forma anticipada la tramitación de un proceso penal, se proponen una serie de procedimientos distintos al juicio oral, entre los que encontramos:

1. Acuerdos reparatorios

Se definen como el pacto celebrado en igualdad de condiciones entre la víctima u ofendido y el imputado, que aprobado por el juez de control lleva como resultado la solución del conflicto y el pago de la reparación del daño procede hasta antes del auto de apertura a juicio oral en los delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida, salvo aquellos que sean cometidos con violencia, o que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza; si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, el procedimiento sigue como si no se hubiere arribado a acuerdo alguno.

2. Procedimiento simplificado

Se especifica en el proyecto que esta forma anticipada de terminar el procedimiento procede cuando se trate de delito flagrante y que el imputado admita el hecho que le atribuye el Ministerio Público en su escrito de acusación, que el delito sea sancionado con pena de prisión máxima de hasta cuatro años, que el delito no haya sido cometido con violencia, que el inculpado consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo, y que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento, tanto en el fuero federal como en cualquier otro, o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

En este procedimiento el Ministerio Público podrá solicitar una pena menor hasta en un tercio a la señalada para el delito por el cual acusa.

3. Suspensión condicional del proceso

Esta figura se origina a petición del Ministerio Público, siempre que el imputado no se oponga, y procede por delitos cuya pena máxima de prisión sea mayor de cuatro años, siempre que no sean delitos por los que proviene la prisión preventiva oficiosa, se asegure el pago de la reparación del daño y los acuerdos que deberá cumplir y, al igual que en otros casos, a fin de evitar “la puerta giratoria”, se establece que no procederá cuando el imputado haya sido condenado con anterioridad por delito doloso o a quien hubiere incumplido un acuerdo en trámite anterior o no haya transcurrido un mínimo de cinco años a la firma de un acuerdo reparatorio en otro procedimiento penal, tanto en el fuero federal como en cualquier otro.

Esta figura implica una serie de condicionamientos para suspender el proceso durante un lapso que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres; de manera sustancial este procedimiento busca crear condiciones a fin de que el imputado no delinca y obtenga oportunidad de restablecer su salud física o mental o mejorar sus condiciones laborales y académicas, al mismo tiempo que ha reparado al daño.

4. Procedimiento abreviado

Este procedimiento puede aplicarse cuando el imputado admita el hecho que le atribuye el Ministerio Público en su escrito de acusación, que consienta la aplicación de este procedimiento, para lo cual deberá estar debidamente informado de los alcances del mismo, y que no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento en el fuero federal o en cualquier otro o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento. Procede para los delitos que merecen prisión preventiva oficiosa, salvo algunas excepciones que los hacen relevantes penalmente, tales como homicidio, secuestro, violación y otros delitos sexuales cometidos en contra de menores.

El Ministerio Público podrá solicitar una pena menor hasta en un tercio a la señalada para el delito por el cual acusa.

INVESTIGACIÓN.
PRIMERA FASE PROCESAL
DE PROCESO
PENAL ACUSATORIO Y ORAL

Fernando Córdova del Valle



Juez

Fernando Córdova del Valle

Licenciado en Derecho por la Universidad Villa Rica, en Veracruz. Cuenta con Maestría en Derecho de Amparo y Doctorado en Ciencias Penales por el Instituto de Ciencias Jurídicas de Estudios Superiores.

Además de ser autor de los libros “Nuevo Código Penal para el Distrito Federal” y “La sentencia de amparo indirecto (contenidos y efectos). La audiencia constitucional”, fue docente en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la División de Estudios de Posgrado.

Actualmente es titular del Juzgado Décimo Octavo de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal.

INVESTIGACIÓN

Primera fase procesal del proceso penal acusatorio y oral.

Previo al análisis de la etapa procesal llamada investigación, es importante descartar las diferencias que existen entre lo que hoy llamamos juicio acusatorio y nuestro actual, mal llamado, juicio inquisitorio; para ello, conviene precisar de manera breve las diferencias entre uno y otro.

Sistema Inquisitivo	Sistema Acusatorio
<p>Concentración de las Funciones de investigar, acusar y juzgar en una misma autoridad.</p> <p>Dos posibles modalidades:</p> <p>El Juez investiga, acusa y juzga (Chile y Colombia antes de sus reformas).</p> <p>El acusado es objeto de investigación por lo que no participa de la misma, tiene derecho a un abogado cuando ya existe una acusación en su contra. Su declaración comúnmente no es un medio de prueba. Su silencio e inactividad puede constituir una presunción de culpabilidad.</p>	<p>Separación en las Funciones de investigar, acusar y juzgar en autoridades distintas:</p> <p>Una autoridad investiga: Policía de Investigación.</p> <p>Una autoridad acusa: Ministerio Público.</p> <p>Una autoridad acepta o rechaza la procedencia del caso y dicta medidas cautelares para proteger los derechos de víctimas y acusados: Juez de Garantías.</p> <p>Otra autoridad juzga la culpabilidad o inocencia del acusado: Juez de Juicio Oral (o un jurado) y establece la pena consecuente.</p> <p>El acusado es sujeto de derechos y debe ser escuchado durante todo el proceso. Su silencio no debe ser interpretado como un indicio en su contra. Tiene derecho a conocer los actos de investigación y a ser tratado como inocente. Tiene derecho a un abogado y durante la audiencia a actuar como parte procesal en igualdad de oportunidades que su acusador.</p>
<p>La detención opera como regla general para todos los delitos. La prisión preventiva es una medida cautelar muy común.</p>	<p>La libertad es la regla general y la detención es la excepción. Se utilizan otras medidas cautelares que no privan, necesariamente, al acusado de su libertad.</p>
<p>La víctima regularmente no participa durante la investigación del caso, ni durante la celebración del proceso penal. El sistema penal centra su esfuerzo en castigar al culpable del delito pero no necesariamente en resarcir el daño que sufrió la víctima.</p>	<p>La víctima ocupa una parte central en el proceso penal. Participa en las investigaciones, se le informa del desarrollo de su caso, participa directamente en la audiencia ante el Juez y el sistema busca resarcir el daño que ha sufrido.</p>
<p>Escrito. Esfuerzo institucional para construir un expediente. Lo que no existe en el expediente, no existe para el proceso.</p>	<p>Oral. Sistema de Audiencia Públicas. Las pruebas que no se desahoguen durante la audiencia pública no existen para el proceso (salvo mínimas excepciones).</p>

Secreto, poco transparente. El nivel de acceso al expediente, para víctimas, acusados y cualquier interesado varía en diversos sistemas y en diversas partes del proceso. Su apertura puede ser limitada para las partes, parcial durante las etapas procesales y/o general una vez que ha concluido el caso con sentencia del Juez.	<u>Público y transparente. Todas las audiencias del proceso son públicas, salvo contadas excepciones. La víctima y el acusado tienen acceso a las pruebas del caso desde el inicio del proceso penal y a participar directamente en las audiencias con la presencia del Juez.</u>
El Juez puede delegar a funcionarios menores en el juzgado la celebración de diversas etapas procesales.	<u>Principio de Inmediación. El Juez tiene que estar presente en la celebración de las audiencias del proceso.</u>
Las audiencias de un mismo caso pueden llevarse a cabo en sesiones separadas entre sí.	<u>Principio de Concentración. La audiencia pública de un mismo caso es continua.</u>
La víctima y el acusado no tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del Juez.	<u>Principio de Contradicción. La víctima y el acusado tienen la oportunidad de confrontar la veracidad de las pruebas en audiencia pública con la presencia del Juez.</u>
El objeto del proceso es imponer una pena a quien sea declarado culpable. El Estado debe agotar todas las etapas del procedimiento penal para cada uno de los casos que es de su conocimiento.	<u>Principio de Oportunidad. El objeto del proceso penal es solucionar de la mejor forma el conflicto generado por la violación de la ley. El estado permite la suspensión del proceso para aceptar sistemas alternativos para la solución de controversias y procesos penales simplificados o abreviados.</u>
Prueba Tasada. Las pruebas que presenta el Estado tienen mayor valor probatorio que las pruebas que presenta el acusado.	<u>Principio de Igualdad Procesal. Todas las partes del proceso ofrecen sus pruebas en igualdad de condiciones en la audiencia pública. El valor de la prueba no está predeterminado previo a la audiencia.</u>
Sistema de desconfianza. Todo debe quedar por escrito en el expediente. Se destina un amplio esfuerzo institucional para cumplir las formalidades del proceso.	<u>Debido Proceso Legal. Las formalidades legales tienen como objeto proteger o garantizar el debido proceso de ley y los principios que de ahí derivan como legalidad, inocencia, objetividad y defensa integral.</u>
El Juez puede decidir en privado, con base en el expediente, posiblemente sin haber escuchado directamente a la víctima y al acusado, y frecuentemente a partir de un proyecto de sentencia preparado por un funcionario del juzgado.	<u>El Juez decide en público, después de haber escuchado a todas las partes u con fundamento en las pruebas desahogadas durante la audiencia pública y oral.</u>

Establecido lo anterior, podemos cuestionarnos si realmente tenemos un proceso inquisitorio, o bien, podemos afirmar que no lo es del todo, y que bien debemos denominarlo mixto.

Así, tomando en consideración el cuadro anterior, se puede concluir que no nos encontramos ante un **juicio inquisitorio como tal**, pero sí con algunos rasgos o características que bien nos permiten afirmar que es un **sistema mixto**.

Para ello, es importante buscar en el Código Federal de Procedimientos Penales actual, como base en la anterior afirmación, cuáles son esos rasgos:

Rasgos inquisitorios en el proceso penal actual.

- Facultad de allegarse de datos para conocer circunstancias peculiares del procesado (artículo 146).
- Ordenar desahogo de pruebas necesarias para mejor proveer (artículo 150)

Su utilización puede llevar a suplir deficiencias de algunas de las partes respecto al ofrecimiento de pruebas; puede violar principios de igualdad de las partes.

Al respecto, se destaca el contenido de la jurisprudencia 183054, que indica: ***“GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCESO PENAL EN FAVOR DE LA VÍCTIMA Y DEL PROCESADO. SU APLICACIÓN Y RESPETO DEBEN PROCURARSE SIMULTÁNEAMENTE CONFORME A LOS FINES DEL DEBIDO PROCESO Y NO CON BASE EN UN ORDEN DE PRELACIÓN.*** Resulta infundado el concepto de violación en el que se sostiene que la garantía en cuanto a la duración del proceso debe prevalecer ante los posibles derechos de la víctima, pues bajo el argumento de que las prerrogativas establecidas en favor del procesado son de orden preferente tratándose del proceso penal, en tanto que los derechos de la víctima deben hacerse valer, en su caso, dentro de los plazos legales, ya que no se trata de establecer un orden de preferencia, *puesto que al tener el mismo rango de derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, es obvio que el órgano judicial debe prever lo necesario para respetar ambas prerrogativas dentro de los cauces y límites legales a fin de lograr el desarrollo de un debido proceso en el que se cumpla con los principios de equidad y equilibrio procedimental, sin desconocer el fin procesal de búsqueda de la verdad histórica de los hechos, para lo cual el juzgador, como rector del proceso, tiene la facultad incluso de ordenar la práctica de diligencias para mejor proveer. Esto es, que los fines del proceso no giren exclusivamente en torno a la conveniencia e intereses particulares del procesado y su defensa, sino también a un fin de interés público.* De modo que si el procesado renunció expresamente a la garantía prevista en la fracción VIII del apartado A del artículo 20 constitucional y derivado de ello se producen diversos medios convictivos para ambas partes y se advierte la necesidad de dar oportunidad al desahogo de otras probanzas más, es evidente que la ulterior manifestación del procesado y su defensa, en el sentido de acogerse a la mencionada garantía de duración del proceso, no puede atenderse de

manera tal que se traduzca en un cierre inmediato del periodo de instrucción que impida el derecho al desahogo de pruebas por parte de la contraria, incluso de aquellas que el propio juzgador estimara indispensables para la resolución de la causa, pues el hecho de haber renunciado previamente a dicha garantía, no puede entenderse como una facultad discrecional o caprichosa de retractación en cuanto a su observancia, máxime cuando ello repercutiría en perjuicio de los derechos de la víctima, del equilibrio y equidad procesal entre las partes y los propios fines del proceso”.

- Facultad de modificar la clasificación delictiva hecha por MP al consignar el asunto. Misma facultad para el Tribunal de alzada (artículos 163 y 385).
- Acción más amplia para emplear medios de investigación para comprobar delito y responsabilidad (artículo 180).

Cómo puede ser:

- En la inspección puede examinar a personas (artículo 210)
- Facultad de cuestionar a peritos y testigos y de desechar preguntas impertinentes o inconducentes (artículos 233 y 249).
- Careos procesales (prueba oficiosa) (artículo 265).
- Interrogar al acusado en audiencia de vista (artículo 306).
- Enviar conclusiones de no acusación o deficientes al Procurador General de la República, como una especie de corrección de las anteriores. (artículo 294).

Aspectos todos ellos, que se insiste, le dan tan sólo un matiz inquisitorio al proceso penal actual.

Santa inquisición

Ahora bien, como antecedente conviene hacer mención que fue en 1571 que el doctor Moya de Contreras, Inquisidor Mayor de la Nueva España estableció en México el Tribunal de la Fe, este año, se considera oficialmente, como el del establecimiento del Santo Oficio en México.

Fray Tomás de Torquemada, pariente de Juan de Torquemada, el ilustre fraile que se ocupó de la historia indiana de México, fue uno de los más crueles inquisidores

de España, fue quien desarrolló las reglas más crueles y estrictas para el Santo Oficio en México. Entre sus disposiciones estaba que el secreto de los testigos fuera inviolable, que se adoptara el tormento y la confiscación de bienes, que en un corto período de gracia los acusados se denunciaran a sí mismos y abjuraran de sus errores, que se recibieran las denuncias de padres contra hijos y de hijos contra padres y que se permitiera la separación del derecho común y del orden de proceder en todos los tribunales conocidos.

Los castigos o penas eran la muerte a través de la soga y a veces también el destierro; eran de rigor 100 o 200 azotes. Entre los delitos figuraban no sólo el renegar de Dios, de sus santos y la Virgen, sino también el amancebamiento, la fornicación y la sodomía.

Por ello, y con base en lo hasta aquí expuesto, debemos tomar conciencia que nuestro modelo, el actual, la mayoría de las personas lo consideran:

- Agotado y poco confiable.
- Que provoca la impunidad del país.
- No conocen a su juez, porque no está en audiencias.
- No es público o no tiene la publicidad necesaria.
- No es garantista, los jueces optan más por la legalidad que por la justicia.

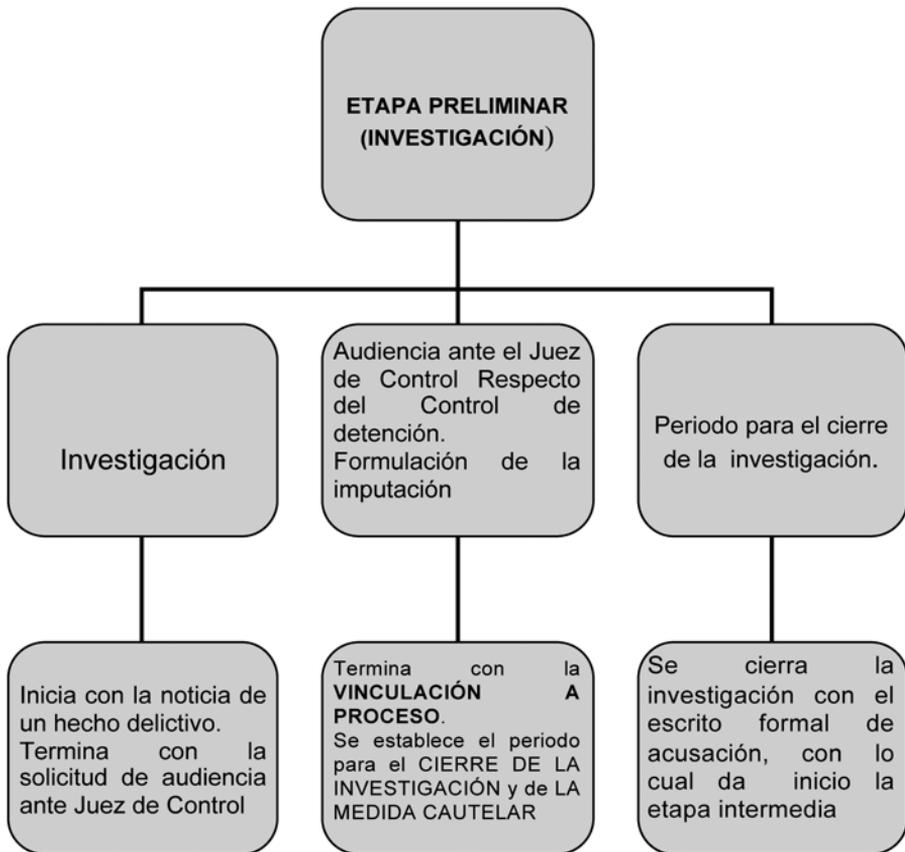
La reforma es un hecho, por lo tanto debemos trascender de la crítica y brindar un mejor servicio con estas nuevas bases, bajo la premisa de que la sentencia que se dicta sin escuchar a las partes, **no puede ser una sentencia justa.**

Por otra parte, debemos cuestionarnos cómo es nuestro actual proceso, hacia dónde vamos; para ello, con el siguiente cuadro, se realiza un comparativo entre el sistema actual (artículo 4° del Código Federal de Procedimientos Penales) y el contemplado en la reforma.

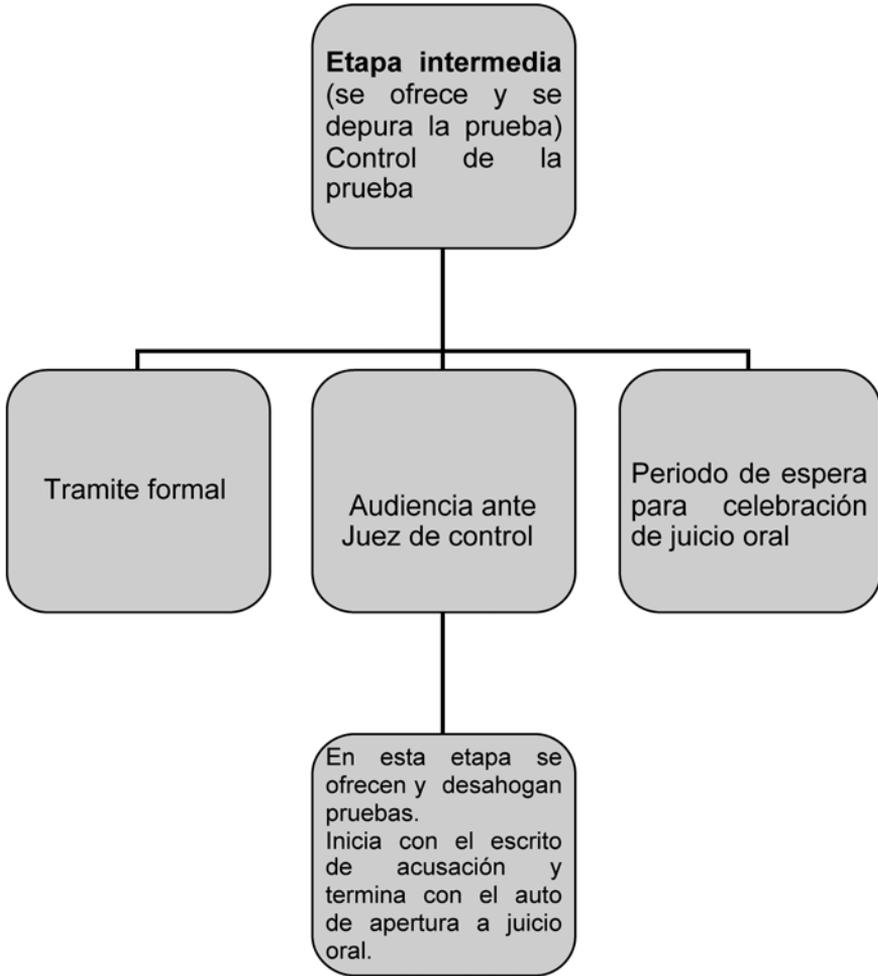
Sistema actual	Reforma
Preinstrucción	Investigación
Instrucción	Etapa intermedia
primera instancia	Juicio oral
segunda instancia	Impugnación
Ejecución de sentencia	Recursos
	Ejecución de sentencia

Así también, las etapas del nuevo sistema de justicia, se ilustran con los siguientes diagramas:

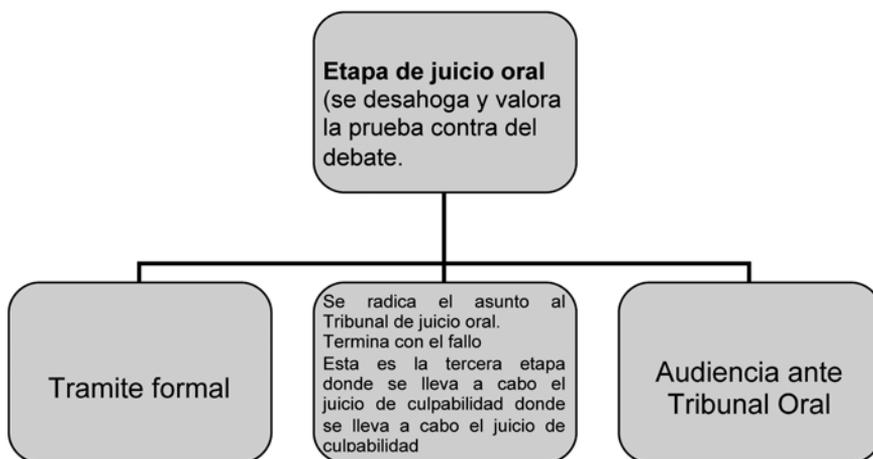
- **Etapa preliminar (investigación)**



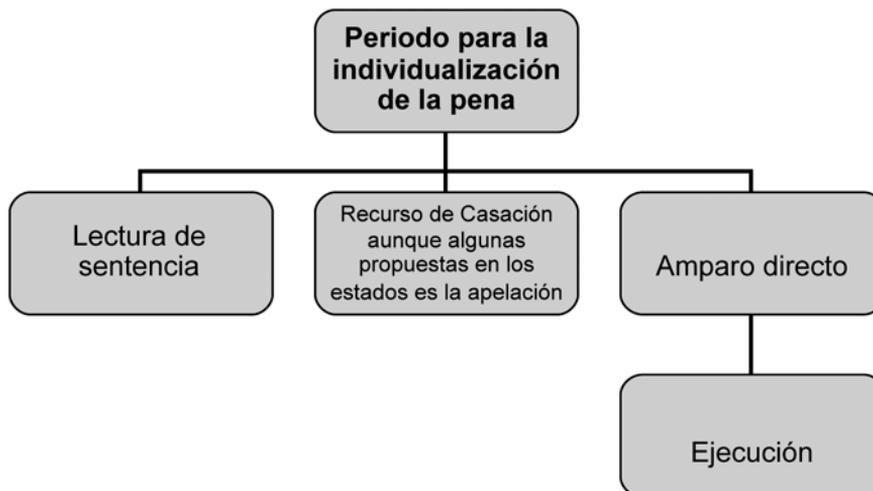
- **Etapa intermedia**



- Etapa de juicio oral



- Periodo para la individualización de la pena



Etapa de Investigación

La primera de las establecidas para el procedimiento penal, tiene como finalidad el esclarecimiento de los hechos y conocer si existe fundamento para iniciar un juicio en contra de una o varias personas.

Inicia con la denuncia o la querrela, así como también con la posible detención en flagrancia o caso urgente.

Entendiéndose por denuncia la expresión de la voluntad llevada a cabo por cualquier persona, de comunicar al Ministerio Público el conocimiento que tiene sobre la comisión de un hecho que revista caracteres de delito. Y por querrela, la expresión de voluntad de la víctima u ofendido del delito, o de sus representantes, mediante la cual se manifiesta, expresa o tácitamente su deseo de que se ejerza la acción penal.

En esta etapa se indaga la existencia del hecho denunciado, las identidades del involucrado, la víctima u ofendido, la presencia de indicios, así como los que intervienen en la indagatoria buscarán en todo momento la hipótesis o teoría del caso que han formulado.

Es una fase que de conformidad con la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de justicia de los Estados Unidos Mexicanos, Asociación Civil (CONATRI), en su código modelo se desformaliza, así se vuelve más sencillo que el tradicional.

El ministerio público ya no valorará pruebas ante sí mismo, función que era considerada como cuasi-jurisdiccional y por supuesto inquisitoria.

Esta fase, si pretendemos homologar a lo actual, reemplaza la etapa de averiguación previa, incluso abarca la preinstrucción.

Algunos autores señalan incluso que se extiende a la instrucción; sin embargo, el juicio comienza en la siguiente etapa. Aspecto que bien, puede ser discutido.

En la etapa de investigación encontramos como partes al ministerio público, al defensor y la víctima, los cuales tendrán las siguientes funciones:

El ministerio público se auxilia de los cuerpos de seguridad pública para el desarrollo de su investigación, así como de institutos de servicios periciales, los cuales deben recabar testimonios de personas que presenciaron los hechos, o bien de aquellos que puedan identificar al imputado o la víctima.

La defensa por su parte, dentro del marco legal que establece el artículo 20 constitucional, específicamente en el apartado B fracción VI, puede requerir la carpeta de investigación e incluso copia de su contenido para que en tiempo oportuno, prepare sus argumentos de descargo.

Además, puede solicitar al ministerio público la realización de diligencias de investigación que le convengan, recolectar pruebas y proporcionárselas para mejor la situación jurídica del imputado (fracción IV del Apartado B del 20 constitucional).

La víctima a su vez de conformidad con el señalado artículo 20 constitucional, apartado c), tiene el derecho de recibir asesoría y que se lleven a cabo las diligencias correspondientes; incluso puede ofrecer pruebas para el esclarecimiento de los hechos, deja de ser un sujeto pasivo (sólo por así llamarlo), y se vuelve fuente informante y

colaborador directo del ministerio público, para buscar las fuentes de información que fortalezcan el caso.

Con base en lo anterior, surgen los siguientes conceptos básicos:

- **Carpeta de investigación.** Formada con los registros, constancias, actas y documentos generados o presentados durante la etapa de investigación. Incluye por supuesto la denuncia, querrela, informes policial, inspección ocular, reconocimientos, aseguramientos, reconstrucción de hechos, entrevistas a las partes y peritajes.
- **Carpeta administrativa.** Es aquella en la que se agregan la orden de aprehensión solicitada, o cualquier otra medida cautelar, las audiencias celebradas ante el juez en su primera etapa, tales como control de detención, formulación de la imputación, etcétera.
- **Hecho delictivo.** Para esta definición debemos dividir la frase; así, por hecho, entendemos una actividad que produce un resultado; y delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales. (definición vigente en el Código Penal Federal).

Es decir, que podemos seguir afirmando que esa actividad debe producir un resultado que encuadre en la ley y se sancione como delito, sin soslayar que también implica el análisis del conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, con la problemática que implica saber que delito es la acción u omisión que sancionan las leyes penales, o en su caso, la conducta típica, antijurídica y culpable, y algunos mas señalan punible.

- **Probabilidad.** Determinar en ese grado sobre la identidad de quien cometió ese hecho; sin embargo, debemos destacar que tanto el Código Federal de Procedimientos Penales modelo, y la Constitución Federal en sus artículos 16 y 19, son coincidentes en señalar que lo que antes conocíamos como cuerpo del delito, ahora lo debemos llamar hecho delictivo, pero no soslayemos que el artículo 20 fracción V lo llama tipo penal (demostrar culpabilidad).

Sin embargo, ni los códigos procesales ni las reformas constitucionales nos indican con total exactitud en algún dispositivo, qué debemos entender por **hecho delictivo**.

Pareciera que nos encontramos en presencia tanto en el nivel federal como en el estatal, de una regla general para la comprobación del hecho delictivo, pues tanto la Constitución como el Código Procesal establecen que ahora el nuevo rol de los operadores del Derecho Penal, entendiendo como tales al Ministerio Público, Defensores, Jueces y

Magistrados, para constatar si determinado hecho de la vida ordinaria entra al ámbito del Derecho Penal, deberán acreditar o comprobar, los siguientes aspectos:

1. La realización del hecho delictivo de acuerdo a la naturaleza que exija el tipo, es decir, probar los elementos:

- a) Objetivos,
- b) Normativos, y
- c) Subjetivos.

2. Probar el número de elementos (constantes y/o variables) que para cada tipo exija el Código Penal.

Esta amplitud o regla genérica con que ahora se regula el **hecho delictivo**, nos puede hacer incurrir en una diversidad de interpretaciones a los operadores del Derecho, pero además una serie de equivocaciones que podrían provocar que cada operador lo interprete y acredite a su manera.

Teoría del caso

La explicación de un caso determinado a través de sus hechos, sus medios de prueba y su fundamento jurídico, relacionados entre sí, es lo que se conoce como teoría del caso.¹

Respecto del cual debemos tener muy en cuenta cómo sucedió el hecho, incluyendo teorías jurídicas, fácticas, pruebas, entrelazadas de manera lógica, sencilla, coherente y persuasiva (de ahí una buena argumentación). Así como no perder credibilidad escondiendo hechos, datos, o proporcionando falsos.

Elementos importantes a considerar para su configuración:

- **Elemento fáctico.** Un sujeto mató a una persona, bajo las siguientes circunstancias.
- **Elemento jurídico.** Cometió homicidio, según código punitivo.
- **Elemento probatorio.** Periciales, testimonios, declaraciones, vestigios, hallazgos, indicios.

Destacados los elementos en mención, debemos precisar que un vestigio es una señal, memoria que queda de una cosa destruida o pasada, mientras que un indicio es aquel del que se infiere algo.²

¹ Manual práctico del juicio oral, Editorial Ubijus.

² Diccionario Enciclopédico Vox 1. © 2009 Larousse Editorial, S.L.

En el mismo sentido, un hallazgo es la cosa encontrada, es un elemento relacionado directamente con el hecho; y el indicio son conjeturas que con base en las huellas y hallazgos, se formulan para posibilitar el conocimiento del hecho a probar.

Es importante destacar que al ser la investigación desformalizada y sin valor probatorio para el juicio oral, el Ministerio Público podrá enfocarse, sin trámites innecesarios, a realizar la investigación para la construcción de una teoría del caso, es decir, la explicación de lo que sucedió, el día, la hora y el lugar de los hechos, debiendo incluir en su **teoría del caso** los hechos, medios de prueba y fundamento jurídico, de no hacerlo, no podrá probar nada.

No desaparece la **teoría del delito** sólo que en esta etapa lo único que se pretende, o más bien dicho tiene por objeto, es el esclarecimiento de los hechos materia de la denuncia o querrela y determinar si hay fundamento para abrir un juicio penal contra una o varias personas.

Desarrollo de la etapa de investigación

Esta etapa de investigación avanza a través de una metodología de audiencias, a saber:

1. Audiencia de control de detención
2. Audiencia de formulación de la imputación.
3. Audiencia de vinculación a proceso.
4. Audiencia de solicitud de medidas cautelares.
5. Audiencia en la que se fija el plazo para el cierre de la investigación.

Para ingresar a la etapa de investigación existen dos formas la primera de ellas en caso de flagrancia o caso urgente, y la segunda por caso de orden de aprehensión, presentación voluntaria o citación .

- **Flagrancia.** Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en el momento en que esté cometiendo un delito, o inmediatamente después de haberlo cometido; deberá ponerlo sin demora, de conformidad con las circunstancias del caso, a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, al Ministerio Público.
- **Caso urgente.** Exista sospecha fundada de que el imputado ha participado en alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 174 bis; exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda el ministerio público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. En estos casos el ministerio público bajo su responsabilidad podrá ordenar la detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

1. Audiencia de control de la detención

Así tenemos que, en caso de orden de aprehensión y presentación voluntaria, la primera audiencia de la etapa de investigación será la audiencia de formulación de la imputación y no la audiencia de control de detención, que será para el caso de que se presente al imputado detenido ante el juez de garantía (flagrante o caso urgente).

En este caso se presenta de inmediato al detenido ante el agente del Ministerio Público, dentro de las siguientes cuarenta y ocho horas ante el Juez de garantías (artículo 16 constitucional).

En la audiencia de que se trata se infiere al inculcado sobre sus derechos constitucionales y legales, se escucha a las partes cerrando el debate y se clasifica la detención o en su caso se decreta la libertad.

Es de suma importancia destacar que la libertad decretada luego de la calificación de la detención, no significa que no se pueda de nueva cuenta continuar la investigación, claro está no se le podrá detener, ni mantenerlo detenido.

Sin embargo, el que se haya calificado de legal la detención no significa que se pueda mantener detenido al imputado, ya que la detención solo podrá ser una medida cautelar, siempre y cuando sea **indispensable, proporcional, temporal y excepcional**, para con ello salvaguardar el normal desarrollo del procedimiento penal.

Es decir, que puede evadir la justicia, cometer otro delito, destruya o altere medios de prueba, y se deberá explicar al juez este riesgo, quien decidirá si debe o no permanecer detenido. Sin perder de vista que de conformidad con el principio de presunción de inocencia la libertad es lo más importante.

El juez de garantías preguntará al imputado si le hicieron de su conocimiento sus derechos y si sabe la razón por la cual la detuvieron, posteriormente, le hará saber sus derechos.

El ministerio público le explicará los motivos por los cuales lo detuvo, y el juez le dará la oportunidad al abogado defensor de manifestarse con respecto a las circunstancias y los motivos de la detención.

Es diferente de esa forma el sistema, ya que existe igualdad de oportunidades, ambas partes escuchan y pueden controvertir, desde un principio circunstancias especiales y detalladas, que aunque parecieran insignificantes, marcan la diferencia en el rumbo que toma la investigación.

Las pruebas obtenidas mediante la tortura no tienen valor probatorio, pero si miente el imputado, por ese sólo hecho, el Juez no lo dejará en libertad sin antes escuchar a la otra parte. El juez debe resolver de inmediato explicando la razón por la cual califica de legal la detención o no.

2. Audiencia de formulación de la imputación

Puede darse el caso que dado los principios de economía procesal y el principio de concentración, que rigen aun más en un sistema acusatorio, así llamado, el ministerio

público pueda solicitar al juez de garantía que después de concluida la audiencia de control de detención, le permita continuar con la audiencia de formulación de la imputación. En esta audiencia, el Juez escucha al ministerio público, quien de manera verbal expondrá el delito que se le atribuye al imputado, la fecha el lugar y el modo de comisión, el grado de intervención que se le imputa y el nombre de quien lo acusa.

La formulación de la imputación es la comunicación que hace el agente del ministerio público al imputado en presencia de su defensor, frente al juez y en audiencia oral, pública y grabada en audio y video, de la investigación que hasta este momento tiene en su contra.

En dicha audiencia el ministerio público debe expresar de nuevo su teoría del caso, pero enfocada al objetivo específico de la audiencia, el cual es comunicarle al imputado los hechos que tienen en su contra, los medios de prueba en los que se apoya, y el fundamento jurídico en que se corroboran dichos hechos y medios de prueba.

Debe ser un relato lógico, coherente, y a manera de una sola teoría. No debe ser un relato aislado, sino que se debe explicar de manera clara, como una sola historia, como un relato de hechos y con los medios de prueba, sin que éste sea tedioso o se observe que el ministerio público esté leyendo.

La defensa deber de aclarar, manifestar lo que estime pertinente sobre la imputación que hace el ministerio público. El juez por su parte y si así lo requiere, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere convenientes respecto a esta imputación.

Después de formulada la imputación se le preguntará al imputado si la entiende, y si es su deseo contestar el cargo en ese momento, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.

Si desea declarar, debe hacerlo de manera libre o a través de preguntas que le realice su defensor. Si lo desea podrá contestar las que le formule el ministerio público y el acusador coadyuvante. El juez puede hacerle preguntas para esclarecer lo que ha dicho, pero también puede abstenerse de contestar.

El imputado puede solicitar en cualquier momento hacer uso de la voz para aclarar o complementar su dicho.

Antes de cerrar la audiencia, el juez deberá señalar la fecha para celebrar la audiencia de vinculación a proceso, a menos que el imputado renuncie al plazo establecido en el artículo 19 constitucional, ya que tendrá que resolver en esa misma audiencia sobre su vinculación a proceso después de escuchar a ambas partes.

3. Audiencia de vinculación a proceso

Es en esta audiencia en la que, si no se renunció en la anterior al plazo del numeral 19 constitucional que expresamente señala que serán 72 horas contadas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso, lo que obligaría al juez a resolver en la audiencia anterior a esta, debe iniciarse con la explicación, fundada y motivada por parte del ministerio público, de

los antecedentes de la investigación por la cual existan datos que establezcan que el hecho se ha cometido y que es probable la participación del imputado, ya sea como autor o partícipe.

Posteriormente, tendrá el uso de la voz tanto el abogado como el imputado. Es importante señalar que luego de la audiencia anterior, se encuentran transcurriendo las 72 horas, por lo que el juez escuchará a las partes, las pruebas que ofrecen y su desahogo, y al final decidirá si dicta el auto de vinculación a proceso o de no vinculación a proceso.

Se dice que si el asunto representa mayor complejidad con otros, puede incluso darse un receso para que dictamine.

Es importante además destacar que las pruebas que se desahogan en cada audiencia sólo sirven para ese fin específico, que es controvertir los medios de prueba existentes y los antecedentes de investigación que en su momento aportó la autoridad ministerial.

Un auto de no vinculación a proceso no significa que el ministerio público no pueda seguir su investigación para de nuevo formular la imputación.

Según diversas legislaciones estatales, tomadas de países como Chile, Colombia, y estados como Chihuahua (artículo 280), Zacatecas (artículo 319), los **requisitos para el auto de vinculación a proceso**, son:

1. Que se haya formulado la imputación, esto es, que la autoridad ministerial en la audiencia respectiva, de manera verbal haya expuesto el delito que se le atribuye al imputado, la fecha el lugar y el modo de comisión, el grado de intervención que se le imputa y el nombre de quien lo acusa.
2. Que haya rendido el imputado su declaración preparatoria o manifestado su deseo de no declarar.
3. Que de los antecedentes de la investigación de la autoridad ministerial se desprendan los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
4. No se encuentre demostrada más allá de toda duda razonable, una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de incriminación.

Por supuesto que el juez debe dictar el auto por los hechos que fueron motivo de la formulación de la imputación, pero el juez podrá otorgarles una clasificación jurídica diversa a la asignada por el ministerio público al formular la imputación.

A mayor ilustración se destacan las diferencias entre un auto de vinculación y un auto de formal prisión.

Auto de vinculación	Auto de formal prisión
La medida cautelar es una determinación autónoma de la resolución de vinculación a proceso	La formal prisión lleva implícita la medida cautelar personal de prisión preventiva
Cuando se resuelve sobre la vinculación a proceso, se observa el principio de Juez natural en cada acto procesal. Es decir, para cada determinación conoce un juez distinto.	Con la radicación de la causa, el Juez que dicte la formal prisión será el mismo que conozca de todo el proceso
No suspende derechos políticos porque su dictado no necesariamente esta vinculado a la privación de la libertad. Al imponerse, no necesariamente se dicta medida cautelar de prisión, por lo cual, quien este vinculado a proceso puede estar en libertad.	Se suspenden derechos políticos, toda vez que, está privado de su libertad. (Así lo ha determinado la Jurisprudencia.)
No pertenece a ningún expediente, ya que se formaliza mediante la metodología de audiencia.	Pertenece a un expediente, el cual es el método del sistema mixto
No cierra la investigación por el Ministerio Público. Cuando se dicta se legitima la investigación cerrada o administrativa y se autoriza un nuevo periodo de investigación.	Cierra la investigación del Ministerio Público
La resolución de vinculación a proceso no ordena la ficha signalética. Ésta junto con los estudios de personalidad se dan después de la deliberación de culpabilidad, en la audiencia de individualización judicial de la sanción.	Conforme al Código Federal de Procedimientos Penales el auto de formal prisión ordena la aplicación de la ficha signalética y estudios de personalidad.
Con la resolución de vinculación a proceso el indiciado no queda a disposición del juez, ya que las medidas cautelares pueden variar.	Al ser la medida impuesta la privación de la libertad, el indiciado queda a disposición del juez que conoce la causa.
Fija hechos que serán materia de investigación (acota actos de molestia).	Fija hechos materia del proceso y de prueba (objeto de prueba).

4. Audiencia de solicitud de medidas cautelares

Se puede llevar a cabo o efectuar en la misma audiencia del auto de vinculación a procesos, hay autores que no se ponen de acuerdo y señalan que debe ser antes del dictado del auto y esa manera asegurar la presencia del imputado en la audiencia, pero rompe ello con la finalidad del principio de presunción de inocencia, hay quienes afirman que debe ser posterior a ello.

Lo cierto es que el ministerio público debe acreditar con diversas pruebas la razón por la que, aun y cuando la libertad es la regla general, y sólo en los casos establecidos por el artículo 19 constitucional y hasta en tanto no se demuestre la responsabilidad del imputado, el por qué debe un sujeto estar de manera excepcional y temporal detenido.

Autores diversos dejan en claro que sólo debe ser en aquellos casos en los que existe riesgo para la sociedad de que el imputado esté libre, sea para la víctima o testigos o porque se cree y acredite que evadirá la acción de la justicia.

Además, el juez debe ponderar y valorar además del delito de que se trate:

- El tiempo que lleva viviendo en la zona, ciudad, estado.
- La voluntad que tiene de seguir con el proceso.
- La magnitud del daño causado
- Si ha incumplido en otras medidas cautelares.
- Antecedentes respecto de otros procesos.
- El peligro de que con su libertad se obstaculice la investigación o el proceso.

5. Audiencia en la que se fija el plazo para el cierre de la investigación

El Juez luego de fallar puede citar a una nueva audiencia o en la misma fijar el plazo para el cierre de la investigación, tomando en cuenta para ello la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de los mismos, pero no puede 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.

Si transcurridos los plazos el ministerio público no declara cerrada la investigación o no solicita la prórroga, la cual se puede concederse o negarse; el juez puede hacerlo de oficio o escuchando a las partes (víctima, ofendido o el propio imputado), sin soslayar que deberá dar aviso al superior jerárquico del agente del ministerio público que actúa en el proceso, para que cierre en **diez días**, de lo contrario la cierra de plano.

Cerrada la etapa de investigación el ministerio público deberá resolver en 10 días en los siguientes sentidos:

- Formular la acusación.
- Solicitar el sobreseimiento de la causa.
- Solicitar la suspensión del proceso.

Formula acusación

Si la autoridad ministerial considera que tiene los elementos suficientes para continuar con la segunda etapa del proceso, esto es, considera que se acredita el hecho delictivo y puede fincar al imputado la responsabilidad, sin que exista forma de poder aplicar un principio de oportunidad, entonces formulará su acusación en forma precisa

y circunstanciada, señalando el hecho presuntamente ilícito que de acuerdo con las pruebas existentes está acreditado.

Elementos a observar en la acusación:

- Los hechos atribuidos, sus modalidades y su clasificación jurídica así como las circunstancias relativas a la responsabilidad.
- Autoría o participación.
- Preceptos legales aplicables.
- Medios de prueba que deberán producirse en el juicio.
- Solicitud del procedimiento abreviado.
- Acciones para obtener la reparación del daño.
- Individualización del acusado y su defensor.
- La pena que considera debe imponerse.

Sobreseimiento

Ante la petición del ministerio público, el juez puede decretar que la causa se sobresea, cuando:

- El hecho no constituye delito, el imputado es inocente (aunque hay que aclarar se entiende que lo ha sido desde que inició la investigación, sin embargo autores lo señalan así, y los códigos modelos y vigentes en los Estados de esa misma forma).
- Exista una excluyente de responsabilidad (o de delito), que siguen siendo las mismas, no se advierte reforma alguna.
- Se extinga la acción penal.
- Surge una nueva ley que quita el carácter de ilícito al hecho que se le imputa.
- El hecho ya fue materia de proceso penal y se dictó sentencia firme.

El sobreseimiento tiene las mismas características, o efectos que una sentencia absolutoria.

Suspensión del proceso

La suspensión del proceso surge en los siguientes supuestos:

- Si se declara por el juez que se sustrajo de la acción de la justicia, ya que no se presentó a las audiencias a las que estaba obligado.

- Advierte que el imputado sufre de alguna enfermedad mental aunque sea de manera transitoria.
- No exista la querrela en los delitos que son un requisito sine qua non.

Es importante destacar que la suspensión del proceso se puede “levantar” y ordenarse la reapertura del proceso cuando cese la causa que haya motivado la suspensión.

BIBLIOGRAFÍA

HÉCTOR LORENCES, Valentín, *Recursos en el en el Proceso Penal*, Editorial Universidad.

DE SANTO, Víctor, *Cómo fundar un recurso*, Editorial Universidad.

CHIARA GONZÁLEZ, Carlos Alberto et al., *La nueva casación penal*. Editorial jurídica.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio y penal*, Flores Editor y Distribuidor.

IGARTUA SALVERRIA, Juan, *Oralidad y proceso*, Editorial Universidad de Medellín.

PÉREZ SARMIENTO, Eric Lorenzo, *Fundamentos del Sistema Acusatorio de Enjuiciamiento Penal*, Editorial Temis.

CHAHUAN SABAS, *Manual del Nuevo procedimiento Penal*.

ETAPAS DE LOS DIVERSOS
SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL:
JUICIO ORAL

Héctor Lara González



Magistrado
Héctor Lara González

Es licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y tiene curso de Master Internacional de Derecho Penal por la Universidad de Barcelona.

Cuenta con certificación en Juicios Orales por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación, así como en Justicia para Adolescentes y en Extinción de Dominio, por el Instituto de la Judicatura Federal.

Es actualmente Magistrado del Cuarto tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito y fue Juez de Distrito en Materia Penal, así como de Procesos Penales Federales.

I. Introducción. Fines del derecho procesal penal.

Las sociedades modernas viven y se desarrollan bajo sistemas; éstas tienen un sistema educativo, económico y en algunos casos hasta religioso; sin embargo, en relación con nuestro tema, lo que nos interesa es el sistema jurídico y dentro de éste se encuentra un subsistema, el derecho penal.

Al derecho penal se le han atribuido diversos fines, siendo el más clásico el de proteger bienes jurídicos como la vida, el patrimonio, la libertad, entre otros. Así, desde el punto de vista constitucional, este es el fin en términos del artículo 22, parte final del primer párrafo que determina que la pena deberá estar cuantificada de acuerdo a la lesión del bien jurídico tutelado. Por tanto, el derecho penal desde el punto de vista constitucional, tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos tutelados, bienes que por su naturaleza trascendente merecen ser protegidos por las normas jurídicas.

Sin embargo, la protección de bienes jurídicos trascendentales no agota la finalidad del derecho penal, pues éste, al ser parte del sistema jurídico del Estado también tiene como fin la estabilidad social, siendo éste, un fin remoto, el lograr, en conjunto con otros sistemas que socialmente tenemos adoptados, la estabilidad social, el orden común.

Pero existe otro fin más del derecho penal, el de sustento mismo del sistema jurídico, esto es, la vigencia de la norma penal desde un punto de vista totalmente normativista, parafraseando a Günther Jakobs; en donde a una persona se le castiga porque quebrantó la norma y se le hace ver que pese a que la quebrantó la norma sigue vigente, ese es el punto de vista del derecho penal desde un punto de vista meramente normativo.

Ahora bien, para efectos del presente análisis, no es propósito fundamental saber cuál es el fin del derecho penal material, pero lo que sí nos interesa es que cuando una persona delinque, ya sea por vulnerar un bien jurídico, transgredir la estabilidad social o quebrantar la vigencia de la norma, se hace acreedor a una sanción.

Cuando se tiene que sancionar a alguien porque quebrantó el derecho penal entre alguno de sus tres fines que se han mencionado, debemos preguntarnos ¿cómo se va a sancionar a esta persona? la venganza privada está excluida por disposición constitucional del artículo 17 (nadie puede hacerse justicia por su propia mano). Cuando el Estado prohíbe la venganza privada, surge para el propio Estado la obligación de establecer un procedimiento formalizado para sancionar a esa persona, pues al ordenar “no puedes hacerte justicia por tu propia mano”, entonces el Estado tiene que proveer el procedimiento formalizado para sancionar a la persona que ha incurrido en la comisión de un delito.

En el mundo occidental, el procedimiento formalizado que ha implementado el Estado para castigar a las personas que han trasgredido el derecho penal, se circunscribe a sólo dos sistemas: el inquisitivo y el acusatorio; ambos sistemas son el producto de los acontecimientos históricos que llevaron a cabo los pueblos europeos; y acotados por ambos sistemas, encontramos los modelos de procedimiento penal, verbigratia, el modelo chileno, colombiano, mexicano, entre otros; unos con mayor tendencia hacia el sistema inquisitivo y otros más hacia el acusatorio, pero no existe un modelo que esté fuera de los márgenes de estos dos sistemas.

Los sistemas inquisitivo y acusatorio son sumamente sofisticados y llegaron a un grado de perfección tal que ha prevalecido a lo largo del devenir histórico como sistemas, como lo ha destacado John Henry Merryman en su obra intitulada “La tradición jurídica romano–canónica”, en la cual aborda la evolución de estos sistemas a raíz de los acontecimientos históricos de los pueblos europeos.

Ante la necesidad de implementar un procedimiento formalizado para sancionar a la persona que ha incurrido en la comisión de un delito, la Constitución de nuestro país, a partir de junio de dos mil ocho, nos ofrece un nuevo sistema, un sistema llamado acusatorio, que pretende desde el punto de vista constitucional y hasta este momento, dejar atrás un sistema llamado inquisitivo mixto.

Cuando analizamos una constitución cualesquiera, basta leer su articulado en materia procesal penal para advertir si ese Estado es autoritario o democrático, si respeta o no los llamados derechos fundamentales. Claus Roxín sostiene que el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución de un Estado, frase que su compatriota James Goldsmith había ya destacado, pues dice que el derecho procesal penal desde la perspectiva constitucional es el termómetro para determinar si un Estado es autoritario o no. De tal manera, que al analizar un derecho procesal penal, podemos advertir si es un derecho procesal penal respetuoso de los derechos fundamentales o si no lo es, y en esto tenemos que establecer si es un derecho procesal penal social democrático o si solamente es social o sólo democrático.

El derecho procesal penal será social, cuando su objetivo primordial es sustentar los intereses sociales y es social en la medida en que no le interesa tanto respetar los derechos fundamentales de una persona procesada, sino los intereses del colectivo que se traduce en encontrar la verdad material, facultando a los jueces para que de manera oficiosa recaben pruebas en aras de los intereses sociales; es decir, se va a castigar al procesado sin importar si se respetan o no los derechos fundamentales pues lo importante en este modelo es sustentar los derechos de una sociedad, los cuales se traducen en que ningún delincuente quede impune, entonces se podría castigar al cien por ciento de las personas procesadas, en cuyo proceso, quizás el cincuenta por ciento de los sentenciados, sean inocentes; circunstancia que resulta intrascendente, pues el interés social es que no quede ningún delincuente impune. Mientras que el derecho procesal penal democrático desdeña los intereses de la sociedad, dándole preponderancia el respeto de los derechos fundamentales del procesado y la observancia del principio de presunción de inocencia a toda costa; por tanto, con base en tal principio, sin importar la clase de delito de que se trate, el inculpaado podrá ser procesado en libertad bajo la imposición de una medida cautelar e incluso sin ella.

Lo correcto es el término medio, en donde se respeten los derechos fundamentales de las personas en aras de salvaguardar los intereses sociales, para lograr un derecho procesal penal social y democrático, lo cual no es fácil.

Para determinar si la reforma constitucional procesal penal de junio de dos mil ocho es social o es democrática, bastaría analizar los fines del derecho procesal penal que el artículo 20 establece, situación inusitada en nuestro país, pues por vez primera en la Constitución se establece cuáles son los fines del proceso penal, esto, esclarecer los

hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y reparar los daños causados.

Para facilitar la comprensión de los cuatro fines constitucionales del derecho procesal penal, es oportuno analizar de manera somera cómo se dictan las sentencias, las que podemos clasificar en cuatro tipos:

Sentencias materialmente correctas pero procedimentalmente incorrectas.

Son correctas materialmente porque efectivamente ocurrió un hecho y ese hecho es delictivo, pero son procedimentalmente incorrectas si no se respetaron los derechos fundamentales del sentenciado durante el proceso. En este tipo de sentencias, el objetivo primordial es encontrar la verdad material.

Sentencias materialmente incorrectas pero procedimentalmente correctas.

Son correctas procedimentalmente porque durante el proceso se respetaron los derechos fundamentales del enjuiciado; empero, son materialmente incorrectas al ser sancionado por un hecho que nunca ocurrió, por un ilícito distinto al cometido en realidad o por un delito que no cometió.

Sentencias material y procedimentalmente incorrectas. Es la suma de lo incorrecto de los dos puntos anteriores; pero lo paradójico, es que a veces este tipo de sentencias, crean paz y estabilidad social, pues en ocasiones, el conglomerado social se conforma con que hayan capturado a algunas personas, las hayan procesado y sentenciado, sin importar la forma en que se desarrolló el proceso ni mucho menos si es cierto o no el hecho que se les atribuye, pues lo principal es el mantenimiento de la paz y estabilidad social.

Sentencias material y procedimentalmente correctas. Es una utopía alcanzar un pleno derecho procesal penal social–democrático y con este tipo de sentencias se alcanza la paz y la estabilidad social.

La reforma constitucional pretende que el juzgador dicte sentencias material y procedimentalmente correctas. Cuando la Constitución establece como fin del derecho procesal penal esclarecer los hechos, significa que las sentencias deben ser materialmente correctas, cuando ordena proteger al inocente y procurar que el culpable no quede impune, se refiere a que el procedimiento debe de ser respetuoso de los derechos fundamentales y, cuando dispone que deberá repararse los daños causados, es para lograr una estabilidad y paz social.

En este contexto, al efectuar una interpretación positiva de los fines del derecho procesal penal, podemos afirmar que la reforma constitucional es sumamente democrática, pues como hemos visto, obliga al juzgador a resolver en donde se hayan esclarecido los hechos y conforme a ello dictar una sentencia correcta.

Proteger al inocente significa que toda persona que vaya a ser procesada o esté siendo procesada tenga la oportunidad de hacer efectivo el derecho de presunción de inocencia y sólo en la medida que el Ministerio Público aporte pruebas suficientes desvirtuar tal presunción, el sujeto podrá ser culpable; de no ser así, será inocente y por ende, deberá ser protegido procedimentalmente.

Procurar que el culpable no quede impune implica que esta procuración se encuentra limitada por el respeto de sus derechos fundamentales, ya que la Carta Magna

no establece como regla categórica que el culpable no quede impune, porque de no ser así, sería irrelevante el procedimiento o la metodología empleada para sancionar al culpable; por tanto, ordena la Constitución “procurar” en la medida en que los derechos fundamentales de la persona así lo permitan; así como reparar los daños causados, entre otras cosas, reparaciones de daño y con ello también la estabilidad social.

Entonces, de la interpretación positiva de los fines constitucionales del derecho procesal penal se concluye que la reforma establece un derecho procedimental social y democrático. Social en la medida que pretende la estabilidad social y es democrático en cuanto a que ordena respetar los derechos fundamentales de las personas al momento de enfrentar un proceso penal.

Ahora bien, podríamos sin embargo, tener una interpretación negativa de los fines constitucionales del derecho procesal penal; podría decirse, con relación al fin de esclarecer los hechos, que el artículo 20 constitucional no establece la obligación de respetar los derechos fundamentales del procesado para alcanzar dicho fin, esto es, esclarecer los hechos; por tanto, los códigos de procedimiento penal locales deberían imponer normas, y de ser necesario normas rígidas, con el propósito de facilitar el esclarecimiento de los hechos. De manera tal, que al efectuar una interpretación negativa del esclarecimiento de los hechos podríamos encontrar el sustento constitucional de algunos códigos locales; por ejemplo el del Estado de México, que permite al juzgador allegarse de las pruebas de reconstrucción de hechos e inspección de forma oficiosa, pues su finalidad es esclarecer los hechos.

Al analizar los códigos procesales de algunas entidades federativas, se advierte que los legisladores, en el auto de vinculación a proceso, están dando la oportunidad a los jueces de clasificar los hechos más allá de lo que el Ministerio Público haya solicitado, ya que la meta procesal es el esclarecimiento de los hechos, y este fin constitucional es el fundamento de tal proceder. Asimismo, si la Constitución establece como un fin procesal, procurar que el delincuente no quede impune, y “procurar” no está limitado a la medida en que nos lo permitan los derechos fundamentales del procesado, sino es utilizar todos los medios que el Estado tiene a su alcance para lograr el esclarecimiento de los hechos y que los culpables no queden impunes; tal interpretación sería de carácter negativo.

Por fortuna, la mayoría de las legislaturas locales para promulgar su código procesal están realizando una interpretación positiva de los fines constitucionales, en donde se respeten los derechos fundamentales de las personas que enfrentan un proceso penal y no sean vulnerados aquéllos.

Cabe señalar, que para resolver si una norma procesal es constitucional o no, deberá recurrirse a la finalidad del proceso penal que enuncia el artículo 20 constitucional para determinar lo que debe entenderse por los cuatro fines constitucionales del derecho procesal penal a través de una interpretación positiva o negativa como ya se expuso; aunque resolver lo constitucional de la norma procesal por medio de la interpretación positiva es lo idóneo, porque en la medida en que un Estado sea respetuoso de los derechos fundamentales será un Estado más civilizado.

II. Principios o características de la audiencia de juicio oral.

Los procesos difícilmente llegan a juicio oral, ya que en cada etapa que le precede, el modelo procesal dispone de diversas alternativas para resolver el conflicto; por ejemplo, que el Ministerio Público determine el no ejercicio de la acción penal; que en la audiencia del imputación y/o después en una audiencia de vinculación a proceso el juzgador determina que los datos de prueba son insuficientes para acreditar el hecho delictuoso o para demostrar la probable intervención del sujeto; que en la etapa intermedia el acusado acredite alguna de las excepciones hechas valer; que el inculpado al reconocer la comisión del delito imputado opte por un juicio abreviado; que el procesado llegue a un acuerdo reparatorio con el ofendido o solicite la suspensión de juicio a prueba; todas estas hipótesis (aproximadamente veinte) son casos en que el asunto no va a llegar a juicio oral.

Al existir diversas modalidades para la solución de los conflictos, se espera que sean pocos los asuntos que lleguen hasta la etapa de la audiencia de juicio oral. Así, tomando como referencia los porcentajes utilizados por el sistema anglosajón, tenemos que noventa o noventa y cinco por ciento de los procesos se resolverán antes de la audiencia de juicio oral y sólo el diez o cinco por ciento llegarían a un verdadero juicio oral. Empero, tal estimación depende de la eficacia del Ministerio Público en la investigación; pues de ser ineficaz, el inculpado optará por el juicio oral porque sabe que con las pruebas que obran en su contra no podrá ser condenado (situación por la que atraviesa Colombia). La eficacia de la investigación del Ministerio Público es la que determina el porcentaje de las terminaciones anticipadas y las medidas alternativas de solución del conflicto; si llegan muchos casos a la etapa de juicio oral, lo más probable es que el sistema colapse, pues no es posible llevar tantos juicios orales al mismo tiempo.

Ahora bien, para que una audiencia de juicio oral sea correcta o satisfaga todos los principios del sistema acusatorio, deberá colmar los requisitos que establece el sistema procesal de la reforma de junio de dos mil ocho.

1. El juez:

A. El primer requisito es que el juzgador (además de los requisitos propios para ser un buen juez) sea imparcial externa al momento de resolver conflictos. La imparcialidad externa se traduce en que el juez debe resolver sin presión alguna de ningún otro poder público o del propio sistema judicial, no debe verse timado por otro servidor público para que resuelva en determinado sentido; siendo la imparcialidad un punto esencial en la administración de justicia.

La imparcialidad externa está prevista en el artículo 17 constitucional, no tan sólo en el deber de los tribunales en impartir y administrar justicia en forma imparcial, sino que además tenemos la norma de que las leyes federales y locales tendrán a su cargo

el velar por el respeto de esta imparcialidad. Pero no tan sólo tenemos la imparcialidad como un derecho fundamental plasmado en el artículo 17 constitucional sino también tenemos esta imparcialidad desde el punto de vista orgánico, y así por ejemplo, los artículos 122 y 116 constitucionales (que regulan la administración del Distrito Federal y la administración de los poderes locales, respectivamente), igual aluden a la imparcialidad de los juzgadores del Distrito Federal y de las entidades federativas.

También está previsto constitucionalmente, tanto para los juzgadores federales como para los juzgadores locales, tres puntos básicos para lograr jueces imparciales desde el punto de vista externo:

- a) Que los jueces sean inamovibles; que no tengan miedo a ser removidos de su cargo por las resoluciones que han emitido;
- b) Que su salario sea irreductible; que el salario de los jueces no se pueda reducir con motivo de los vaivenes de la política, sin que signifique que deba ser exorbitante; y,
- c) Que sean seleccionados de forma objetiva; es decir, que no sean elegidos por cuestiones de parentesco, amistad o compadrazgos.

La imparcialidad es interna o subjetiva cuando el juez no debe de conocer de determinado asunto por tener interés en el mismo o porque una situación jurídica se lo impide y tal imparcialidad se resuelve a través de los impedimentos, excusas y recusaciones.

La imparcialidad de los jueces no es tópico propio de los juicios, sin embargo, es de destacarse de nueva cuenta en el sistema acusatorio por la importancia que reviste.

B. Entre algunos temas de novedad que son propios de los juicios orales, tenemos que la Constitución en el artículo 20, apartado B, establece como la regla general que el acusado será enjuiciado por un juez o por un tribunal. Debemos preguntarnos ¿el juez que va a llevar a cabo la audiencia de juicio oral y que va a dictar sentencia en contra de una persona necesita ser licenciado en Derecho o no?

Estamos acostumbrados que en México todos los jueces son profesionistas, pero el artículo 20 constitucional no dice expresamente que los jueces deben ser profesionistas y esto daría pauta para especular que podría haber jueces legos. El juez lego es aquel juzgador que no tiene conocimientos jurídicos técnicos, no tiene un título y el juez profesional es aquel que por el contrario, tiene el reconocimiento de una institución, tiene el respaldo de que cuenta con los conocimientos técnicos. En Alemania por ejemplo hay tribunales mixtos, en donde los tribunales están constituidos por dos jueces profesionales y por un juez lego; en el sistema anglosajón los jurados no son abogados todos son jueces legos.

Para contestar la pregunta podríamos comenzar desde el punto de vista administrativo, desde el punto de vista orgánico del Poder Judicial; por ejemplo para ser ministro, entre otros requisitos, se requiere tener título de licenciado en Derecho; para ser magistrado del fuero común y para ser magistrado del Distrito Federal se requieren los mismos requisitos que establece el artículo 95 constitucional para ser ministro; entonces por lo menos esos juzgadores sí tienen que ser profesionistas en Derecho por disposición constitucional; sin embargo, para los magistrados federales, los jueces de distrito y los jueces del fuero común, la Constitución remite a los requisitos que establezcan las constituciones locales y las leyes locales. Empero, aun cuando expresamente no se advierte del artículo 20 constitucional que deban de ser profesionales nuestros jueces, los principios de nuestro sistema nos permite concluir que deben ser profesionales, esto porque al momento en que se va dictar una sentencia el juzgador debe valorar las pruebas en forma lógica (como se tratará con posterioridad), y esta actividad intelectual de valorar en forma lógica el material de convicción, solamente puede ser realizada por un juez que tenga conocimientos jurídicos técnicos, es decir, por un profesionista y no por uno lego.

Otro punto por el cual se entiende que los jueces deben ser profesionistas, es porque el juzgador sólo va a dictar sentencia condenatoria cuando tenga convicción de la culpabilidad del acusado y esto de tener convicción de la culpabilidad del acusado es un principio que nada más pueden generar los jueces técnicos, pues cuando se trata de jueces legos se habla de íntima convicción (concepto derivado del derecho anglosajón que pasó a Francia a través de la revolución francesa).

Estos dos puntos, el sistema de valoración y el sistema de convicción para condenar a una persona, son los que dan la pauta para concluir que los jueces deben de ser jueces profesionistas y no legos,

C. Otro tema de novedad en los juicios orales es cuando la Constitución dispone que el acusado deberá ser enjuiciado en una audiencia ante un juez o tribunal. El motivo de que la constitución establezca que el acusado podrá por un juez o por una pluralidad de jueces (sin decir cuántos), es que en las comisiones técnicas, cuando se estaba discutiendo la reforma, se dijo que se iba optar por esta fórmula en donde los estados tuvieran la opción de poner jueces unitarios o tribunales plurales, porque hay estados que económicamente no podrían solventar el establecer tribunales de tres o más juzgadores y por tanto, esa situación podría complicar el éxito de la reforma constitucional. Más allá de esa razón de carácter técnico, creo que lo ideal es que resuelva un tribunal porque existe mayor certeza jurídica que cuando resuelve un solo juez; cuando un caso es resuelto por un tribunal siempre tenemos mayor certeza jurídica que si es resuelto por un juez unitario.

En las entidades federativas tenemos jueces y tribunales; la diferencia entre uno y otro es de acuerdo a la gravedad del delito; así, los delitos más graves los están resolviendo tribunales y los menores por jueces unitarios y en materia de recursos, en la mayoría de los estados, si no es que todos, son tribunales, no hay tribunales de apelación unitarios, siempre son tribunales colegiados; pero la constitución contempla ambas posibilidades.

D. Otro concepto que es novedoso es el de “juez natural”, que se puede encontrar en todos los códigos. Juez natural es un término que se extrajo del derecho anglosajón; en Alemania le llaman juez legal (acepción más acertada) y es aquel juzgador que, por una parte no sea un tribunal especial y, por otra, que ese tribunal haya sido creado con posterioridad al hecho; éstos son las dos características que tiene un juez natural. El artículo 14 constitucional lo establece; sin embargo, el problema surge si debe ser previamente establecido al hecho o al juicio (que será cuestión de interpretación); empero, el concepto de juez natural se encuentra en los todos los nuevos códigos de procedimiento penal.

E. Otro punto importante es la imparcialidad procesal, se deriva del texto constitucional de que el juez que va a actuar en la audiencia de juicio oral, no debió de haber conocido de las fases anteriores; cuestión primordial en el sistema acusatorio; el juez oral no debe haber tenido conocimiento de lo sucedido en las etapas previas y debe resolver con base en lo que observó y analizó en la audiencia oral; ya que de no ser así, el conocimiento de lo sucedido en las etapas previas, crearía una subjetividad en el juez oral y vulneraría la imparcialidad procesal que debe tener el juzgador. Los juristas americanos han abundado sobre la llamada teoría preliminar que es cuando una persona comienza a indagar o investigar un hecho se va creando su propia teoría preliminar o un juicio previo sin escuchar a las partes; todas esas teorías preliminares hay que descartarlas de un juez que va a presidir la audiencia oral.

2. Carga probatoria. Uno de los puntos principales en el juicio oral, lo es sin lugar a dudas el principio de la carga probatoria; la Constitución dispone que la carga de prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora conforme lo establezca el tipo penal (parte incomprensible y muy criticable, pues los tipos penales no prevén cargas probatorias). Otra arista, con relación al texto constitucional es que establece que la carga de la prueba es para demostrar la culpabilidad; en México, estamos acostumbrados a que la carga probatoria del Ministerio Público es para demostrar el hecho delictuoso y en todo caso la intervención del sujeto (en terminología pasada, para acreditar el cuerpo del delito y demostrar la responsabilidad).

Para dictar una orden de aprehensión o un auto de vinculación a proceso se requiere datos de pruebas que aludan al hecho delictuoso y la intervención del sujeto en el mismo; pero entratándose de la sentencia, la Constitución no se refiere a estos dos elementos procesales, sino establece que la prueba deberá demostrar la culpabilidad del sujeto; tal concepto procesal es una reminiscencia del sistema anglosajón en donde el jurado se limita a decir si el procesado es culpable o inocente (*guilty or not guilty*); ahora la Constitución engloba en un solo concepto (culpabilidad) los dos anteriores, pudiendo afirmar que la culpabilidad a que se refiere la Carta Magna es un concepto amplio y no al concepto tradicional que técnicamente en la teoría del delito se entiende por culpabilidad, sino que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad (a que se refiere la Constitución), abarca lo que tradicionalmente se ha venido manejado, como el demostrar que un sujeto es responsable de haber cometido un hecho típico y antijurídico.

El que la Constitución establezca que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, no significa que otros factores diferentes a la culpabilidad no corresponda probar a la parte acusadora, verbigratia: para demostrar la reparación de daño, supuestos para individualizar sanciones, entre otros; todo lo que incida en los derechos de un acusado o de una persona que potencialmente va a ser sentenciada, la carga probatoria siempre le corresponde al Ministerio Público.

El principio de carga probatoria, es el aspecto contrario del principio de presunción de inocencia que constitucionalmente tiene el acusado a su favor; por tanto, la parte acusadora deberá aportar elementos que vayan más allá del principio de presunción de inocencia, más allá de toda duda razonable, es decir, superar el principio de presunción de inocencia del procesado.

El derecho procesal penal nunca debería tener como meta demostrar una verdad material (esto es una utopía) a lo más aspira a una verdad relativa aproximativa como sostiene Luigi Ferrajoli, una verdad procesal. El sistema inquisitivo tenía como meta buscar la verdad material sin importar cómo se recaben las pruebas, permitiendo todo tipo de vejaciones (tortura, testigos de oídas, etcétera), tiene una valoración de pruebas tazada pero una metodología de obtención de la prueba libre (necesidad de la prueba), mientras que el sistema acusatorio tiene un sistema de valoración libre y un sistema de obtención de la prueba tazada, solamente es prueba lícita la que se desahoga en la audiencia, cuya meta es encontrar la verdad procesal, no material.

En el sistema acusatorio, el juez oral debe ser un juzgador pasivo, pues no le está permitido aportar pruebas (ni para bien ni para mal), sólo debe observar cómo las partes desahogan las pruebas aportadas y en base a ello emitir su veredicto; es decir, al juez no le corresponde una carga probatoria. Por eso, indebidamente el código procesal del Estado de México prevé que el juez de manera oficiosa pueda desahogar la prueba de inspección y la de reconstrucción de hechos; la Constitución de forma clara establece que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad le corresponde al Ministerio Público y no al juez, lo que genera que la prueba sea sana y se lleve a cabo un debido proceso.

3. Igualdad procesal. Otro punto importante del sistema acusatorio es la igualdad procesal; las partes gozan los mismos derechos procesales para sostener la acusación o la defensa. En el sistema inquisitivo la mayoría de las sentencias se emiten con base en las pruebas recabadas en la indagatoria, que por supuesto jamás será una igualdad procesal; sólo existirá igualdad procesal cuando las partes desahoguen las pruebas que aporten ante un juez, que desconoce los pormenores del asunto y que en base a las pruebas resuelva lo que corresponda; por ende, sólo se puede hablar de igualdad procesal en un sistema oral acusatorio.

Este principio de igualdad procesal tiene excepciones (formales y materiales) derivadas de la naturaleza del procedimiento oral, que rompen precisamente tal igualdad.

Formales:

La carga probatoria la tiene el Ministerio Público para desvirtuar la presunción de inocencia; no hay igualdad procesal como ocurre en materia civil;

La citación de testigos; la Constitución establece que se le prestará ayuda al procesado para tal fin pero no a la parte acusadora;

El imputado tiene el derecho de abstenerse a declarar; no sucede lo mismo con los testigos del Ministerio Público;

Intervenciones procesales; siempre debe empezar el Ministerio Público y cerrar el procesado;

El procesado no sólo se enfrenta al Ministerio Público en el proceso, sino también a la víctima u ofendido; y,

En la audiencia de vinculación a proceso, basta que la parte acusadora invoque datos de prueba para que el juez le crea, empero el procesado no puede invocar datos de prueba, sino los tendrá que desahogar ante el juez de control en el plazo constitucional.

Materiales:

El Ministerio Público tiene a su disposición toda la maquinaria del Estado, de la cual carece el acusado;

Pero suele acontecer que el Ministerio Público se enfrenta contra un magnate o un personaje público importante y en tal caso es el Estado el que se ve rebasado;

La falta de recursos de la defensoría pública para desahogar ciertas pruebas, por ejemplo, peritajes; y,

La falta de profesionalización de los abogados particulares.

4. Publicidad. La Constitución establece que la audiencia en la cual se va a enjuiciar a una persona por un juez o tribunal debe ser pública; la publicidad no es otra cosa sino que cualquier ciudadano puede ir a presenciar una audiencia en la cual ese ciudadano entienda y escuche de qué se le acusa a una persona, qué pruebas se desahogaron, qué resolvió el juez y por qué resolvió en ese sentido, cumplidos estos requisitos se podrá decir que hay publicidad en los procesos. Este principio tiene una **función procesal** que implica que el juzgador está sometido a explicar por qué emite una sentencia en tal sentido, con lo que se frenan las arbitrariedades jurisdiccionales; tiene una **función de política criminal** por las prevenciones especial o general en la comisión del delito; tiene una **función social** porque al ser transparente la administración de justicia, el colectivo creará en sus jueces; tiene una **función administrativa** porque regula las posibles faltas penales o administrativas en que incurrir las partes.

La propia constitución establece excepciones a la publicidad de la audiencia, que deben estar fijadas en la ley, no arbitrarias y deben estar sustentadas en razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de víctimas, testigos, menores o bien porque hay revelación de secretos protegidos; cuando se actualice alguna de las hipótesis de excepción, el juez podrá llevar a cabo la diligencia a puerta cerrada; pero sólo aplica en el desahogo de pruebas, nunca en la emisión y explicación de la sentencia. Hay que tener en consideración que la garantía de publicidad se colma (según la doctrina) cuando el espacio físico que comprende la sala del tribunal llegue a su límite de audiencia, sin que sea necesario o esté permitido poner salones anexos o instalar parlantes fuera de la sala. Otra limitación al principio es la intimidad del morador en casos del desahogo de la prueba de inspección.

Tampoco la publicidad permite a los medios de comunicación poder transmitir o filmar los juicios. También, se puede desalojar a personas de la sala en donde se desarrolla el juicio, cuando alteran el orden sin que se afecte el principio de publicidad.

5. Oralidad. En cuanto a la oralidad, el artículo 20 constitucional establece que el proceso penal será acusatorio y oral, se registrará por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; esto significa que la oralidad no es un principio, sino el instrumento o vía por la cual se pueden hacer efectivos los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación; principios que se encuentran íntimamente relacionados entre sí y con la oralidad, de manera tal, que no es posible concebir un proceso penal acusatorio sin la existencia de alguno de los principios o de la oralidad misma; son elementos sine qua non del proceso penal acusatorio.

La ventaja de la oralidad es la expresividad, porque el juez y las partes, al momento de que se introduce la prueba, pueden percatarse del comportamiento y gestos de un testigo al rendir testimonio por ejemplo; otra ventaja es la frescura del que está declarando y la fluidez o rapidez en el desahogo de la prueba. No obstante, la oralidad también presenta desventajas como el olvido o la falta de atención; por tales motivos, la sentencia debe emitirse tan luego termine el debate (principio de continuidad); de ahí que resulte que los casos resueltos por un tribunal tengan mayor certeza jurídica que aquellos resueltos por un juzgador unitario.

6. Contradicción. Con relación al principio de contradicción, éste sólo es posible en el sistema adversarial e implica el derecho de las partes de controvertir las pruebas exhibidas por su contraparte; además, se basa en un principio de alternancia en relación con la misma prueba, esto es, después de quien ofreció y desahogo la prueba en juicio su contraparte tiene el derecho de controvertirla, logrando con este proceder una contradicción de pruebas y una calidad en la información de una prueba sana y válida. La contradicción impide que el juzgador sea quien esté desahogando las pruebas y no puede allegarse de elementos de convicción.

III. Desarrollo de la audiencia de juicio oral.

La Constitución no establece la forma en cómo debe desarrollarse la audiencia de juicio oral, sólo establece que el acusado será juzgado en audiencia pública.

Las partes de la audiencia de juicio oral son:

Alegatos de apertura;
Desahogo de pruebas;
Alegatos de clausura;
Valoración de pruebas; y,
Sentencia.

Todas estas partes (bajo el principio de concentración), deberán realizarse en una sola audiencia.

Los alegatos de apertura son aquellas promesas procesales que le hacen las partes al juzgador, las pretensiones que van a demostrar cada una de las partes; es la primera aproximación de las partes con el juez, es un acercamiento persuasivo y, corresponde al Ministerio Público exponer en primer lugar sus alegatos de apertura (teoría del caso), en los cuales no debe enumerar las pruebas que posee para demostrar su pretensión, sólo está obligado a exponer lo que pretende demostrar en juicio; acto seguido, el acusado tiene la opción de presentar sus alegatos o abstenerse de ello.

El juez, acorde al principio de inmediatez, debe estar presente en la audiencia y no puede delegar la recepción de pruebas, la valoración de las mismas ni la elaboración del veredicto. La inmediatez puede ser de carácter formal o material. Es formal, cuando el juez no desahoga la prueba sino que percibe el desahogo de ésta (como en el nuevo sistema acusatorio mexicano) y es material cuando el juez desahoga la prueba, es conducto del desahogo de la prueba (como en el modelo Alemán). Este principio de inmediatez impide que haya pruebas de referencia (testimonios de oídas o la declaración escrita por una persona que no asiste a la audiencia) y exige la fuente original de la información; así, el artículo 20 de la Constitución establece que para efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que haya sido desahogadas en la audiencia de juicio.

La prueba es para demostrar los hechos plasmados en la teoría del caso; los hechos que se pretende demostrar se clasifican en: principales (relativos al hecho delictuoso e intervención del acusado), secundarios (indicios que conformarán la prueba circunstancial) y hechos respecto de la credibilidad de la prueba. Pero también existen hechos que no son materia de prueba: aquellos en que las partes previamente convienen en su existencia (acuerdos probatorios durante la fase intermedia) y los hechos notorios; sin embargo, se debe tener cuidado porque estos últimos sí son materia de introducción al juicio y deberán ser invocados en la audiencia de juicio oral.

El desahogo de pruebas comenzará con las ofrecidas en la acusación del Ministerio Público; las testimoniales se introducen a la audiencia a través de la oralidad, excepto cuando existan pruebas anticipadas, en tanto subsistan las circunstancias que llevaron a tomar esa prueba anticipada en algunas de las etapas intermedia o de investigación.

La fuente de información de los testigos la dan a través del interrogatorio y contrainterrogatorio que les formulan las partes y el interrogatorio siempre será a cargo de la parte que ofertó la prueba. El interrogatorio pretende solventar la calidad del testigo, acreditar situaciones fácticas, introducir pruebas materiales (objeto, instrumento o medios de comisión del delito) y obtener información relevante para la introducción de otras pruebas.

Una regla relevante en los interrogatorios es que quien interroga no puede inducir, pero en el contrainterrogatorio la contraparte sí podrá hacer preguntas inductivas para desacreditar la credibilidad del testigo. También existe la posibilidad de la reexaminación, que implica que la parte que ofreció la prueba después puede formular interrogatorio al testigo pero sólo y únicamente respecto de los hechos que narró en el contrainterrogatorio

y en esta fase; el juez tendrá que resolver las objeciones respecto a las preguntas realizadas en la reexaminación. Asimismo, las preguntas prohibidas deberán ser calificadas de oficio por el juzgador cuando sean engañosas, sugestivas, fraudulentas, confusas o coactivas.

La prueba pericial no se desahoga ni se introduce como la testimonial. Durante la investigación es probable que el Ministerio Público haya realizado una pericial; la ofrece como prueba en la audiencia intermedia y si el juez de control la admite, se dará copia del dictamen al acusado, de tal suerte que al llegar a la audiencia oral, las partes ya tienen conocimiento de la pericial de que se trata; entonces, el perito comparece a la audiencia a fin de explicar de viva voz en qué consiste su dictamen, lo que da pauta para que las partes lo interroguen, le formulen preguntas entorno a la experticia, dado que los peritos emiten opiniones, a diferencia de los testigos que declaran sobre hechos. De manera tal, que la certeza de una pericial dependerá de la forma en estén sustentadas sus premisas y conclusiones; por tanto, la mayoría de los interrogatorios versarán sobre la metodología utilizada para llegar a esa conclusión o para desacreditar la credibilidad del perito atendiendo a su grado de experiencia y capacidad técnica; empero, el juzgador tiene la facultad de formular preguntas aclaratorias respecto a cuestiones técnicas.

La prueba documental se introduce a juicio oral por su lectura; lo normal es que se aluda a ella a través de una testimonial o pericial, a fin de acreditar un hecho principal, un indiciario o sobre la credibilidad de la prueba. Existen documentos cuya credibilidad depende del autor del mismo (privados) y en este caso, deberá comparecer a la audiencia su autor; en caso de que el documento sea de autoría anónima el juez le deberá admitir y dar el valor de convicción que corresponda según las circunstancias; en cuanto a las documentales públicas, no es necesario que comparezca su autor, pero existe la posibilidad de las partes que cuestionen la autenticidad del documento mismo.

Los objetos materiales (como elemento de prueba), pueden ser instrumentos o productos del delito, entre otros, que deben ser exhibidos físicamente en la audiencia de juicio oral y podrán servir para demostrar determinados hechos; sin embargo, al introducir objetos materiales al juicio como prueba, es importante que se demuestre la cadena de custodia para demostrar su origen o procedencia lícita.

Los códigos procesales locales, establecen que cualquier otra prueba serán introducidas de manera análoga a las demás pruebas (testimonial, pericial, documental y objetos materiales) y por medio de la oralidad.

Los alegatos de clausura se llevarán a cabo, una vez que en la audiencia no existan pruebas pendientes por desahogar. Esto constituye una parte esencial en donde las partes emiten argumentos a fin de demostrar su teoría del caso, que ésta, después de desahogadas las pruebas, ha prevalecido sobre la teoría del caso de su contraparte y, su contenido y extensión dependerá del caso especial. Lo importancia de esta etapa radica en que aquí es donde se junta el derecho procesal penal con el derecho penal material u objetivo (teoría del delito). La parte acusadora es la primera en exponer sus alegatos de clausura. Una vez expuestos los alegatos de las partes, se abre al debate entorno a los alegatos en una primera ronda de exposición; el juez podrá autorizar una segunda ronda que versará únicamente sobre las cuestiones controversiales que hayan surgido de la primera; entonces, cerrado el debate, el juzgador procederá al dictado de sentencia.

Con relación a la **sentencia**, los códigos locales, grosso modo, han adoptando tres modalidades diferentes para su dictado; unos establecen que cerrado el debate se dictará sentencia y el juez, después de un receso emite ésta y la presenta ya redactada, pero si el caso lo amerita, el receso podrá ser de hasta de tres días. Otros, ordenan que cerrado el debate, el juzgador se retirará a deliberar para que con posterioridad regrese a la audiencia y establezca el sentido de la sentencia (absolutoria o condenatoria) debiendo exponer los razonamientos por los que llegó a tal determinación y tiene un plazo de hasta cinco días para redactar la sentencia; y otro más, que es semejante al anterior pero con la variante de que habrá de celebrarse otra audiencia dentro de los cinco días, para individualizar la pena si la sentencia es condenatoria, en la que se podrán aportar pruebas para tal efecto.

Un tema de suma importancia es la **valoración de la prueba**. Tradicionalmente, se habla que existen dos sistemas de valoración: el sistema tasado (sistema inquisitivo) en donde el valor de la prueba está determinado en la propia ley y, el sistema libre (sistema anglosajón) en donde el valor de la prueba lo determina un jurado (jueces legos) sin que deban de justificar el porqué le dieron valor o no a determinada prueba.

En nuestro país, utilizamos un sistema de valoración libre pero con lógica llamado sistema de valoración de sana crítica; en éste, quien emite la sentencia podrá valorar libremente las pruebas pero tendrá que explicar porqué valoró en tal o cual sentido la prueba con argumentos racionales a través de los principios de la lógica (jueces profesionistas).

Ahora bien, la Constitución establece que la valoración de la prueba será libre y lógica, haciendo una referencia evidentemente al sistema de la sana crítica; sin embargo, algunos códigos locales, de manera errónea y muy criticable, han introducido dos elementos más: las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos, conceptos que resultan subjetivos, yendo más allá del texto constitucional. La valoración lógica no necesariamente implica que todas las pruebas tengan que estar valoradas conforme a los silogismos lógicos, sino que los argumentos sean capaces de resistir un razonamiento en contra, es decir, que sean razonables, y lo razonable es cuando a la vista de un tercero es objetivamente aceptable o válido lo que se está diciendo.

Un punto importante de la sentencia es el veredicto de la culpabilidad. La Constitución estatuye que el juez sólo dictará sentencia condenatoria cuando tenga convicción de la culpabilidad del acusado del acusado. Entendiéndose por culpabilidad, la responsabilidad penal del acusado; en tanto al concepto de convicción puede entenderse, acorde a las máximas del juicio oral, como la verdad relativa o aproximativa, que vaya más allá de la duda razonable; concibiendo ésta, como la duda basada en la razón y que cualquier persona podría abrigar.

REINSERCIÓN SOCIAL Y FUNCIÓN DE LA PENA

Jorge Ojeda Velázquez



Magistrado
Jorge Ojeda Velázquez

Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y cuenta con Doctorado en Derecho Canónica por la Universidad Pontificia en Roma, Italia.

Ha sido docente en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, Universidad Autónoma del Estado de México, Universidad de Guanajuato, Universidad de Guadalajara y Universidad de Oaxaca

Entre sus publicaciones están “Derecho de Ejecución de Penas”, “Derecho Punitivo”, “Teoría sobre las consecuencias Jurídicas del Delito” y “Derecho Constitucional”.

Fue titular del Juzgado Quinto de Distrito en Materia Penal en el Estado de Jalisco y, actualmente, es Magistrado del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Primera Región en el Distrito Federal.

1.1. SINOPSIS HISTÓRICA

El vigente artículo 18, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que:

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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 compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.”

Sin embargo, el objetivo asignado constitucionalmente a la pena privativa de libertad no ha sido el mismo, como advertimos de su sinopsis histórica.

En efecto, al analizar el contenido del artículo 22 de la Constitución liberal-democrática de 1857, encontramos en ella, además de la afirmación de una genérica instancia de humanización de las penas, al prohibir la “mutilación, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otra pena inusitada o trascendental”, el reconocimiento de una precisa exigencia racional e ideológica, como lo es el respeto a la dignidad de la persona, toda vez que dichas penas lastimaban, y lesionan todavía hoy, la integridad físico-psíquica del reo, que es un todo unitario.

En esta posición ideológica, de defensa de los derechos del hombre, se llegó al compromiso político de admitir la pena de muerte (artículo 23 constitucional) sólo “al traidor a la Patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, a los delitos graves del orden militar y a los de piratería que definiera la ley”, puesto que el avance cultural y la consolidación de la nación mexicana en aquellos tiempos exigía una sanción proporcionada a las más graves formas de delincuencia y a las más abyectas manifestaciones de voluntad dirigidas a la perturbación del naciente orden jurídico, pues la mayor parte de ellas estaban encaminadas principalmente a la no instauración del régimen liberal.

El título I de aquella Constitución “De los Derechos del Hombre” defendía, entre otras cosas, la libertad espiritual del ciudadano, al establecer en el artículo 16 que “nadie puede ser molestado en su persona... sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Por ello, el artículo 23 constitucional no le asignaba ninguna finalidad a la sanción, y no porque en aquel entonces no se hubiera establecido aún el régimen penitenciario, sino porque la esencia de la ideología política liberal, y con ella la del derecho penal liberal, es el respeto absoluto a la libertad de conciencia del individuo, es decir, a su selección de vida.

El paso del Estado liberal en México a un tipo social-democrático a través de la Revolución de 1910-1917, señala también el cambio de finalidad en la ejecución punitiva. El original artículo 18 de la Constitución de 1917 ordenaba que “los gobiernos de la Federación y de los Estados organizaran en sus respectivos territorios el sistema penal (colonias, penitenciarías o presidios) sobre la base del trabajo **como medio de regeneración**”. Las reformas de 1965 agregarían otros medios, como la capacitación para el trabajo y la educación, para **alcanzar la readaptación social del delincuente**.

Al identificar con “la regeneración” o con “la readaptación social” la finalidad del sistema penitenciario nacional, y con ello el objetivo específico de la pena de prisión, el nuevo Estado socialdemócrata conservó a grandes líneas los conceptos jurídicos fundamentales de todo Estado de derecho. Sin embargo, como Estado social que era, intervencionista por naturaleza, al inmiscuirse tanto en la vida económica de los ciudadanos como en la esfera de la privacidad de los condenados violaba veladamente las garantías individuales de éstos en aras de una supuesta reincorporación a la sociedad, pues este nuevo planteamiento ideológico en la ejecución de la sanción asigna a la misma la función de prevención especial de delitos a través de la reeducación de los condenados.

La prevención especial, así pues, movió la atención del objeto y sujeto de estudio de la sanción: de la norma jurídica penal al hombre delincuente; de la culpabilidad como parámetro de la pena, a la peligrosidad social como medida indeterminada de defensa social, es decir, como medida de seguridad impuesta por la conducta de vida del autor del delito, invadiendo áreas que pertenecen al foro interno de los hombres.

Las reformas del 18 de junio de 2008 al artículo 18 constitucional mueven ahora la atención de los criminólogos enamorados de la “readaptación social” a la de “reinserción social”, conceptos que no dejan de estar vinculados al primero, porque la readaptación a los valores de la sociedad que el hombre delincuente rechaza, era el objetivo que se deseaba lograr a fin que fuese reinsertado al núcleo social que lo vio delinquir. Pero me parece que con la reforma se respeta esa libertad de escoger entre el bien y el mal, y se espera que, al obtener su libertad el reo, haya introyectado el efecto intimidatorio de la pena sufrida en prisión y sepa escoger entre volver a ella o seguir gozando de la misma.

El concepto reinserción significa volver a encauzar al hombre delincuente dentro de la sociedad que lo vio cometer un delito.

Siendo, en efecto, el comportamiento criminoso la consecuencia de un desajuste social del individuo, una forma de reacción a los esquemas y valores de la sociedad a la cual el delincuente pertenece y que no logra aceptar o asimilar, la reinserción va dirigida a obtener la responsabilización del reo hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro, sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, sea el reconocimiento de su culpabilidad o de los errores cometidos en el pasado.

Básicamente, los medios para lograrla son aquellos enumerados en el aludido precepto magno y los que la criminología clínica aconseja. De la misma manera que los médicos tratan a los enfermos, así los técnicos penitenciarios, a través de un tratamiento individualizado, desean sanar al hombre delincuente de esa rara enfermedad llamada delito.

Enorme es el valor que se atribuye a estos medios, en torno a los cuales gira prácticamente todo el tratamiento penitenciario moderno: al **trabajo** se le reconoce el mérito de combatir el ocio, de sacudir al detenido del aburrimiento físico y moral, de templar su cuerpo en la disciplina y apoyarlo espiritualmente al hacerlo sentirse en cualquier modo útil. A la **educación** se le da el mérito de combatir la ignorancia, que a menudo es la causa de los errores, y de elevar el espíritu, a fin de que el hombre ya no esté sujeto a su instinto, sino a su libre albedrío. Las **actividades culturales, recreativas y deportivas** tienen el mérito de mejorar el nivel cultural y las condiciones físico-

psíquicas de los detenidos, además de apagar esa carga de agresividad que generalmente se acumula en los sujetos sometidos a un régimen restrictivo de la libertad personal. A las **actividades religiosas** se les reconoce el mérito de confortar al preso, de infundirle resignación cristiana, de apoyarlo moralmente, de hacerle reevaluar el significado del bien y de hacerle nacer el deseo de sentirse en paz consigo mismo y con la sociedad. A los **coloquios epistolares y telefónicos** concedidos al detenido para que se comunique con el mundo exterior, se le reconoce la función de no aislar a estas personas de la sociedad de donde originalmente provienen, para así conservar, fortalecer y, en su caso, restablecer las relaciones familiares, de amistad y de compañerismo que han dejado afuera y que en esos momentos cruciales de su vida tanto necesitan. A la **visita íntima** se le reconoce el doble el mérito de lograr tanto la salud psíquica del detenido como el de reinstaurar las relaciones conyugales. Las **psicoterapias individuales y de grupo** tienen el mérito de descubrir las causas de la inadaptación y las formas de ayuda para superarlas y adquirir una nueva conciencia que le haga percibir la anormalidad de su comportamiento pasado, le haga aceptar aquellos valores y esquemas que primero rechazaba y, sobre todo, le haga desear vivir correctamente en sociedad.

1.2. Epistemología sobre la función de la pena

El primer problema que el segundo párrafo del artículo 18 constitucional pone al intérprete es, según nuestra opinión, aquél de dejar en claro si la función de reinserción atribuida a la pena corresponde a la fase de la conminación legislativa o a la aplicación judicial de la misma, o bien, solamente a la disciplina de la ejecución penal.

La tesis que resuelve tal cuestión en el último sentido de la alternativa puesta, es la correcta; en primer lugar, porque valoriza al máximo la interpretación gramatical de la norma a estudio, apuntando sobre el perfil formal de su expresión sintáctica:

Artículo.18. ...

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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 eficacia persuasiva de tal interpretación pudiera desviarse si tomamos en cuenta que en México el sistema penitenciario, tanto federal como estatal, está compuesto por reclusorios o centros de custodia preventiva, como por penitenciarías o instituciones de ejecución de penas, las que en su conjunto forman el llamado CERESO, Centro de Reinserción Social, lo cual contribuye más a su confusión, porque en provincia están contruidos arquitectónicamente, la mayor parte de ellos, sobre un mismo complejo penitenciario, lo cual hace creer al público no especializado que todos los ahí reclusos son candidatos constitucionales a ser reinsertados.

Y he aquí el segundo problema que el intérprete debe resolver: si la reinserción es un objetivo aplicable a toda persona que se encuentre privada de su libertad en

un instituto de custodia preventiva o sólo a los que se encuentran en un instituto de ejecución de penas, o a ambos.

Sobre un plano de interpretación literal, nosotros nos ponemos de parte de aquella cuya tesis aflora en el sentido de que la función de reinserción atribuida a las penas por el Constituyente permanente es en relación con los condenados porque así se infiere de la antigua y nueva expresión "... como medios de readaptación social del (delincuente), ahora del (sentenciado)"; y en esta última categoría jurídica se etiqueta a aquel individuo que tiene en su contra una declaratoria irrevocable de existencia del cuerpo del delito y una atribución definitiva de responsabilidad penal. De lo que se infiere que los procesados, constitucionalmente, no deben ser readaptados ni reinsertados, sino únicamente internados en custodia preventiva; y por otro lado, los procesados no se encuentran propiamente compurgando una pena, sino sujetos a una medida cautelar como lo es la prisión preventiva.

Por otra parte, de una interpretación sistemática de la última parte del primer párrafo, en relación con el segundo, del citado precepto constitucional, se desprende que si el sitio de la prisión preventiva debe ser distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados, con ello el legislador histórico quiso que no se mezclaran procesados con sentenciados, no sólo para evitar cualquier contaminación, sino también para señalar que merecían tratamientos distintos.

1.3. ¿Qué cosa se hace para lograr este objetivo?

El presupuesto indispensable para lograr la resocialización es la individualización del tratamiento. El vocablo significa que los técnicos penitenciarios deben tender a lograr una resocialización en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular las carencias físico-psíquicas que determinan su comportamiento criminoso, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto. A tal propósito, la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados prevé, en relación con los reclusos, la observación científica de su personalidad, dirigida a la búsqueda de tales carencias y de otras causas de inadaptación social.

En efecto, el artículo 6° de Normas Mínimas establece que:
"El tratamiento será individualizado, con aportación de diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales."

Ahora bien, si el tratamiento debe ser individualizado, resulta lógico que se debe efectuar con estudios muy cuidadosos de la personalidad de cada reo. Pero si como éste es cambiante, semejante a las hojas de un árbol, y muda conforme pasa el tiempo, es necesario adoptar un régimen progresivo, un tratamiento que vaya por etapas, por escalones. El artículo 7° de la Ley de Normas Mínimas establece el anterior criterio al señalar:

“El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente. Se procurará realizar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso...”

El aludido artículo 7º. establece un esquema natural de progresividad: fases de estudio y diagnóstico en primer lugar, y de tratamiento después. Durante la primera fase, realizada en el centro de observación y clasificación, se analiza a fondo la personalidad del reo. Esto permite formular un diagnóstico y un pronóstico y establecer el tratamiento que se deberá aplicar al sujeto, teniendo en cuenta sus aspectos médicos, psiquiátricos, sociológicos, psicológicos, laborales y pedagógicos.

Después de haber desarrollado este examen se inicia el periodo dinámico de la reclusión; durante su desarrollo se observará detenidamente al recluso y con base en estas observaciones se determinarán las nuevas formas de tratamiento en clasificación y en preliberación.

La clasificación de los detenidos constituye la mejor forma para lograr la individualización del tratamiento y tendrá el propósito, entre otros, de erradicar la promiscuidad, tan común en las viejas cárceles. A partir de 1917, el Constituyente originario introdujo en el artículo 18 constitucional un criterio de clasificación jurídica de los detenidos al establecer que:

Art. 18. Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto al que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados...

Esta separación que debe existir entre procesados (prisión preventiva) y condenados (reclusión penitenciaria) resulta sumamente acertada, pues en favor de los primeros existe la presunción de inculpabilidad, toda vez que no existe una condena definitiva en su contra, a diferencia de los sentenciados, en cuya confrontación existe una sentencia ejecutoriada, pues resultaría contrario a los fines del tratamiento de reinserción tener en una misma celda a un probable responsable de un delito y a un delincuente reincidente, habitual o profesional.

Las reformas de 1965 al ya citado artículo constitucional introdujeron una ulterior clasificación de tipo criminológico: hombres separados de las mujeres, así como los adultos de los menores:

“... Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

... La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad...”

La Ley de Normas Mínimas nos sigue dando los lineamientos por lo que respecta a la clasificación de los reos en atención a su peligrosidad social. Así, el segundo párrafo del artículo 6° dispone:

“... Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.”

Durante la ejecución de las penas el condenado se encuentra jurídicamente obligado a trabajar, a asistir a la escuela elemental, a observar buena conducta y a reparar el daño causado, pues de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal Federal, al cumplir las tres quintas partes de su condena (60% de la pena), si cometió delito doloso, o 50% de la misma, en caso de delitos culposos, tendrá derecho a obtener el beneficio de la libertad preparatoria. Sin embargo, no hay que perder de vista que ésta o cualquier otra medida alternativa a la detención a que tenga derecho no se obtiene de la simple suma de aquellos requisitos, si del examen de personalidad no se infiere su viabilidad de reinserción, es decir, su aptitud para volver a la vida social, a la vida en libertad.

LOS JUECES DE EJECUCIÓN DE PENAS

Frente a la pretensión del Estado de darle un sentido de utilidad a la permanencia de los sentenciados en la prisión, surge el reclamo de los presos, convertido en derecho, de que la pena privativa de la libertad se ejecute en su persona con un sentido de humanidad y respeto a sus derechos fundamentales.

Sin embargo, la idea de que los presos no poseen ningún derecho es una idea muy antigua y equivocada. En efecto, en las comunidades primitivas al delincuente se le expulsaba del grupo social al que pertenecía, lo que significaba para él la muerte civil. En el antiguo derecho inglés, el “fuera de ley” podía ser muerto por cualquier persona, sin que aquél fuese protegido por el mismo ordenamiento jurídico que osó violar.

Cuando en virtud del movimiento iluminista que recorrió toda la Europa del siglo XVIII las prisiones vinieron a sustituir a la pena de muerte y a las penas corporales, que con tanta frecuencia se utilizaban por el “Ancien regime”, la situación de los reclusos no cambió significativamente a pesar de los vientos humanistas que en dicho movimiento soplaban: el preso estaba allí en un estado de completa indefensión, sometido al poder arbitrario y despótico de la administración penitenciaria; sin ningún derecho, considerado, más que un ser humano, un objeto del cual se podía disponer libremente.

No fue sino hasta que las nuevas ideas propugnadas por los positivistas italianos, en el sentido de que al lado de la función meramente punitiva de las penas éstas deberían tener una finalidad resocializadora, que reeducaran al delincuente mediante

un tratamiento adecuado a su personalidad, que los derechos fundamentales de los detenidos empezaron a ser tomados en cuenta.

Ya Filippo Grisignani expresaba que “el Estado, en uso del derecho de punir (*ius puniendi*) que tiene en relación con sus súbditos, está facultado para imponer al reo la pérdida o la disminución de bienes jurídicos, dentro de los límites fijados por la sentencia; aquél únicamente debe someterse a ella (*aliquid pati*), absteniéndose de oponer resistencia. Este esquema es muy importante, toda vez que fija para el Estado los límites de la punición y establece para el condenado la garantía de no ver disminuidos sus derechos, sino en los límites fijados por la sentencia.

Con Freudenthal se desarrolló el concepto, hoy indiscutible, de que el preso no está desprovisto de derechos y que no está entregado al arbitrio de la administración penitenciaria, siendo al contrario sujeto de derecho público, teniendo relaciones jurídicas con el Estado, de las cuales surgen derechos y obligaciones.

Con base en lo anterior podemos afirmar que el detenido, por el solo hecho de estar sometido a proceso, cumpliendo un arresto o condena, o sujeto a una medida de seguridad, no pierde la calidad de ser humano y como tal sigue conservando casi o todos sus derechos.

Jurídicamente es cierto que la sanción penal disminuye siempre un derecho subjetivo del individuo. Así, la sanción detentiva priva al individuo de la libertad personal, que es un derecho fundamental; la sanción pecuniaria priva al individuo de un bien patrimonial, que constituye también ello objeto de un derecho. La suspensión o privación definitiva de derechos para ejercer una profesión u oficio, la destitución o inhabilitación del empleo, previstos por algunos tipos penales (60, 213 bis, 219, 223, 228 fracción I, 231 del Código Penal Federal), constituyen también una disminución de los derechos subjetivos del detenido.

La suspensión de los derechos políticos contemplados por el numeral 143 del mismo Código Penal Federal, impuesto a las personas que cometen un delito contra la seguridad de la Nación, y la pérdida de la patria potestad señalada por el numeral 266 bis, fracción II, para los que cometan el delito de abuso sexual y violación –siempre que reúnan las calidades señaladas en dicho dispositivo–, constituyen, todos ellos, una disminución de los derechos subjetivos de los detenidos.

Así pues, partiendo de la idea de que la pena, de cualquier tipo que ésta sea, representa siempre el sacrificio de un número más o menos amplio de derechos subjetivos, se debe llegar a la conclusión fundada de que todos aquellos derechos del individuo que no forman parte del contenido de la pena se les deben ser reconocidos, no obstante su estado detentivo, es decir, no obstante se trate de una persona privada de su libertad.

ESQUEMA JURÍDICO

Para llegar a tener una visión clara de cuáles y cuántos pueden ser estos derechos, los podemos dividir en tres niveles diversos:

1. *A nivel constitucional.* En esta categoría podemos permanecer sorprendidos de la cantidad de derechos constitucionales que un detenido posee, y si éstos no vienen a ser disminuidos por una sentencia, el sujeto privado de su libertad debe ejercerlos. Si tomamos, por ejemplo, la pena detentiva, el contenido de limitación, el sacrificio del derecho que ella contiene, es aquél de la exclusión del derecho de la libertad personal de locomoción.

Ahora que la Constitución otorga a toda persona el derecho a la salud (artículo 4° constitucional), en consecuencia también el detenido tiene derecho a que su salud sea asegurada; porque si no fuese así, veríamos que a la pena detentiva se acabaría por agregar una pena corporal, toda vez que entrar en una cárcel sano para compurgar “x” años de detención y después salir de ella enfermo, significaría que el sujeto ha debido soportar no sólo la privación de la libertad, sino también la disminución de su salud y, por consecuencia, soportaría una pena corporal, que desde hace mucho tiempo fue prohibida en todos los ordenamientos modernos de derecho penal.

Así, aunque el artículo 11 constitucional conceda al individuo la garantía para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes, es obvio que el detenido, en virtud de cualquier título privativo de la libertad, debe estar dentro de un instituto carcelario y no puede salir de él cuando quiera, como puede hacerlo el ciudadano común y libre.

El artículo 21 constitucional establece que por la infracción a un reglamento gubernativo, como lo es un reglamento de reclusorios, la autoridad administrativa (director de prisión) únicamente podrá castigarlo con arresto hasta por treinta y seis horas; sin embargo, el artículo 148, fracción VI, del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal impone como sanción privativa de libertad hasta quince días.

Por muchos años se ha discutido si la persona detenida tiene o no el derecho de otorgar su voto en las elecciones políticas o administrativas que se celebren en su país. La respuesta ha sido negativa, aduciendo varios motivos: uno muy curioso es aquel argumento que expresa que sería muy peligroso hacer ejercitar el derecho de voto a los detenidos porque romperían el equilibrio electoral, cuando por lógica sabemos que los detenidos son siempre los que se oponen al sistema y, por lo tanto, habrían decididamente votado en contra del partido dominante. Otra dificultad que se hace revelar es aquella material de proceder a la expresión del voto por parte de los detenidos, es decir, la imposibilidad de llevar las urnas al interior de un establecimiento carcelario y la respectiva integración de la mesa electoral.

Aquí en México, nosotros pensamos que todos estos problemas políticos y materiales pueden ser superados y que la prerrogativa del ciudadano de votar en las elecciones (artículo 35 constitucional) debe ser respetada aunque se encuentre privado de su libertad personal. Porque si bien es cierto que la suspensión de esta prerrogativa la hace el artículo 38 constitucional en sus fracciones II y VI:

“Los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

- I.
- II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión.
- III.
- IV.
- V.
- VI. Por sentencia ejecutoriada que imponga como pena esa suspensión.”

También lo es que debemos propugnar porque la fracción II de este dispositivo constitucional sea derogado, toda vez que en favor del procesado opera la presunción de inculpabilidad y la de inocencia hasta que no se pruebe lo contrario y esto vendría a ser en el proceso penal, que terminará con una sentencia ejecutoriada en tal sentido. Pero aun así, si aquella sentencia de condena no impone como pena esa suspensión (fracción VI), el sujeto privado de su libertad debe ejercitar esta prerrogativa. En la práctica se traduciría en que los únicos que no podrían ejercitar el derecho de voto serían los condenados por delito de carácter político, o sea los detenidos que hubieran cometido los delitos de rebelión, sedición, motín y el de conspiración, señalados por los artículos 130, 131, 132 y siguientes del Código Penal Federal, pero únicamente durante el tiempo que dure su condena.

Sin embargo, la legislación ordinaria penal es más benévola al manifestar en su artículo 46 que:

“La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. *La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.*”

De donde podemos observar que existe un conflicto aparente entre estas dos normas: una colocada sobre el plano constitucional (artículo 38 fracción II); la otra, a nivel de ley secundaria (artículo 46 último párrafo). La primera es negatoria de los derechos subjetivos de los procesados: la segunda es más benévola para con ellos, porque establece que la suspensión de sus derechos comenzará a partir de la fecha en que la sentencia emitida se convierta en ejecutoria.

¿Problema de inconstitucionalidad del artículo 46 del Código Penal?

Si por desgracia el trabajo penitenciario no fuese remunerado, contraviniendo lo dispuesto por el artículo 123 constitucional y así pues, aunque sea sin lucro excesivo, pero si el Estado explotara el trabajo de los presos sin retribuirlo, tendríamos que ver con que a la pena privativa de la libertad se le agregaría una pena pecuniaria, porque la mercancía-trabajo es sustraída al detenido y no le es pagada en ninguna manera.

2. *A nivel de los derechos civiles.* Los derechos civiles son todos aquellos derechos que son reconocidos por la ley ordinaria civil a un individuo, desde que éste es concebido en el seno de su madre. Entre los principales podemos mencionar el derecho que tiene a percibir alimentos, el derecho a administrar sus propios bienes, a casarse, a ejercitar la patria potestad conjuntamente con el cónyuge, el derecho que tiene a hacer su testamento, a ser tutor, curador, albacea, etc.

También en esta materia podemos afirmar que cuando la ley reconozca un derecho subjetivo a un detenido y éste no forma parte del contenido de la pena, el sujeto privado de su libertad debe ejercitarlo. Existen determinados delitos que tienen como consecuencia la pérdida de la patria potestad, tutela y privación de los derechos de familia (arts. 335, 336, 343 y 343 bis del CPF); en estos casos, el sujeto no puede pretender ejercitar más estos derechos, debido a la sentencia de condena en tal sentido.

3. *A nivel de "status" personal.* Son aquellos derechos que derivan de su particular estado de detención, sea como arrestado, procesado, condenado o sujeto a una medida de seguridad.

Obviamente, por lo que respecta a los procesados, las limitaciones son más reducidas de cuanto sucede para con los condenados, e incluso en algunas legislaciones penitenciarias avanzadas, como la italiana, la española y la francesa, a los procesados les es permitido someterse o no al tratamiento penitenciario toda vez que existe en su favor la presunción de inculpabilidad hasta que la sentencia definitiva no pruebe lo contrario y, en consecuencia, gozan de un estatuto especial.

A propósito, no debe de olvidarse que el artículo 10 párrafo 2 letra a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos manifiesta:

“Los procesados estarán separados de los condenados y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.”

Y que además, en el “Ensamble des Règles Minimales pour le Traitement des Détenus”, emitido por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Crimen y el Tratamiento de los Delincuentes, en Ginebra en el año de 1955, se encuentra un grupo de normas (arts. 84 a 93) que regulan la posición de las “Personnes Arrêtées ou en Détention Préventive”, dándoles un tratamiento especial de acuerdo con su condición jurídica.

Por lo que respecta a nuestra Ley de Normas Mínimas de 1971 y al Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal de 1979 y 1990, la impresión que se obtiene de su lectura analítica es bastante desconsoladora en orden a la posición reservada a los procesados. En efecto, de los 18 artículos que componen dicha Ley, uno solo, y por cierto el último, hace mención a los procesados. No existe un grupo autónomo –y esta crítica va dirigida al Reglamento de Reclusorios –, unitariamente sistematizado en un mismo título, capítulo o sección, de normas dedicadas a los detenidos en custodia preventiva. Al contrario, existen disposiciones particulares para cada instituto penitenciario, para

cada aspecto particular de la vida carcelaria de los procesados, respecto a los cuales, y al menos formalmente, su posición carcelaria se diferencia de aquella de los condenados y de los sujetos inimputables.

Esto no es otra cosa que, como sucede también en las legislaciones extranjeras, la expresión de un fenómeno general que identifica al procesado como un culpable, que estigmatiza a una persona que por primera vez ha ido a prisión preventiva, como si a sus espaldas existiera ya un delito y responsabilidad comprobada; y en consecuencia, al discutir el actual ordenamiento penitenciario, el legislador mexicano tuvo como mira prevalentemente los intereses y las expectativas de los condenados, sin tener en la justa consideración que los procesados constituyen la mayor parte de la población carcelaria y, por ende, en esta proporción sus derechos deberían estar en primera fila en nuestros ordenamientos penitenciarios.

Fundamentalmente, al señalar el “status” del procesado en el interior de la comunidad carcelaria, el artículo 36 del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal señaló que “el régimen interior de los establecimientos de reclusión estará fundado en la presunción de inculpabilidad de los internos”, es decir, que éstos vienen considerados como no culpables hasta la condena definitiva; pero inexplicablemente los sucesivos artículos 60 y 61 del mismo ordenamiento penitenciario señalan que:

“Art. 60. En las penitenciarías y reclusorios preventivos se aplicará el régimen penitenciario progresivo y técnico, que constará de periodos de estudio de personalidad, de diagnóstico y de tratamiento de los internos.”

“Art. 61. En el tratamiento que se dé a los internos *no habrá más diferencias que las que resulten por razones médicas, psicológicas, psiquiátricas, educativas o de aptitudes y capacitación en el trabajo.*”

De donde se deduce que los detenidos-procesados no son sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas, y por lo tanto están obligadas jurídicamente a someterse al tratamiento penitenciario, violándose con ello el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de los Individuos.

Nosotros pensamos que el tratamiento penitenciario dado a los detenidos-procesados debe consistir en una invitación personal a fin de que participen desde su examen de personalidad, clasificación en dormitorios, hasta su tratamiento en readaptación y se reincorporen a su misma obra reeducadora. Porque tal parece que el actual tratamiento dado a los procesados es una obligación a la que hay que someterse, es una imposición que el Estado hace a los procesados, porque aquél, en un momento histórico, lo consideró como parte de su política criminal y, por consecuencia, los detenidos no tienen facultad de escoger el someterse o no al tratamiento, contradiciendo con ello el propio espíritu del artículo 36 del Reglamento, toda vez que la reclusión preventiva debe estar fundada en la presunción de inculpabilidad de los detenidos.

Sin embargo, al tratamiento penitenciario todos los detenidos son sometidos, tanto inocentes como culpables. ¿Cómo readaptar socialmente a una persona inocente, como lo son muchos de los procesados?

El tratamiento penitenciario nos ofrece un elegante pretexto para negar los derechos fundamentales del hombre, en nombre de la readaptación del delincuente.

Es tiempo de abandonar la
“noble mentira” para reafirmar la
supremacía del derecho.

Persona: Centro de Imputación de Derechos y Obligaciones; la persona privada de su libertad es una persona humana.



Todos aquellos derechos de los presos que no forman parte del contenido de la sentencia les deben ser reconocidos, no obstante estar privados de su libertad.

A nivel constitucional	Art. 1°.-	Derecho a no ser discriminado
	Art. 3°.-	Derecho a la educación básica
	Art. 4°.-	Derecho a la salud
	Art. 6.-	Derecho a la información y libertad de pensamiento
	Art. 7°.-	Derecho a la libertad de escribir y publicar
	Art. 8°.-	Derecho de petición
	Art. 14.-	Garantías de audiencia y de taxatividad en el procedimiento disciplinario
	Art. 16.-	Inviolabilidad del domicilio
	Art. 18.-	Derecho a la reinserción social
Art. 123.-	Derecho a un salario por el trabajo realizado en internación	

A nivel de los derechos civiles	Derecho a la vida
	Derecho a casarse
	Derecho a hacer su testamento
	Derecho de familia
	Derecho a administrar sus propios bienes
	Derecho a ejercer la patria potestad

**A nivel de su
“status personae”
(procesado,
sentenciado,
internado)**

1. Los procesados deben estar separados de los sentenciados. Los inimputables de los imputables. Los jóvenes de los adultos, las mujeres de los hombres.
2. El tratamiento penitenciario únicamente debe ser aplicado a los sentenciados.
3. A los procesados no se les debe aplicar el estudio psicológico de personalidad, con base en el principio de presunción de inculpabilidad.
4. A los procesados no se les debe obligar a trabajar porque el tratamiento penitenciario, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, sólo es aplicable a los sentenciados.
5. Los beneficios preliberacionales, libertad preparatoria y remisión parcial de la pena deben concederse mediante procedimiento judicial en el que intervengan el reo y su defensor, así como el ministerio público, en el que se respete la garantía de audiencia .

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las reformas constitucionales del 18 de junio de 2008 modifican el artículo 21 de nuestra Carta Magna para quedar, en su párrafo tercero, de la siguiente manera:

“... La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.”

Para vigilar su duración darán cuenta los jueces de ejecución de penas, quienes mediante el control jurisdiccional que ejerzan en el procedimiento liberatorio otorgarán

la libertad preparatoria o anticipada, los beneficios preliberacionales o la remisión parcial de la pena a los sentenciados.

En nuestro sistema penitenciario mexicano, la dirección y el control de la ejecución de la pena privativa de la libertad personal están actualmente en manos del Poder Ejecutivo, que lo ejerce a través del director del establecimiento carcelario.

El director del establecimiento, además de ejercer los poderes propios para organizar, coordinar y desarrollar las actividades relativas al funcionamiento del establecimiento carcelario, adopta todas las iniciativas tendientes a lograr el buen desenvolvimiento de los programas del tratamiento y proveer al mantenimiento de la seguridad, el orden y la disciplina, valiéndose de la colaboración del personal de custodia, administrativo y técnico del reclusorio para lograr los objetivos trazados por su programa de administración.

Pero en la tarea de dirigir y controlar la buena marcha de la institución, el director no se encuentra solo para cumplir semejantes tareas. En efecto, el artículo 9 de la Ley de Normas Mínimas para Sentenciados crea en cada establecimiento, sea de custodia preventiva o de ejecución de pena, un Consejo Técnico Interdisciplinario, con una doble función:

- a) Consultiva, por lo que respecta a la aplicación individual del sistema progresivo, la ejecución de medidas preliberacionales, la concesión de la remisión parcial de la pena y de la libertad preparatoria o anticipada, y
- b) Discrecional, por lo que respecta a las sugerencias que haga a la autoridad ejecutiva del reclusorio, de medidas de alcance general para la buena marcha del mismo.

DERECHO COMPARADO

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 traducía en abusos y despotismos por parte de 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 las 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.

Como sabemos, en el Procedimiento Penal se ha procurado siempre comprobar los elementos del delito y la responsabilidad de su autor; y por muchos años, una vez

que la pena ha sido pronunciada y la sentencia convertida en definitiva, el Poder Judicial se ha desentendido de la ejecución del título privativo de la libertad personal y se lo ha encargado al Poder Ejecutivo, que lo ejerce a través del director del reclusorio.

En Europa, de la fase de control y dirección administrativa de la ejecución de las penas se ha pasado a la fase del control jurisdiccional, cuyas matrices han sido no sólo la lucha, aceptación y reconocimientos de los derechos subjetivos de los detenidos, sino también la forma de garantizarlos, en caso de que sean violados por la administración penitenciaria.

De esta manera ha nacido el problema del control jurisdiccional de la ejecución de las penas. 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 aquélla de tutelar los derechos subjetivos que pertenecen al individuo.

En esta materia, Italia, Francia y España han sido de los primeros países que han reconocido la exigencia del control jurisdiccional de la ejecución de las penas para garantizar los derechos subjetivos de los detenidos.

Vale la pena recordar que el principio de la 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 la de vigilar la ejecución misma de las penas.

El control jurisdiccional sobre la ejecución de las penas tuvo larga acogida en Italia con los códigos penales de 1930 y el Reglamento de los Institutos de Prevención y Pena de 1931. El juez de vigilancia, en este último abrogado Reglamento, tenía las siguientes funciones, que podemos resumir así:

- a) Inspectivas. Que se concretaban a la vigilancia sobre el tratamiento carcelario de los condenados (artículo 40 del Reglamento de 1931).
- b) Consultivas. Concretándose a la formulación de pareceres sobre las peticiones de concesiones de la libertad condicional hechas por los detenidos, y sobre las propuestas de gracia hecha por el director (artículo 633 ex. del Código de Procedimientos Penales Italiano).
- c) Deliberativas. Concretándose a una serie de decisiones jurídicas concernientes a la asignación de los detenidos a un establecimiento en particular, la admisión al trabajo fuera del instituto carcelario, a la decisión sobre algunas reclamaciones hechas por el detenido a la administración penitenciaria (ex. artículo 634 del Código de Procedimientos Penales).

Con la entrada en vigor del nuevo ordenamiento penitenciario italiano (Ley número 354 del 26 de julio de 1975 y su respectivo Reglamento de Ejecución número 431, del 29 de abril de 1976), el principio de la jurisdiccionalización de la ejecución penal, tímidamente actuado en el Reglamento de 1931, encuentra finalmente plena realización a través de las previsiones relativas a las nuevas tareas asignadas a los jueces de vigilancia, a la institución de la Sala de Vigilancia y al procedimiento jurisdiccional para obtener e impugnar, en caso de negativa, los beneficios y medidas alternativas a la detención que el mismo ordenamiento penitenciario italiano concede a los condenados.

EL JUEZ DE VIGILANCIA EN EL ORDENAMIENTO PENITENCIARIO ITALIANO

El Juez de Vigilancia es un órgano judicial único que vigila la organización de los Institutos de Prevención y de Pena y con especial interés controla que el tratamiento reeducativo sea efectuado de conformidad a lo dispuesto por las leyes y en el respeto de la dignidad de los detenidos (artículos 68 y 69 de la Ley número 354 del 26 de julio de 1975).

Ejercita además la vigilancia dirigida a asegurar que la ejecución de la custodia preventiva sea efectuada en conformidad a las leyes y el Reglamento. Aprueba el programa de tratamiento y cuando observa en ello cualquier elemento que constituya violación a los derechos del condenado o del internado, lo devuelve con las pertinentes observaciones a fin de que se formule nuevamente. Decide sobre las reclamaciones de los detenidos y de los internos sobre la observancia de las normas concernientes a:

- a) La atribución del puesto de trabajo, el sueldo que un detenido debe recibir por tal trabajo, y vigila que el detenido esté asegurado médicamente.
- b) Vigila por el cumplimiento del principio de legalidad penitenciaria, el ejercicio del poder disciplinario por parte del director y que el derecho de defensa del detenido esté garantizado.
- c) Provee con ordenanza sobre la remisión de la deuda que el detenido debe al Estado, sobre los permisos solicitados por los mismos detenidos y en caso de que alguno de ellos necesite intervenciones médicas quirúrgicas que no estén al alcance de la administración penitenciaria proporcionarles, provee su transición a un hospital civil.
- d) Autoriza la utilización, por parte del detenido, del fondo de ahorro en caso de urgente necesidad.
- e) Provee sobre la transferencia de los detenidos-procesados a un instituto de ejecución de pena, después de que su sentencia ha causado ejecutoría.

Sala de Vigilancia. Es un órgano colegiado compuesto por un magistrado de vigilancia con funciones de magistrado de apelación, que la preside; por un juez de vigilancia y dos profesionistas escogidos entre aquellos expertos en psicología, servicio social, psiquiatría, pedagogía o criminología.

La tarea principal de esta Sala de Vigilancia es otorgar, previa solicitud y después de un procedimiento jurisdiccional, los beneficios y medidas alternativas que el ordenamiento penitenciario italiano concede a los condenados e internados, tales como el someter a prueba a un detenido al Servicio Social, revocación anticipada de medidas de seguridad, otorgamiento de la semilibertad, la reducción de la pena para la liberación anticipada, etc. (artículo 70, Ley 354 de 1975).

Procedimiento de Vigilancia. Una vez que el presidente de la Sala o el juez de vigilancia hayan recibido la solicitud por parte del detenido o la propuesta por parte de la administración penitenciaria para gozar de algún beneficio o medida alternativa a la detención, invita al interesado a nombrar a su defensor. Cuando el interesado no lo haga dentro del término de cinco días contados a partir de la notificación, el defensor es nombrado de oficio por el juez o por el presidente de la Sala. Sucesivamente, el juzgador fija con decreto el día de la audiencia de ley y ordena que el Ministerio Público sea notificado y comunicada esta fecha al interesado y a su defensor al menos cinco días antes de la audiencia. Ésta se desarrolla con la participación del defensor y del ministerio público. El interesado puede participar personalmente en la discusión y presentar alegatos.

En la audiencia pueden ser recibidos los documentos relativos a la observación y al tratamiento y cuando es necesario proveerse de otros medios de prueba, se recibe en dicha audiencia la opinión de peritos en los términos del tratamiento.

La decisión que concluye el procedimiento de vigilancia es comunicada al ministerio público, al interesado y al defensor en el término de diez días después de la fecha de la audiencia deliberativa.

Contra la sentencia del juez de vigilancia o de la Sala, el ministerio público y el interesado pueden proponer recurso de apelación o de casación, respectivamente, por violaciones de leyes al procedimiento o de fondo, dentro del término de diez días a partir de la comunicación de dicha decisión.

Cuando la instancia para iniciar el procedimiento de vigilancia aparezca manifiestamente infundada por defecto de las condiciones que exige la ley, o constituya una reproducción de una instancia ya rechazada basada sobre los mismos elementos, el juez o el presidente de la Sala, sintiendo el parecer del ministerio público, emite un decreto motivado con el cual declara inadmisibile la instancia y dispone no dar lugar a proceder. El decreto es comunicado dentro de cinco días al interesado, quien tiene la facultad de oponerse dentro del término de los cinco días siguientes a partir de la comunicación misma, haciendo solicitud de reclamación. Luego que el detenido se ha opuesto al decreto de no admisibilidad, el presidente da curso al procedimiento de apelación o de casación (arts. 71, 71 bis, 71 ter, 71 cuater, 71 quinquies y 71 sexies).

En nuestra segunda edición del Derecho de Ejecución de Penas de 1985, editorial Porrúa, propusimos un procedimiento liberatorio sumario, semejante a aquel que se lleva a cabo en los juicios de amparo indirecto, en el que interviene no sólo el solicitante o candidato a la liberación, sino también el ministerio público, interesado también él como representante de la sociedad en que algunos presos no salgan de la cárcel hasta en tanto no cumplan totalmente sus condenas; en suma, propugnamos un procedimiento adversarial y contradictorio cuya duración no fuera mayor a 30 días.

TÍTULO CUARTO DEL PROCEDIMIENTO LIBERATORIO

87. El condenado que se crea con derecho para solicitar cualquiera de los beneficios o medidas alternativas a la prisión señalados en esta Ley de Ejecución, ocurrirá por escrito al juez de ejecución del Centro de Readaptación Social donde se encuentre detenido, alegando la causa o causas en que funda su petición y acompañará las pruebas respectivas o indicará, bajo protesta, el lugar donde éstas se encuentren.

Se admitirá en estos casos todo medio de prueba.

88. Recibida la solicitud, el juez de ejecución solicitará al director del centro penitenciario el Expediente Único Interdisciplinario, y en un término no mayor de ocho días contestará la petición, dando vista al Ministerio Público.

89. Si ésta fuera fundada, citará al Consejo Técnico Interdisciplinario en un plazo no menor de 15 días ni mayor de 30 días hábiles, a fin de que emita su opinión.

Si no es fundada la solicitud, se mandará archivar.

El sentenciado y su abogado, así como el ministerio público, podrán participar personalmente en la sesión, presentar pruebas, desahogarlas contradictoriamente y presentar alegatos.

90. La decisión será tomada al final de la audiencia o a los cinco días a más tardar de celebrada ésta.

En el caso de que vencido este último plazo no se haya dictado resolución, se otorgará automáticamente la medida alternativa a la prisión que corresponda.

De no proceder, se mandarán archivar las actuaciones, pero el director del centro estará pendiente de la fecha en que pueda ser propuesto nuevamente como candidato el sentenciado.

91. Contra la negativa a otorgar la medida liberatoria procede el recurso de apelación ante la Sala Penitenciaria.

92. Contra esta última decisión, el interesado podrá promover el amparo directo por violaciones al procedimiento o de fondo, si por virtud de aquéllos hubiesen sido violadas sus garantías constitucionales.

CONCLUSIONES

1ª Es saludable que después de veinticinco años de estar luchando en México a fin de que el Poder Judicial tomara la posta de las sentencias ejecutoriadas y vigilara su legal cumplimiento, por fin las reformas constitucionales del dieciocho de junio del año dos mil ocho cumplieron este sueño.

2ª Nos auguramos que esta institución penitenciaria se imponga también en los reclusorios a través de los jueces de custodia preventiva para vigilar que a los procesados se les respeten sus derechos fundamentales, sobre todo aquel de que en el procedimiento disciplinario se respete su garantía de audiencia y no se le imponga sanción privativa de libertad en los “apandos” o “marraneras” más allá de las treinta y seis horas que señala el artículo 21 constitucional.

3ª Ahora sí los condenados podrán salir de la penitenciaría gozando de la libertad preparatoria o anticipada exactamente el día que cumplan las 3/5 partes de su condena; o un año antes, gozar de sus beneficios preliberacionales o que les tomen en cuenta en la remisión parcial de la pena los días laborados en prisión y la aplicación en su favor del famoso “2 x 1”.

4ª Habrá un juez del Poder Judicial que vigile el respeto a sus derechos fundamentales, a una correcta clasificación en dormitorios, a conocer su tratamiento personalizado; a recibir un salario, al menos el mínimo por un trabajo personal subordinado, dentro de las prisiones; a ser asegurado médicamente; a impugnar los castigos desproporcionados; a reclamar las prohibiciones de recibir visitas familiares, íntimas o de amigos; a exigir su ahorro en caso de necesidad urgente y una alimentación adecuada, así como un trato humano, etc.

5ª Tendrán derecho a que un abogado los defienda de cualquier acto de autoridad violatorio de sus garantías y a estar presentes en los procedimientos que se instaren por o en su contra.

BIBLIOGRAFÍA

CUELLO CALÓN, E., *La Moderna Penología*, Tomo I, Editorial Bosch, Barcelona, 1958.

HENTING H., *La Pena*, trad. Espasa Calpe, Madrid, 1967.

OJEDA VELÁZQUEZ, J., *Derecho de Ejecución de Penas*, Editorial Porrúa, México, 1984.

OJEDA VELÁZQUEZ, J., *Derecho Punitivo. Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, Trillas, México, 1993.

OJEDA VELÁZQUEZ, J., *Derecho Constitucional Penal*, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2005.

PROYECCIÓN DE LAS REGLAS
DE REINSERCIÓN DESDE
LA PERSPECTIVA SOCIAL EN MÉXICO

Juan José Olea Valencia



Magistrado

Juan José Olea Valencia

Especialista en Criminología, Maestro en Ciencias Penales por el Instituto Nacional de Ciencias Penales y profesor certificado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación de la reforma al Sistema de Justicia Penal.

Fue asesor de la Fiscalía General del Gobierno de Guatemala para la creación de las unidades de atención a víctimas y del Instituto de Capacitación de la Fiscalía, además de Director de Capacitación de Agentes del Ministerio Público de la Federación y Peritos Profesionales del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Actualmente, es Coordinador General del Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

INTRODUCCIÓN

Las personas que están privadas de su libertad forman parte de la sociedad, y su condición no impide que conserven la mayoría de sus derechos fundamentales. Por tanto, la actitud de defender la dignidad de la persona constituye un hito decisivo en la prevención de la criminalidad y en el fortalecimiento de la seguridad pública; de ahí que destaquemos que la noción de los derechos de los internos en centros penitenciarios constituye el fundamento de toda política penal nacional, es decir, preventiva, que se interesa por la seguridad pública y el bienestar de los ciudadanos, así como por el respeto irrestricto de los derechos humanos.

De ahí la noción de que entre los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos, el que con más frecuencia ha sufrido atentados por parte de los órganos del Estado es el de la libertad personal, cuya privación, frecuentemente acompañada por la limitación de muchos otros derechos, viene a constituir una grave irrupción en la esfera de los derechos del individuo. Por tal motivo, la manera en que un Estado “trata” a las personas que han sido privadas de su libertad personal resulta significativa si partimos de un Estado de Derecho como principio de capital importancia para creer en un reconocimiento y respeto por los derechos humanos.

En la actualidad, la situación del sistema penitenciario es complejo, ya que atraviesa por problemas tales como la sobrepoblación, la corrupción, la escasez presupuestal, el deterioro del principio de legalidad, la violación a los derechos humanos y el endurecimiento penal, entre otros.

Ello debido a que durante los últimos años la delincuencia ha experimentado en México un crecimiento asombroso, motivo por el cual se han elaborado reformas a los códigos para endurecer las penas y las medidas administrativas para prolongar la estancia en prisión.

Resulta notoriamente significativo que la corrupción sea el encadenamiento de actitudes sin moral, las cuales tienen asiento en quienes desconocen el valor de su dignidad personal, de su esencia trascendente, en aquellos que alguna vez escucharon los enunciados éticos pero no los vincularon con su esencia personal.¹ Por tal motivo, lo más importante es la protección a las víctimas, la reparación integral, la verdad y la justicia para ellas. Así, la función que ahora corresponde a fiscales, investigadores, defensores, jueces y procuradores en el manejo y aplicación del sistema de justicia penal, definitivamente debe estar influida por el sentimiento ético de la vida, entendido éste como un sentido de auténtico compromiso.

En suma, el respeto por la dignidad humana logrará, con la nueva reforma penal, su verdadero esplendor, que, al circunscribirse en el propio Código Penal la doctrina y la jurisprudencia, realizará una efectiva y práctica vocación democrática. Se está, pues, afrontando una verdadera y revolucionaria modificación a la justicia penal, diferente por supuesto al desarrollo de la acción penal que en la actualidad ejerce el Estado a través del Ministerio Público (MP) para perseguir los delitos.²

¹ Azaola, Elena, *Crimen, castigo y violencias en México*, México, CIESAS, Flacso, 2008, p.117.

² El 18 de junio de 2008 se publicó en el DOF el decreto por el cual se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, 73, 115 y 123 de la CPEUM.

1. La construcción de un nuevo paradigma: de la resocialización y la readaptación hacia la reinserción social

1.1. *Derecho de ejecución penal*

A través del tiempo, la sociedad ha utilizado en todas sus épocas instrumentos de control contra aquellas conductas lesivas a los contenidos fundamentales de su cultura, siendo la pena la principal estrategia de control, la cual ha evolucionado de ser primordialmente un castigo corporal hasta convertirse en restrictiva de libertad personal. Su contenido ha sido afflictivo, retributivo, intimidatorio o de defensa social, que ha transitado hacia la readaptación social. Se trata, pues, de una humanización de las cárceles que ha venido acompañada, desde una perspectiva doctrinal y actuación pragmática, de las ciencias del hombre para el estudio de la personalidad del delincuente.

Como señala Jorge Ojeda Velázquez, la dirección científica en la ejecución de las penas está enfocada al tratamiento del delincuente, de carácter individual, pues se ha demostrado que no basta reprimir o castigar, sino curar y readaptar. Lo define, por consiguiente, como el conjunto de normas jurídicas que se encuentran insertas en diferentes disposiciones legislativas o reglamentarias, que tienen por objeto regular el estado restrictivo de la libertad personal, sea en el ámbito de un establecimiento penitenciario creado para tal efecto, o bien, una vez que el individuo ha cumplido parte de su pena y se encuentra en libertad.³

De esta manera, el derecho de ejecución de penas, a través del derecho penitenciario y los tratamientos penitenciarios, tiende a garantizar por medio de normas jurídicas tanto la potestad que le asiste al Estado (*ius puniendi*) para castigar y reeducar a sus súbditos cuando éstos han violado las normas jurídicas de convivencia y son internados en un establecimiento de penas, como la facultad que le asiste al detenido a fin de que las sanciones se ejecuten en su persona, con un predominante sentido de garantía de sus derechos más elementales, que como ser humano le son inherentes y reconocidos por diferentes ordenamientos jurídicos.

Es precisamente la penitenciaría el lugar donde los delincuentes pueden ser aislados de las malas influencias, tanto de la sociedad como de sus demás compañeros de internamiento, de manera que puedan reflexionar sobre sus actos y, a la vez, realizar un trabajo productivo que les ayude a reformarse para regresar a la sociedad como ciudadanos útiles.

1.2. *Derecho penitenciario*

Por derecho penitenciario se entiende el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución. Para Cuello Calón el derecho de ejecución penal “contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado”,⁴ esto es, implica un sentido de garantía ejecutiva de las penas en beneficio del sentenciado,

³ Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho de Ejecución de penas*, 2ª edición, México, Ed. Porrúa, 1985, p.3.

⁴ Cuello Calón, Eugenio, *La moderna penología, represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas de seguridad, su ejecución*, Barcelona, Bosch, 1958, p.13.

que complementa las garantías de tipo penal y criminal que se tienen durante todo el proceso penal, lo cual introduce un principio de legalidad en el proceso de la ejecución de penas.

Tomando la definición de Cuello Calón, señala Malo Camacho que la esfera de estudio del derecho penitenciario son las medidas de seguridad. De ahí que para este tratadista mexicano la pena se defina en sentido lato, con las alternativas de pena en sentido estricto, aplicada a los sujetos imputables, susceptibles de entender su acción readaptadora y como medida de seguridad en función de su peligrosidad.⁵

En este sentido, al ser la pena privativa de libertad la más estudiada por su naturaleza y características, constituye la parte toral del derecho penitenciario por ser la que requiere de más amplia y cuidadosa reglamentación, pues la libertad es uno de los bienes más preciados por el ser humano. A la luz de estas consideraciones, podemos afirmar sustancialmente que el “derecho penitenciario es el conjunto de disposiciones legales que regulan la relación jurídica surgida a través de un título de ejecución privativo de la libertad personal (sea auto de formal prisión o sentencia) entre el detenido y la administración del centro penitenciario en que se halle aquél, sujeto a proceso o compurgando su pena”.⁶ Precisa, de este modo, el contenido de la pena fijando su aplicación a fin de que ésta logre los fines jurídicos y sociales que se propone alcanzar (retribución, intimidación, corrección o readaptación y actualmente reinserción).

1.3. *Análisis de la reforma penal: artículo 18 constitucional*

Con la reforma del 18 de junio de 2008 se prevé el establecimiento de un nuevo paradigma en cuanto al sistema de ejecución de sanciones, al suprimir el concepto readaptación social (concepción psicológica) y sustituirlo por el de reinserción social (concepción sociológica). Para ello, en materia de seguridad y justicia la reforma tiene como objetivo vincular el Sistema Nacional de Seguridad Pública con la protección de los derechos humanos y obligar a las autoridades federales, estatales y municipales a coordinarse de manera más estrecha para compartir bases de información sobre la criminalidad y el personal de las instituciones policiales. Además de profesionalizar a fiscales, policías y peritos, regular la selección, ingreso, formación y permanencia del personal, certificar competencias y abrir espacios a la participación social en la evaluación.

La reforma contiene los principios rectores del derecho penitenciario, albergando las máximas disposiciones relativas a la ejecución de penas en nuestro país; es decir, señala que el sitio destinado a prisión preventiva será distinto del designado para la extinción de penas y además deberán estar completamente separados, indicando que el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte serán los 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. Asimismo, establece que los reos por delitos del fuero común podrán compurgar su pena en un centro penitenciario cercano a su comunidad, lo que busca facilitar su reinserción social. Así, el concepto que ha

⁵ Mendoza Bremauntz, Emma, *Derecho Penitenciario*, México, McGraw Hill, 1998, p.3.

⁶ Ojeda Velázquez, Jorge, *op.cit.*, p.8.

adoptado la teoría jurídica que se encarga del estudio de la aplicación de la pena, se trata del cumplimiento efectivo de la pena privativa de libertad dentro del derecho ejecutivo penal. En términos generales, determinar la pena será fijar cuáles han de ser las consecuencias jurídicas que debe producir el injusto penal. Esto lo hará el juez tomando en cuenta la gravedad del hecho, su naturaleza y las condiciones que concurren en el autor.

Para conceptuar el término readaptación haremos mención al proceso de encajar en algo, de ser uno parte del todo, por lo cual readaptar socialmente significa volver a encajar en el núcleo social a quien quedó fuera del mismo por haber violado la ley penal, es decir, volver a ser apto para vivir en sociedad. Actualmente, con la reforma penal, se cambia a reinserción, cuyo prefijo “re” significa volver y la palabra “insertum” que implica colocar, momento en el que el sujeto queda de nueva cuenta incorporado a la sociedad.

De esta manera, el propósito que se debe dar a los internos es lograr modificar sus tendencias delictivas a través del trabajo, capacitación, educación, salud y deporte, y por estos medios prepararlos para que en el momento de obtener su libertad cuenten con las herramientas necesarias y suficientes para tener un mejor desempeño en sociedad y por ende no vuelvan a delinquir, ya que se busca no castigar al delincuente, sino ayudarle a dejar los hábitos que lo llevaron a cometer delitos y apoyarle para que se transforme en un ser humano que sea de utilidad para la sociedad.

1.4. *Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones*

Esta ley consta de 6 capítulos, el primero, intitulado del Objeto y Ámbito de Validez, establece las bases legales del sistema penitenciario federal, la administración de la prisión preventiva, punitiva, así como las medidas de vigilancia especial. Asimismo, determina la competencia del Poder Judicial y el Poder Ejecutivo Federal con relación a la ejecución de las penas. El segundo capítulo, intitulado Del Sistema Penitenciario, establece las disposiciones que en materia de seguridad, administración y operación regularán las instalaciones y los centros penitenciarios. En el capítulo tercero, Del Régimen Penitenciario, se señalan las obligaciones y derechos de los internos procesados, sentenciados y preliberados, su régimen de disciplina interno, así como las sanciones por infracción al régimen de disciplina. Particularmente, en este capítulo se definen los procedimientos que se aplicarán en este nuevo sistema de reinserción, desde la evaluación inicial, clasificación, atención técnica interdisciplinaria, seguimiento y reclasificación, programas de preliberación y reincorporación, hasta el procedimiento de la libertad vigilada.

El capítulo cuarto, intitulado Regímenes Especiales, regula los centros especiales y medidas de vigilancia especial, así como las medidas de seguridad en internamiento a inimputables y enfermos mentales, mismos que tendrán un régimen especial de carácter médico, con la finalidad de proveer al interno el tratamiento médico y técnico multidisciplinario orientado a su padecimiento. En el capítulo quinto, De la Duración y Modificación de la Pena, se norman los procedimientos para la ejecución de las sanciones penales, los sustitutivos y la condena condicional, así como los beneficios de preliberación, en los que la autoridad judicial desempeña un papel fundamental por corresponder a ésta la imposición o modificación de la naturaleza y duración de las penas.

Por último, el capítulo sexto, Del Desarrollo Profesional Penitenciario, establece las normas que regirán la carrera penitenciaria, los esquemas de profesionalización, la certificación y el régimen disciplinario del personal penitenciario, lo cual deberá alienarse a las disposiciones contenidas en la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

En efecto, la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones se fundamenta en los principios democráticos del Estado de Derecho, ya que la autoridad penitenciaria y judicial intervendrá en el mismo procedimiento de ejecución. Así, la creación de un marco normativo específico permitirá garantizar la seguridad y el adecuado funcionamiento de los centros penitenciarios federales, bajo un régimen de disciplina estricto pero respetuoso de los derechos humanos, facilitando una administración eficiente, transparente y coordinada con todas las autoridades involucradas en el tema penitenciario.

En el Distrito Federal la ley que regula el sistema de reclusorios y centros de readaptación social es el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social, publicado en 1992, el cual está constituido por 177 artículos y dividido en XVI capítulos. El primer capítulo precisa que la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social deberá integrar, desarrollar, dirigir y administrar el Sistema de Reclusorios y Centros de Readaptación Social. Los capítulos siguientes reglamentan aspectos relativos a los reclusorios preventivos; los reclusorios de ejecución de penas privativas de libertad; el sistema de tratamiento (dividido en cinco secciones: generalidades, trabajo, educación, relaciones con el exterior, servicios médicos); el consejo técnico interdisciplinario; instituciones abiertas; reclusorios para el cumplimiento de arrestos; personal de las instituciones de reclusión; instalaciones de los centros penitenciarios; régimen interior de los centros; módulos de alta seguridad; supervisión y traslados.⁷

2. El sistema penitenciario mexicano

Con el texto de John Howard “El Estado de las prisiones” se desarrollaron algunos principios en materia penitenciaria, como son el principio de la humanización de las penas, la pena como medio de prevención y seguridad social, la cárcel es la custodia del ciudadano y el trabajo como pena dentro de las prisiones, la idea de la clasificación por grupos, de la división de los detenidos, atendiendo al sexo y el aislamiento celular nocturno. De lo anterior, se derivó el hecho de que la cárcel fue entendida como instrumento de corrección ética, además de ser el lugar para combatir y controlar la delincuencia común.

En este sentido, el artículo 18 constitucional establece los principios rectores del sistema penitenciario y con base en estos principios los Estados y la Federación han expedido diversas leyes, códigos y reglamentos para llevar a cabo una justa ejecución de las penas privativas de la libertad, tomando como base los principios que la Ley Suprema

⁷ Mendoza Bremauntz, Emma, *op.cit.*, p. 258.

establece relativos a dar cumplimiento al mandamiento constitucional que consiste en dar la debida ejecución de las penas de prisión. Asimismo, en el artículo 4 de la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones se define al sistema penitenciario como el conjunto de principios, normas e instrumentos para la organización y ejecución de la prisión preventiva y de otras medidas cautelares personales vinculadas a la vigilancia de las sanciones penales que importan privación o restricción de la libertad individual, de las medidas de vigilancia especial, así como del seguimiento, control y vigilancia de los preliberados, integrada por órganos y autoridades encargadas de la reinserción.

El sistema penitenciario comprende los siguientes elementos: internos, personal penitenciario, organización y funcionamiento de centros e instalaciones penitenciarias federales, infraestructura penitenciaria y atención técnica interdisciplinaria.⁸ Actualmente existen diversas disposiciones que el Ejecutivo, a través de sus órganos gubernamentales, debe observar para la ejecución de las penas de prisión, adecuar las conductas de las personas que dañen los bienes jurídicos, dentro de un tipo penal, estableciendo al mismo tiempo una sanción para aquellos cuya conducta encaje en la del tipo penal, teniendo como finalidad la corrección y reinserción del delincuente. En la actualidad existen en la República Mexicana un total de 447 centros penitenciarios que, de acuerdo con el tipo de autoridad que los tiene a su cargo, se distribuyen de la siguiente manera:

SISTEMA PENITENCIARIO NACIONAL

CENTROS DE RECLUSION	NUMERO	*CAPACIDAD
Gobierno Federal	6	6,192
Gobierno del Distrito Federal	10	18,340
Gobiernos Estatales	336	135,978
Gobiernos Municipales	95	3,357
Total	447	163,867

Fuente: Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social

• Cifras contempladas hasta 2010

De ahí que una de las preocupaciones más frecuentes en nuestro país sea el sistema de justicia penal; es decir, la situación que guardan actualmente los centros penitenciarios. Para ello, el Gobierno federal ha implementando la denominada “Estrategia Penitenciaria 2008-2012”, que consiste en desarrollar el sistema penitenciario del país y crear el nuevo modelo penitenciario, cuyas líneas de acción son las siguientes: 1) sistema objetivo de recepción y clasificación de internos; 2) desarrollo del modelo de supervisión directa y el sistema de administración de casos; 3) programa de infraestructura penitenciaria; 4) formación y profesionalización del personal penitenciario; y 5) homologación de los

⁸ Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, artículo 7.

procesos y reglamentación de la operación del sistema penitenciario. Las dos primeras líneas de acción están directamente relacionadas con el fortalecimiento del proceso de reinserción social, en tanto que las tres últimas sientan las bases para una operación segura y moderna de los centros penitenciarios.⁹

2.1. Factores que inciden en el incremento de la población penitenciaria

Entre los factores que inciden en el incremento de 100% de la población penitenciaria del país en las últimas décadas, se encuentran los siguientes: a) incremento en los índices delictivos; b) reformas a los códigos que han endurecido las penas, y c) medidas administrativas que prolongan la estancia en prisión.¹⁰

De acuerdo con las estadísticas reportadas en el Cuarto Informe de Ejecución en el Plan Nacional de Desarrollo, en el rubro “Fortalecimiento del sistema penitenciario”, para diciembre de 2010 ascendió la población penitenciaria nacional a 219,027 internos, de los cuales 175,405 (80.1%) corresponden al fuero común y 43,622 (19.9%) al fuero federal. Por género, se compone de 95.5% de varones y 4.5% de mujeres.¹¹ Cabe mencionar que 58.3% del total de la población penitenciaria son internos sentenciados y 41.7% están sujetos a proceso.

Los problemas asociados con la sobrepoblación se ven agravados por la dispersión de la infraestructura penitenciaria, lo cual provoca desequilibrios en la distribución de la población de internos y el uso adecuado de la infraestructura existente: 199 (46%) de los centros de reclusión del país experimentan sobrepoblación; 91 instalaciones penitenciarias (21.21%) concentran 50% de la población penitenciaria (Baja California, Distrito Federal, Jalisco, Estado de México, Puebla y Sonora), mientras que el restante 50% se ubica en 401 centros (93.5%).¹² Para el mes de enero de 2011, la sobrepoblación del Sistema Penitenciario Mexicano fue de 21%, lo que representa un déficit de 39,501 espacios.

Para diciembre de 2010, en los ocho centros de reclusión federal se tenía una capacidad conjunta de 13,220 espacios. La población penitenciaria federal fue de 12,405, superior en 87.3% respecto al año anterior, de los cuales 97.4% son hombres y 2.6% mujeres. Por fuero, se dividen de la siguiente manera:¹³

- Fuero común: 2,557 (20.6%), de los cuales 172 están sujetos a proceso y 2,385 cuentan con sentencia.
- Fuero federal: 9,848 (79.4%), de los cuales 4,175 están sujetos a proceso y 5,673 cuentan con sentencia.

Dichos porcentajes no se han alterado significativamente durante la última década.

⁹ 4º Informe de Ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.

¹⁰ Azaola, Elena, “El sistema penitenciario mexicano” en Arturo Alvarado Editor, *La reforma de la Justicia en México*, COLMEX, 2008, p. 752-760.

¹¹ 4º Informe de Ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.

¹² Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, se reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, p.2.

¹³ *Ibidem*.

Por otra parte, entre 2009 y 2010 la infraestructura penitenciaria tuvo el siguiente avance:¹⁴

- En el complejo penitenciario de “Papantla Veracruz” se tuvo un avance promedio de 14% en la construcción, rehabilitación y adecuación de 12 módulos para albergar a 1,600 internos sentenciados.
- En el complejo penitenciario Islas Marías se avanzó 60% en la construcción de estancias de segregación de internos de mediana y alta peligrosidad.
- En el Centro Federal de Readaptación Social (Cefereso) 4 “Noroeste” se realiza la ampliación de 1,500 espacios de reclusión para contar con una capacidad total de 2,860.
- En el Cefereso “Guasave, Sinaloa” se llevan a cabo los estudios preliminares y anteproyecto para la creación de dos módulos de máxima seguridad, se hace la construcción de vialidad alterna de salida y se amplían los talleres y servicios generales, pregarita y garita de acceso, cuarteles para custodios y policías federales.
- En los Ceferesos 1, 2, 3 y 4 se avanzó 55% en la construcción de la segunda etapa de cuarteles para custodios y policías federales.

Quizá el desafío no sólo estriba en modernizar la infraestructura penitenciaria como se ha dado cuenta, sino además elaborar una política articulada y consistente que enfrente la criminalidad dentro de un marco de respeto a la legalidad y a las garantías constitucionales, ya que resulta evidente el castigo diferencial dirigido sólo a quienes no pudieron evitar ser procesados y sentenciados.

3. La reinserción social

En la reforma de Justicia Penal y Seguridad Pública se ha dado un cambio de nomenclatura, denominándole “reinserción social” y aplicando “nuevos” elementos para su logro. Ahora bien, no podemos apartarnos de la idea de que en la prisión en muchas ocasiones opera más la disocialización que la reinserción, cumpliéndose así el fenómeno de la prisionalización.

Sin embargo, llegar a la idea de la reinserción social no ha sido fácil, se ha recorrido desde John Howard hasta llegar a las ideas positivistas de Roxin para comprender que la privación de libertad debe aprovecharse para alcanzar fines preventivos. En efecto, la idea sería reducir el uso de la prisión con todo un abanico de sustitutos penales; pero cuando sea necesaria su utilización, hacerlo con la pretensión de la readaptación social o reinserción social, siempre y cuando se reestructure el sistema penitenciario, pero no solamente en la norma jurídica o en la nomenclatura, sino en la realidad.

De acuerdo con la premisa constitucional contenida en el artículo 18, señala que el sistema penitenciario¹⁵ se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Marco del Pont, Luis, *Derecho Penitenciario, México*, Cárdenas, 1984, p.135, y Azaola, Elena y Bergman, Marcelo, *El Sistema Penitenciario Mexicano*, http://repositories.cdlib.org/usmex/prajm/Azaola_bergman p. 13.

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.

En este sentido, la reinserción social se define como aquellas condiciones que la ejecución, como proceso, debe proporcionar al interno a fin de que continúe con una vida en libertad que le permita su subsistencia y la de su familia en condiciones que aseguren su dignidad y la renuncia a la vida delictiva. Por ello, el interno está en posición de esperar de la autoridad penitenciaria las condiciones mínimas para el logro de la finalidad readaptadora a través de la concreción material de derechos, como el tratamiento por el que se posibilita una adecuada clasificación, educación, capacitación y trabajo.¹⁶

Una vez que se aplica la privación de libertad como sanción en la sentencia condenatoria va a tener lugar la aplicación del tratamiento penitenciario, que tiene como finalidad lograr la reinserción social, cuyo objetivo será el de reintegrar al sujeto a la convivencia dentro de la sociedad respetando la normatividad implementada. De ahí que el sistema de reinserción comprenda el Programa de Reinserción y tratamientos a través de la clasificación objetiva para determinar la Atención Técnica Interdisciplinaria a través de la cual se aplicarán los siguientes procedimientos:¹⁷

- Evaluación inicial. Consiste en la determinación de los niveles de intervención mediante la aplicación de las valoraciones técnicas por los especialistas de las áreas de salud mental, médica, educativa y laboral.
- Clasificación. Con la obtención de los niveles de intervención y el nivel de custodia se realiza la propuesta de clasificación.
- Atención Técnica Interdisciplinaria. Las áreas técnicas ingresarán al Sistema de Información Penitenciaria los datos que se generen periódicamente sobre los programas de reinserción y tratamiento.
- Seguimiento y reclasificación. Procedimiento que el órgano realizará periódicamente al interno a través del instrumento de reclasificación para proponer la permanencia, disminución o aumento del nivel de custodia asignado; será revisado por un comité de reclasificación y aprobado por el área responsable de clasificación y reinserción.
- Programas de preliberación y reincorporación. El primero está dirigido a los sentenciados próximos a obtener su libertad, con la finalidad de orientarlos en su transición a la comunidad, y el segundo está dirigido a los liberados por un beneficio de libertad, sustitutivo penal o compurgados, mediante la sentencia social que se establezca.
- Libertad vigilada. Procedimiento a través del cual se establecerá el plan de supervisión de conformidad con el nivel de riesgo determinado al sentenciado federal en libertad.

¹⁶ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, UNAM, 1993, p.14.

¹⁷ Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, artículos 78 al 88.

Asimismo, los ejes de la reinserción son los mecanismos utilizados por el Sistema Penitenciario para procurar la reincorporación de los sentenciados, los cuales serán los siguientes elementos: trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte.

3.1. Trabajo

El trabajo penitenciario, además de las limitadas actividades realizadas, se ha practicado de acuerdo con la voluntad de los internos, argumentado como fundamento la garantía consagrada en el artículo 5 constitucional en torno a la libertad de trabajo, pues en caso de obligarles se violentaría el referido precepto. Parece olvidarse que el artículo 1 constitucional es contundente al establecer que las garantías se limitan o encuentran restricciones en los casos y en las condiciones que ella misma establece. Precisamente, el trabajo como elemento para lograr la reinserción social no solamente es un derecho sino una obligación del interno aún privado de su libertad.

Por otra parte, hay que establecer las condiciones que permitan contar con algo más que las actividades rudimentarias que en la actualidad conforman el trabajo penitenciario; hay que implantar las bases para cimentar la industria penitenciaria que responda a las expectativas de un establecimiento penitenciario autosuficiente y la posibilidad de que el interno aproveche una actividad que pueda ser redituable al obtener su libertad. Para ello, el trabajo penitenciario se desarrollará en distintas áreas de los sectores productivos.

Para todos los efectos normativos, la naturaleza del trabajo penitenciario que contempla el artículo 18 constitucional es considerada en el centro e instituciones penitenciarias como una actividad con fines terapéuticos y ocupacionales y es un elemento fundamental para la Atención Técnica Interdisciplinaria. Por lo anterior, el trabajo penitenciario se sujetará a las siguientes bases mínimas:

- No tendrá carácter afflictivo, ni será aplicado como medida correctiva.
- No atentará contra la dignidad del interno.
- Tendrá carácter formativo, creador o conservador de hábitos laborales, productivos o terapéuticos, con el fin de preparar al interno para las condiciones normales del trabajo en libertad, procurando la certificación de oficios.
- Se organizará y planificará atendiendo a las aptitudes y calificación profesional o técnica, de manera que satisfaga las aspiraciones laborales de los internos.
- No creará derechos ni prestaciones adicionales a las determinadas por el programa correspondiente.
- Se realizará bajo condiciones de seguridad e higiene.
- Se crearán mecanismos de participación del sector privado para la generación de trabajo que permita lograr los fines de reinserción y otorgar oportunidades de empleo a los sentenciados reintegrados.

3.2. Capacitación para el trabajo

Se define como un proceso formativo que utiliza un procedimiento planeado, sistemático y organizado, mediante el cual los internos adquieren los conocimientos,

habilidades y técnicas necesarios para realizar actividades productivas durante su reclusión, y la posibilidad de seguir desarrollándose en libertad. De esta manera, las bases de la capacitación son: el adiestramiento y los conocimientos del propio oficio o actividad; la vocación del interno por lo que realiza y la protección al medio ambiente.

En este sentido, para lograr la impartición de la capacitación se planificará, regulará, organizará y establecerán métodos, horarios y medidas preventivas de ingreso y seguridad para la instrucción del trabajo penitenciario. Por lo anterior, es de suma importancia capacitar a los internos, empezando por la creación de talleres que cuenten con las condiciones mínimas para laborar y que sean suficientes para que todos tengan oportunidad de hacerlo. Para ello se logró la firma de 19 convenios de colaboración con los sectores público y privado, enfocados a organizar el sistema penal sobre la base de la capacitación para el trabajo y la educación; dichos convenios tienen por objeto conjuntar acciones que permitan la participación de los inversionistas privados, dependencias o entidades gubernamentales.

3.3. Educación

Otro de los elementos es la educación, el cual tiene su origen en la concepción de enlazar a la falta de formación académica con la concreción de un delito; este aspecto ya no es una regla general, sin embargo, parecería que la tendencia sigue siendo la misma, pues en la actualidad no sólo se cumple con la enseñanza obligatoria, sino que la educación penitenciaria considera la impartición de estudios de bachillerato y de formación profesional. En este sentido, la educación, más que la simple instrucción, implica aspectos como la transmisión de valores y patrones de conducta, aspectos propios de un proceso de socialización que tiene como punto de partida la familia.

Se entiende educación como el conjunto de actividades de orientación, enseñanza y aprendizaje contenidas en planes y programas educativos otorgados por instituciones públicas o privadas que permitan a los internos alcanzar niveles de conocimiento para su desarrollo personal. Asimismo, el órgano incentivará la enseñanza media superior y superior para procurar la reinserción mediante convenios con instituciones educativas del sector público, de ahí que los programas educativos serán conforme a los planes y programas oficiales que autorice la Secretaría de Educación Pública.

3.4. Salud

Uno de los derechos que deben gozar los internos procesados, sentenciados y preliberados es el servicio de salud y medicina penitenciaria, el cual tiene por objeto garantizar su bienestar físico y mental para contribuir al ejercicio pleno de sus capacidades y a la prolongación y mejoramiento de su calidad de vida. Por tal motivo, con la reforma queda establecido que los servicios de salud y medicina se brindarán en los términos de la Ley General de Salud, involucrando actividades de prevención, tratamiento, curación y rehabilitación. Asimismo, se proporcionarán a los internos servicios de salud que serán coordinados por el centro federal de salud penitenciaria, mismo que se encargará de la supervisión de la actuación médica, distribución de medicamentos, programación de

brigadas médicas y operación de las herramientas tecnológicas de punta aplicadas a los servicios de salud.¹⁸

En la ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones se estipula que los servicios médicos de los centros penitenciarios federales tendrán por objeto la atención médica de los internos desde su ingreso y durante su estadía; para ello realizarán campañas permanentes de prevención de enfermedades, otorgarán el tratamiento adecuado mediante el diagnóstico oportuno de enfermedades agudas, crónicas y crónico-degenerativas, incluyendo enfermedades mentales; coadyuvarán en la elaboración de las dietas nutricionales y suministrarán medicamentos para la atención médica de los internos.

Lo anterior, debido a que una de las problemáticas que se presenta en los sistemas penitenciarios es el tratamiento de adicciones. Según cifras oficiales de la Subsecretaría del Sistema Penitenciario, de 5 mil 471 internos que han aceptado su rehabilitación, dos mil 886 la concluyeron. De ellos, 4 mil 931 fueron hombres y 540 mujeres, y a la fecha son atendidos mil 65.

3.5. Deporte

Como parte de la Atención Técnica Interdisciplinaria se deberá participar en actividades físicas y deportivas siempre que el nivel de seguridad, custodia y estado físico lo permita. En este sentido, para la instrumentación de las actividades físicas y deportivas se planificará, organizará y establecerán métodos, horarios y medidas necesarias de seguridad y custodia para la práctica de esas actividades. En efecto, una de las críticas más insistentes que se hacen hacia la administración penitenciaria es la de no dar posibilidades suficientes a los internos para utilizar las largas horas de la jornada ocupándose en actividades que pueden distraerlos y ayudarlos en el proceso de reinserción.

3.6. Los derechos humanos y su estricta aplicación a los internos en los centros penitenciarios

Particularmente se ha intensificado el interés por asegurar el respeto a los derechos humanos en los reclusorios, que desafortunadamente constituyen un escenario propicio a la decadencia o el franco desconocimiento de estas prerrogativas fundamentales. Esta situación –en demasía lamentable– se explica en función de la naturaleza de la represión penal, así como por el escaso impacto que la doctrina de los derechos humanos ha tenido en el ámbito penitenciario mexicano. Dado que la persona privada de su libertad es un sujeto con (casi) todos los derechos, es necesario facilitarle su participación en la vida de la sociedad en todas sus dimensiones y a todos los niveles que le sean posibles. Paralelo al derecho de castigar por parte del Estado, cuyo fin es proteger el orden social, transitan los derechos del infractor en cuanto persona. De esta manera, quien delinque tiene por disposición constitucional el derecho a que se le instruya para reformarlo y reintegrarlo como ente productivo a la sociedad.

¹⁸ Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, artículo 48.

Respecto a los derechos que protegen su persona, aun cuando la libertad deambulatoria se ha visto restringida por la naturaleza de la pena de prisión, no se suspende el derecho genérico a la libertad con todas sus modalidades, es decir, pervive para el interno el derecho a la libertad de pensamiento, de creencia, al libre desarrollo de su personalidad, a la asociación y reunión pacífica, siempre que el ejercicio de estas libertades no altere el orden ni interfiera con la libertad de otros.

En virtud de ello, a pesar de la dispersión normativa y de la falta de un auténtico mecanismo de defensa de estos derechos, la Constitución reconoce un catálogo importante de derechos fundamentales de las personas que se encuentran internas en un centro de reclusión penitenciario del país y es posible determinar los cauces legales por los que pueden hacerse válidos. Así, los derechos que gozan los internos en un centro penitenciario se agrupan en función del bien jurídico tutelado, como se señala a continuación:¹⁹

Derechos que protegen su persona	Vida, salud, dignidad, integridad física y moral, libertad y condiciones físicas aceptables	-Asistencia médica, alimentación, prohibición de tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. -Libertad de pensamiento, de creencia, libre desarrollo de la personalidad -Instalaciones en óptimas condiciones e higiene														
Derechos que amparan su situación jurídica	Procesados y sentenciados	-Debido proceso legal -Presunción de inocencia -Legalidad ejecutiva -Certeza de la pena -Control judicial -Defensa y asistencia con abogado														
Derechos de que son titulares en virtud de la situación de encierro	<table border="0"> <tr> <td rowspan="2">Interno preventivo</td> <td rowspan="2">}</td> <td>Seguridad jurídica</td> </tr> <tr> <td>Separación</td> </tr> <tr> <td rowspan="2">Interno ejecutivo</td> <td rowspan="2">}</td> <td>Reinserción social</td> </tr> <tr> <td>Tratamiento</td> </tr> </table> <table border="0"> <tr> <td rowspan="4">Interno ejecutivo</td> <td rowspan="4">}</td> <td>Beneficios</td> </tr> <tr> <td>Comunicación con el exterior</td> </tr> <tr> <td>Acceso a instancias internas y externas</td> </tr> <tr> <td></td> </tr> </table>	Interno preventivo	}	Seguridad jurídica	Separación	Interno ejecutivo	}	Reinserción social	Tratamiento	Interno ejecutivo	}	Beneficios	Comunicación con el exterior	Acceso a instancias internas y externas		-Situación jurídica y localización, - Identificación -Procesados y sentenciados, hombres y mujeres, menores y adultos, sanos y enfermos -Trabajo, capacitación, educación -Evaluación periódica -Libertad preparatoria -Remisión parcial de la pena -Preliberación -Visita familiar e íntima
Interno preventivo	}			Seguridad jurídica												
		Separación														
Interno ejecutivo	}	Reinserción social														
		Tratamiento														
Interno ejecutivo	}	Beneficios														
		Comunicación con el exterior														
		Acceso a instancias internas y externas														

¹⁹ Peláez Ferrusca, Mercedes, *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México, UNAM, 2000, p. 9-10.

Por su parte, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, que se encarga de promover y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos, en su mayoría, ha expedido recomendaciones dirigidas a asuntos penitenciarios, denotando todas las deficiencias del proceso penal, desde la integración de la averiguación previa, el exceso de término constitucional para dictar sentencia, hasta el indebido tratamiento penitenciario. En materia de derechos humanos, es necesario distinguir dos circunstancias por las que una persona se encuentra interna: procesado o indiciado y sentenciado. Los indiciados gozan del derecho al debido proceso legal y la presunción de inocencia; es decir, las garantías ejercidas por el interno están necesariamente relacionadas con la protección de la legalidad en el transcurso del proceso, durante el cual se garantizará la imparcialidad y la defensa adecuada a fin de que sea oído y vencido en juicio. En tanto no se resuelva definitivamente por los tribunales la culpabilidad del interno, éste es acreedor de la presunción de inocencia, por lo que sus actuaciones ante la autoridad jurisdiccional y ejecutiva deben tomarse como las de un ciudadano libre. Así, para comprender el alcance y significados de la reforma penal hay que considerar que un elemento clave para la construcción de un proceso penal moderno, de corte acusatorio y oral, es la igualdad entre las partes dentro del proceso. Dicha igualdad debe darse en un número importante de aspectos procesales, por lo cual uno de ellos es el de la calidad de la defensa, lo que asegura que la persona imputada realmente ejerza a plenitud los derechos que le reconocen la Constitución y las leyes.

Cabe señalar que las únicas restricciones a sus derechos como ciudadano corresponden específicamente a las señaladas en la Constitución, que se refieren, sobre todo, a los derechos políticos. Sin embargo, subsisten íntegramente los derechos civiles, económicos, sociales y culturales.²⁰

La separación entre procesados y sentenciados estaba ya considerada en el artículo 18 constitucional, sin embargo, con la reforma de justicia penal y seguridad pública se busca que los procesados no convivan con los sentenciados en tanto se encuentren sujetos a la prisión preventiva, logrando evitar las consecuencias que persiguen a la estigmatización por encontrarse en un centro penitenciario, aun cuando la sentencia sea finalmente absolutoria. Es decir, se debe garantizar a la sociedad que el sujeto privado provisionalmente de la libertad durante el tiempo que tenga lugar el procedimiento penal, no correrá el riesgo de adaptarse a la subcultura que priva en las prisiones, sino que solamente se encontrará en un lugar de contención hasta en tanto y cuanto se resuelva su situación procesal.

3.7. El tratamiento como medio para una adecuada reinserción social

La reforma al artículo 18 constitucional ha considerado otros aspectos que deben ser abordados por el legislador local, como son la individualización del tratamiento penitenciario y la especialización del personal penitenciario. El tratamiento penitenciario debe ser individualizado, para ello el criminodiagnóstico, que tiene su inicio en el estudio de personalidad del sentenciado hasta llegar al pronóstico y determinación del

²⁰ *Ibid.*, p. 19.

tratamiento. De esta manera, uno de los objetivos del criminodiagnóstico debe ser el de lograr la individualización del tratamiento penitenciario puesto que son diferentes los factores que llevan a un sujeto a delinquir; también deben ser diversas las medidas comprendidas en el tratamiento para lograr la reinserción social del interno y no pensar en un tratamiento estandarizado para personas con una diferente personalidad y ubicadas dentro de un contexto diferente.²¹

Como señala Carlos García Básalo, el tratamiento penitenciario es la aplicación intencionada a cada caso particular de aquellas influencias específicas reunidas en una institución determinada para remover, anular o neutralizar factores relevantes de inadaptación social del delincuente. Sin embargo, en relación con el seguimiento y evaluación del tratamiento, permite condicionar los grados por los que atraviesa éste, lo cual se traduce en beneficios del régimen para el interno. De esta manera, el tratamiento debe estar establecido, verificado y evaluado por personal especializado en diversas ramas del conocimiento científico y no por cualquier tipo de personal penitenciario.

Así, el grupo técnico interdisciplinario es quien determina y ejecuta el tratamiento penitenciario, obviamente, el grupo que contribuye con su trabajo a que el interno logre ser apto para la reintegración social. Al igual que muchas áreas que combaten la antisocialidad, el personal penitenciario requiere de profesionalización, puesto que es el que mantiene un contacto más cercano con el interno. Por ello, la selección del personal debe ser rigurosa y evitar la llegada de funcionarios que ven en la institución penitenciaria un escalón más en sus pretensiones políticas, pero que se encuentran lejos de estar comprometidos con la cuestión penitenciaria. Asimismo, la profesionalización del personal penitenciario no solamente implica una formación ya de psicólogos, médicos, pedagogos, juristas, etcétera, con un conocimiento profundo de los aspectos penitenciarios, sino también el mejoramiento de sus prestaciones laborales y una continua actualización.

3.8. Desafíos de la reinserción

La reinserción impone necesariamente cierta cantidad de espacio en función de los objetivos de la pena, por ello se requiere un espacio en donde se promueva el desarrollo positivo del interno, como el trabajo, la capacitación, el esparcimiento y la promoción de la cultura; también un espacio que promueva la participación individual y colectiva de manera pacífica y creativa. No obstante, para autores como Baratta resulta imposible creer en lograr reeducar al reo en el interior del sistema penal y propone un cambio: entender la reinserción y reintegración social dentro del mismo ambiente en el que se han producido los conflictos de desviación, por lo que el objeto del tratamiento es postpenitenciario.²²

Aunado a lo anterior, los consensos establecidos, entre ellos los aprobados por diversas organizaciones internacionales, coinciden en que cualquier política para la reinserción social debe ser de índole integral. La siguiente propuesta sería más útil: si el objetivo central consiste en reinsertar al sentenciado a la sociedad, deberán incluirse, además de trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, y otros

²¹ Elena Azaola, Crimen, *Crimen, castigo y violencias en México*, op.cit., p. 79.

²² Baratta, Alejandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986, p.193.

aspectos como la seguridad y adecuada infraestructura, como se puede ver en el siguiente diagrama:



Fuente: Elaboración propia

Los requisitos para ponerla en marcha serían los siguientes: dirección, coordinación, consenso, confianza y voluntad política para construir una alternativa para el futuro.²³ Si tomamos en cuenta que uno de los principales problemas a los que se enfrenta el compurgado es la imposibilidad de incorporarse a una fuente de trabajo ante la existencia de los antecedentes penales, al implementar la estructura correspondiente se podría pensar en que la industria penitenciaria serviría, incluso, en la aplicación de un tratamiento postpenitenciario, ya que al compurgado que tenga buen historial laboral se le colocaría en las instalaciones que la empresa participante tenga fuera de la Institución penitenciaria, reduciendo su angustia al no encontrar trabajo y la posibilidad del reciclaje delictivo. Con relación a una adecuada infraestructura penitenciaria se han destinado elevadas partidas presupuestales para la construcción de nuevos centros penitenciarios, los cuales deben permitir la realización de actividades con seguridad y dignidad, permaneciendo en tiempo y espacio con criterios de sustentabilidad. Con ello podrá resolverse el mayor problema que impera en los centros penitenciarios: el sobrecupo; por ejemplo, en celdas para 3 personas duermen 10 y otras que, teniendo lugar para 5, habitan más de 20 personas.

Respecto a la seguridad, es bien sabido que la falta de recursos financieros y de personal calificado repercute en la carencia de sistemas de seguridad confiables y en la ineficiencia de las funciones de custodia, ya que éstas no se efectúan conforme a las leyes y reglamentos, propiciando altos niveles de corrupción en todas sus formas: tráfico de influencia, rezago en la revisión de expedientes, introducción, venta y consumo de drogas, extorsión, prostitución, impunidad, violencia y hacinamiento.²⁴ De esta manera,

²³ Arroyo Juárez, Mario, "Evaluación de la estrategia de cero tolerancia en la Ciudad de México" en Arturo Alvarado Editor, *La reforma de la Justicia en México*, COLMEX, 2008, p. 417.

²⁴ Azaola, Elena, Bergman, Marcelo: El Sistema Penitenciario Mexicano, http://repositories.cdlib.org/usmex/prajm/Azaola_bergman p.14.

el sistema penitenciario deberá contar con una plataforma tecnológica de información y seguridad a través de tecnología aplicada a la supervisión exterior e interior.

Dentro de las líneas de acción del nuevo modelo penitenciario para fortalecer el proceso de reinserción social, entre enero y diciembre de 2010 se llevó a cabo lo siguiente:²⁵

- Se desarrolló un sistema de recepción y clasificación de internos, procesados y sentenciados con ponderadores que permiten una medición objetiva de capacidades y necesidades que facilitan la estructuración de tratamientos progresivos individuales.
- En cuanto a la prueba e implementación del sistema de clasificación en el Centro Federal de Readaptación Social 5 “Oriente”, se clasificaron 1,397 internos; en el Complejo Penitenciario Islas Marías, 1,690, y en los Centros Federales 1, 2, 3 y 4 se clasificaron 3,665 internos y reclasificaron 2,966.
- A efecto de mejorar el instrumento de clasificación se agregaron dos factores y se modificaron los rangos de medición, lo que permitió establecer tratamiento de readaptación de internos de acuerdo con sus capacidades
- Para contar con personal capacitado para la clasificación y reclasificación, así como en los componentes de la reinserción social, se impartieron 4 cursos a 113 servidores públicos.
- El número de internos que recibió tratamiento contra adicciones en centros federales fue de 2,749.
- Los internos que participaron en actividades laborales y capacitación para el trabajo fueron 4,850 y 664, respectivamente.
- Se concluyeron los trámites para la firma del contrato de adquisición de una Guía General para la atención integral de la población penitenciaria reclusa en los centros federales en materia de abuso, comorbilidad (enfermedades relacionadas con el abuso de drogas) y dependencia de adicciones, así como de otros trastornos psiquiátricos y psicológicos.
- El 29 de noviembre de 2010 inició el curso de capacitación para 154 internas del Complejo Penitenciario Islas Marías con el objetivo de contribuir a la reinserción social, fomentando la equidad de género a través del trabajo penitenciario.
- La Unidad de Asuntos Legales y Derechos Humanos del Órgano Administrativo Desconcentrado de Prevención y Readaptación Social, dio vista al OIC respecto de 19 quejas recibidas en contra de personal penitenciario por presuntas violaciones al Reglamento de los Centros Federales de Readaptación Social.
- A fin de establecer una política uniforme en materia de reincorporación social y apoyo postliberacional a nivel nacional, se efectuaron 14 visitas a las entidades federativas y se mantuvo permanente comunicación telefónica y por correo electrónico. En cada visita se promovió la creación de patronatos, así como la estrategia para integrar a los sectores público, privado y social para asumir el

²⁵ 4º Informe de Ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 y 3er Informe de Labores del Poder Ejecutivo 2009.

compromiso de recibir en la sociedad a cada uno de los liberados, preliberados y externados, reincorporándolos como entes activos y productivos en su familia y sociedad.

- Se creó el Sistema de Información para la Readaptación Social a fin de contar con un registro confiable de internos federales en centros de readaptación social de los estados en actividades laborales y de capacitación.
- Se recibieron 603 quejas de la CNDH por presuntas violaciones al Reglamento, de las cuales 404 fueron concluidas.

4. Hacia la construcción de un eficaz sistema penitenciario: algunas perspectivas

Desde luego que las carencias organizacionales y las deficiencias funcionales van a tener sus repercusiones en la generación de obstáculos para alcanzar el fin de la Reinserción Social. De tal manera que se encuentran focos de corrupción, sobrepoblación, falta de personal capacitado, constante violación de los derechos de los internos, baja participación de los internos en actividades laborales y educativas, ausencia de instalaciones funcionales. Por ello, una de las debilidades más significativas del régimen penitenciario se ubica en el hecho de que se privilegia la tarea de hacer cumplir la pena privativa de libertad por encima de la reinserción social del delincuente. Por tal motivo, con la reforma de 2008 al sistema de justicia penal se prevé la existencia de personal debidamente capacitado, equipo técnico necesario, con infraestructura penitenciaria adecuada donde se albergue dignamente a quienes se encuentran privados de su libertad. En particular, se trata de evitar que los internos que han cumplimentado su sentencia y han obtenido su libertad vuelvan a delinquir.

De esta manera se hace referencia a los patronatos para liberados, que son organizaciones de la mayor importancia para la evaluación de las actividades de reinserción, con lo que se puede, por una parte, conocer la eficacia e ineficacia de esta reincorporación a la sociedad, pero también prestan el apoyo necesario para ciertos momentos de debilidad y desesperanza que pueden agobiar a los liberados e inducirlos a la comisión de nuevas actividades delictivas.

El Reglamento del Patronato de Asistencia para Reincorporación Social por el Empleo en el Distrito Federal, que entró en vigor en septiembre de 1982, tuvo el propósito de proporcionar asistencia moral, económica, jurídica y social a las personas libertadas que por sentencia ejecutoriada hayan sido objeto de sanción privativa de la libertad, con el objeto de lograr su reincorporación a la sociedad. En este sentido, resulta trascendental crear en cada entidad federativa patronatos para liberados para prestar asistencia moral y material a los que fueron privados de su libertad por cumplimiento de condena o por libertad procesal, absolucón, condena condicional o libertad preparatoria.

Cabe mencionar que dicho Reglamento es muy breve ya que consta de 20 artículos en dos capítulos, el primero relativo al otorgamiento de beneficios y a la organización, y el segundo a la integración y atribuciones del Consejo de Patronos, del Comité de

Patrocinadores y a las funciones del director del Patronato. Básicamente, el propósito del Reglamento es establecer estrategias y políticas generales en la gestión del empleo para encauzar en los ámbitos laboral y familiar a los liberados.

Sergio García Ramírez ha señalado en diversos trabajos la importancia que reviste el apoyo postinstitucional a los internos una vez que han obtenido su libertad, sea por haber cumplimentado su sentencia, o bien, por haber obtenido alguno de los beneficios que la legislación establece para graduar la duración de la pena de prisión. Por ello, el apoyo a los internos consiste en procurar su reinserción a las actividades laborales y la continuación de la capacitación y adiestramiento iniciados en los centros penitenciarios.

Cuando se hace realmente un tratamiento se logra algún cambio de actitudes, se capacita laboralmente al interno, pero desafortunadamente, al estar libre se le cierran todas las puertas y no hay trabajo digno o no encuentran oportunidades laborales, lo que finalmente lo lleva a reincidir. Para erradicar esta práctica, se creó en 2007 el Sistema de Información para la Readaptación Social²⁶ a fin de contar con un registro confiable de internos federales en centros de readaptación social de los estados en actividades laborales y de capacitación. Asimismo, con la Secretaría del Trabajo y Previsión Social se prepararon las bases de colaboración entre el Servicio Nacional del Empleo y las autoridades penitenciarias de las entidades federativas, para conjuntar estrategias que beneficien a la población sentenciada del fuero común y el fuero federal a través del otorgamiento de becas de apoyo a la capacitación para el trabajo, que permitan al interno integrarse con ventajas al sistema productivo del país.

A fin de establecer políticas uniformes en materia de reinserción social y auxilio postliberacional a nivel nacional, la SSP efectuó 14 visitas a las entidades federativas para promover la creación de patronatos, así como la estrategia para integrar a los sectores público, privado y social para asumir el compromiso de recibir nuevamente en la sociedad a cada uno de los liberados, preliberados y externados, reincorporándolos como entes activos y productivos en su familia y la sociedad.

CONCLUSIONES

Considerando que el artículo 124 constitucional tiene reservadas ciertas facultades a las entidades que componen la Federación, se puede inferir que la competencia del Gobierno Federal de una parte, y de los gobiernos de los estados federados por otra, es de organizar en sus respectivos territorios el sistema penitenciario, el cual deberá hacerse con la tecnología que garantice la seguridad en el interior de los centros penitenciarios y recuperar su sentido original como instancias de control de presuntos responsables y sentenciados.

Sin duda, la Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Sanciones constituye el marco normativo que podrá garantizar la seguridad y el adecuado funcionamiento de los centros penitenciarios bajo el régimen de disciplina y estricto apego a los derechos

²⁶ 1er Informe de Labores de la Secretaría de Seguridad Pública, 2008.

humanos, facilitando, a la vez, la administración eficiente, transparente y coordinada con todas las autoridades involucradas en el tema penitenciario. De igual manera, establece el diseño, organización, operación y funcionamiento de la infraestructura penitenciaria y, al mismo tiempo, señala los criterios generales para que las instalaciones y el personal penitenciario sean los idóneos para aplicar el nuevo modelo de reinserción plasmado por la reforma de junio de 2008 al artículo 18 constitucional.

Con relación al tema de reinserción y ejecución penal, éste se regula a través de un modelo transversal que atiende la problemática desde varios enfoques. En particular se pretende terminar con la discrecionalidad de la autoridad administrativa en el otorgamiento de los beneficios preliberacionales y se dejará tal responsabilidad al Juez de Ejecución, quien además de ser un especialista del Derecho Penal y Procesal Penal es un amplio conocedor de los aspectos criminológicos y penitenciarios.

Con la reforma constitucional la autoridad jurisdiccional será la autoridad competente para emitir las resoluciones respecto de la modificación y duración de las penas, lo cual implica la aplicación del principio de legalidad y garantía de jurisdicción en el procedimiento de ejecución, en beneficio de los sentenciados. Es así que el Juez de Ejecución llevará a cabo la modificación y duración de las penas, lo que constituye el fundamento de su jurisdicción y competencia. Asimismo, tendrá facultades no sólo para el otorgamiento de beneficios a los sentenciados, sino también para procurar la reparación del daño a la víctima del delito mediante la tramitación del respectivo procedimiento.

Se eliminan pues, en el ámbito administrativo, las funciones jurisdiccionales y se recuperan las funciones del Poder Judicial; es decir, la autoridad administrativa será responsable de las prisiones y el Poder Judicial se encargará de dirigir, administrar y desarrollar las tareas resocializadoras, teniendo en los grupos técnico-interdisciplinarios un instrumento profesional para acreditar la evolución del proceso de reinserción y proporcionarle al Juez de Ejecución y al agente del Ministerio Público los elementos para proceder correctamente. Por tanto, al Poder Judicial le compete exclusivamente imponer sanciones y realizar el cómputo de la duración de las penas o medidas de seguridad, tomando en consideración la información técnico-jurídica que le sea proporcionada por parte del Ejecutivo.

Así pues, resulta indispensable combatir la corrupción dentro de los centros penitenciarios federales y locales para terminar con los privilegios que disfrutaban algunos de los reclusos y que son en perjuicio de la sociedad. Para ello es necesario reforzar la vigilancia para detectar y eliminar los mecanismos mediante los cuales los criminales continúan operando sus redes de delincuencia desde el interior de los centros penitenciarios, esto incluye vigilar el comportamiento del personal (directivo, administrativo, técnico y de custodia) encargado de la seguridad con base en la vocación, aptitud, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos.²⁷

De acuerdo con el Programa Sectorial de Seguridad Pública 2007-2012, reconoce que el sistema penitenciario refleja problemas de saturación en los centros

²⁷ Barros Leal, César, "El personal penitenciario en Brasil y México", *Iter Criminis*, INACIPE Revista de Ciencias Penales, núm. 8 Cuarta Época, marzo-abril 2009, p.172-173.

de reclusión, delincuencia en el interior de los penales, vínculos con delincuentes del exterior, distribución y consumo de drogas, insuficiencia en la seguridad interna de las instalaciones, inconsistencias en los sistemas de control de accesos, heterogeneidad de técnicas y métodos en el tratamiento de los reclusos y ausencia de programas integrales para la reinserción de los internos.

Por último, si queremos que el interno se reincorpore a la sociedad, es necesario mantenerlo en estado de adaptación permanente a través de tratamientos y programas de prevención; es decir, anticiparse a conocer con señales o indicios aquello que pueda llegar a suceder. La prevención permite disponer de los elementos necesarios para la adecuada solución de los problemas que presentan los internos en centros penitenciarios. La reinserción es un concepto biológico, y hace extensivo al ámbito de lo psicológico y lo social. Es a través de este proceso de asimilación –contacto del individuo con el medio ambiente– que se establece una interrelación entre el individuo y su entorno, dando lugar a un bienestar que lo mantiene en condiciones de ser vivo y en capacidad de crecer y desarrollarse en las esferas representativas de la integración del propio ser. Con todo, el término reinserción no sólo implica la liberación del recluso, sino además la garantía de que los servicios de organismos gubernamentales o privados den al recluso puesto en libertad una ayuda postpenitenciaria eficaz que tienda a disminuir los prejuicios hacia él y le permita reinsertarse a la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

ARROYO JUÁREZ, Mario, “Evaluación de la estrategia de cero tolerancia en la Ciudad de México” en Arturo Alvarado Editor, *La reforma de la Justicia en México*, COLMEX, 2008.

AZAOLA Elena, “El sistema penitenciario mexicano” en Arturo Alvarado Editor, *La reforma de la Justicia en México*, COLMEX, 2008.

AZAOLA, Elena, *Crimen, castigo y violencias en México*, CIESAS, Flacso, 2008.

CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo, “La democracia constitucional y el control de las reformas constitucionales”, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 1, 2011.

AZAOLA, Elena y BERGMAN, Marcelo: El Sistema Penitenciario Mexicano, http://repositories.cdlib.org/usmex/prajm/Azaola_bergman p. 13.

BARATTA, Alejandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI Editores, 1986.

BARROS LEAL, César, “El personal penitenciario en Brasil y México”, INACIPE Revista de Ciencias Penales, *Iter Criminis*, núm. 8 Cuarta Época, marzo-abril 2009.

CARBONELL, Miguel, “El artículo 17 constitucional y la reforma penal”, Revista de Ciencias Penales, *Iter Criminis*, 2008.

CARBONELL, Miguel, OCHOA REZA, Enrique, “Juicios orales y debido proceso legal: una propuesta de reforma”, *Iter Criminis*, Tercera Época, mayo-junio 2007. Cuarto Informe de Ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *La moderna penología, represión del delito y tratamiento de los delincuentes, penas y medidas de seguridad, su ejecución*, Bosch, Barcelona, 1958, p.13.

MARCO DEL PONT, Luis, *Derecho Penitenciario*, México, Cárdenas, 1984.

FERNÁNDEZ MUÑOZ, Dolores Eugenia, *La pena de prisión, propuestas para sustituirla o abolirla*, UNAM, 1993.

Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones.

MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, *Derecho Penitenciario*, McGraw Hill, México, 1998, p.3.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de Ejecución de penas*, 2ª edición Ed. Porrúa, México 1985.

PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, *Derechos de los internos del sistema penitenciario mexicano*, UNAM, Cámara de Diputados LVIII Legislatura, México 2000.

Tercer Informe de Labores del Poder Ejecutivo, 2009.

EL JUEZ
DE EJECUCIÓN
DE SANCIONES PENALES

José Heriberto Pérez García



Magistrado

José Heriberto Pérez García

Egresado de la Universidad Autónoma de Tamaulipas, donde obtuvo el título profesional de Licenciado en Derecho, así como el de Maestría en Derecho Penal por la misma casa de estudios.

En actividades docentes se ha desempeñado como catedrático en la Universidad Autónoma de Tamaulipas, Nuevo León; en la Universidad de las Californias, Tijuana; en el Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal; en la Universidad Humanitas Colegio Superior de Ciencias Jurídicas e Instituto Jurídico y de Ciencias Forenses, así como en el Tecnológico de Monterrey.

Dentro del Poder Judicial de la Federación, fue titular de los juzgados de Distrito en materia de Amparo y en materia de Procesos Penales Federales. Actualmente ocupa el cargo de Magistrado de Circuito adscrito al Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito, así como de Director Nacional Jurídico de la Asociación Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito.

La reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, genera un cambio paradigmático en el sistema de enjuiciamiento penal mexicano, al dar curso a un nuevo sistema de corte acusatorio, adversarial y oral, pero sobre todo, porque propone un sistema de justicia integral.

Es un sistema porque permite apreciar cualquier proceso desde un punto de vista integrador.

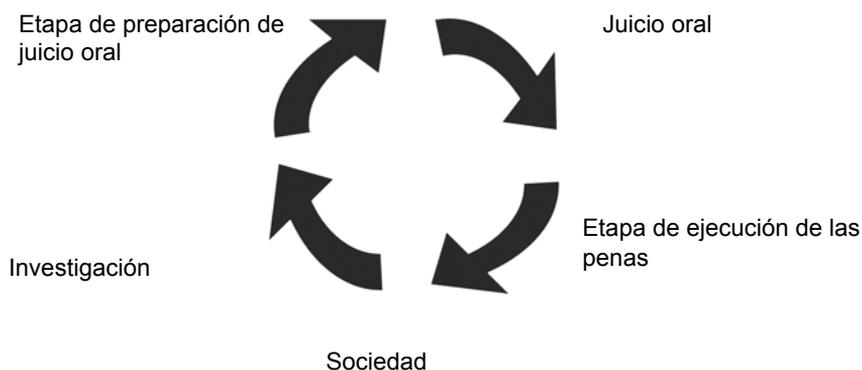
Asimismo, se dice integrador porque los temas que se tratan resultan recíprocamente integrados, articulados y dotados de potencialidad sinérgica.

En efecto, mientras en el tradicional esquema de justicia el sistema se limitaba al binomio de procuración e impartición de justicia, en tanto que la etapa de ejecución correspondía al Poder Ejecutivo, el de reciente creación comprende un régimen jurídico en la ejecución de sanciones penales, en tanto que judicializa la ejecución de las penas y crea un control de legalidad en la fase penitenciaria.

Así, la fase de investigación, la etapa de preparación del juicio oral y la etapa de ejecución de la pena se integran de manera sistemática dentro de un esquema de protección de los derechos fundamentales, desde la primera etapa hasta la última de ellas.

La integración del sistema penal en los términos apuntados, ciertamente tiene su justificación en el nuevo concepto jurídico del Estado moderno al que aspira nuestro país, el de “Estado democrático de derecho”, donde el sistema de justicia penal arranca con el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales del individuo en sociedad y conserva esa intención durante todas las fases del proceso hasta la de ejecución.

Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio Adversarial



Se intuye de la reforma la intención del legislador de limitar al Poder Ejecutivo en sus facultades de intervención dentro de la etapa de ejecución de las penas y medidas de seguridad. Ahora se busca la intervención de los órganos jurisdiccionales de la Federación en la vigilancia de la ejecución y en la solución de las controversias que se susciten entre las autoridades penitenciarias y los particulares, todo ello en aras de abatir la arbitrariedad,

la corrupción e incrementar la protección de los derechos humanos, lo cual se pretende conseguir con la judicialización de todas las etapas del moderno sistema de justicia penal.

Ahora bien, de las iniciativas de ley y de los dictámenes producidos durante el proceso legislativo de esa reforma, así como de la exposición de motivos de la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, se desprende que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, al constituirse de manera integral y al amparo del concepto amplio o extensivo de jurisdicción con el afán de tutelar de manera total los derechos fundamentales de los individuos que son investigados, sometidos a procesos penales y luego sentenciados, se conciben las figuras del juez de control, del juez oral y del juez de ejecución; en este último caso, su creación se reserva al legislador ordinario.

Es a través de una ley especial, denominada Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, que se pretende crear la figura del juez de ejecución de sanciones penales, se delimita su competencia y se le dota de facultades, según se infiere del proyecto de la ley en comento.

Por tanto, me ocuparé en particular de la figura jurídica del juez de ejecución en el Derecho Penal Contemporáneo, cuya naturaleza jurídica la iremos descubriendo a través de sus atribuciones.

El juez de ejecución de sanciones está concebido como una autoridad judicial revestida de facultades de decisión y vigilancia, con una participación muy importante en el nuevo sistema de reinserción social en cuanto a la aplicación de los beneficios que se crean a favor de los sentenciados, a fin de cumplir a cabalidad con los fines últimos para los que fue concebido el nuevo sistema integral de justicia penal.

Dicha autoridad obedece al principio de judicialización o jurisdiccionalidad de la ejecución penal, es decir, que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta conforme a las prescripciones de la ley penal, deben ser tomadas o controladas por el juez dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal.

Es así que emite decisiones acerca de las peticiones de suspensión condicional de la pena, libertad vigilada y otras figuras jurídicas. Además, tiene la jurisdicción de controlar la legalidad de las decisiones que las demás autoridades penitenciarias tomen cuando las mismas no estén contenidas en la sentencia, y proferir, mediante resolución, la decisión de que cese una libertad condicional, reducción de una pena, cese de condena o medida de seguridad impuesta, o revocación de cualquier beneficio.

En efecto, en la exposición de motivos de la iniciativa de la Ley Federal de Ejecución de Sanciones se establece que el hecho de cambiar el modelo de readaptación por el de reinserción social motivó la concepción de una ley que comprenda un sistema, también novedoso, de ejecución de penas, lo cual considero implica una unidad indisoluble, en tanto que el régimen de ejecución de penas, como el régimen carcelario, debe corresponder en forma armónica con el nuevo sistema de reinserción social.

Además, se dice que precisa de la incorporación de la figura jurídica de un juez que vigile y controle la ejecución de las sentencias en las cárceles, lo cual corrobora la afirmación acabada de asumir.

A propósito de sus funciones, unas enfocadas al régimen penitenciario y otras al régimen de ejecución de la pena, me referiré a aquéllas como facultades del juez de vigilancia, también designado Sistema de Reinserción Social, y como facultades del juez de ejecución, atinentes al segundo régimen, que denominaré también Sistema de Ejecución de Pena y Medidas de Seguridad.

La designación aquí utilizada para fines prácticos no es arbitraria, pues el juez de vigilancia era así llamado en Europa occidental, Italia, Francia, Portugal y España; también referido juez de fiscalización, tenía como función preponderante el control de la legalidad de los actos de la autoridad administrativa que ejecuta las penas privativas de libertad; en cambio, el juez de ejecución, denominación de Latinoamérica, era más referido a la función de control de ejecución de la pena, es decir, a la modificación y duración de las penas y medidas de seguridad.

Juez de Ejecución de Sanciones Penales



Facultades como juez de vigilancia

Se trata de atribuciones que se han tomado del proyecto de la Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales, que por su naturaleza son formalmente administrativas y materialmente jurisdiccionales, las cuales se proponen para el juez de ejecución (artículo 9, fracción III).

- Resolver el recurso de revisión de los internos contra sanciones disciplinarias.
- Acordar las peticiones de los reclusos respecto al régimen y tratamiento penitenciario.
- Realizar las visitas de verificación en las que revisará el cumplimiento de sus determinaciones, así como comprobar que los internos tengan un acceso efectivo para presentar y documentar debidamente los recursos administrativos y judiciales.

- Solucionar las controversias que se susciten entre las autoridades penitenciarias y los reclusos.
- Ordenar a las autoridades penitenciarias que adopten las acciones necesarias para proteger los derechos de los internos y los visitantes.
- Los internos federales quedarán bajo la jurisdicción de los jueces de ejecución penal, independientemente del lugar de reclusión.
- Los jueces podrán conceder plazos, no mayores de tres meses, a las autoridades administrativas para el cumplimiento de sus determinaciones.
- Facultades para hacer cumplir sus determinaciones administrativas, aun ante la falta de recursos financieros.
- Establecer el derecho de los reclusos de recibir visitas familiares y amigos una vez por semana, independientemente de la visita íntima, que podrá tener lugar con la misma frecuencia.
- Determinar el acceso de visitantes como un derecho sujeto a ponderación y control, y para ello se faculta a los interesados para acudir a los medios de defensa administrativos y judiciales que permitan hacerlo efectivo.
- Ordenar el traslado de los internos.

Asimismo, se destacan algunas facultades que se asignan al juez de ejecución en relación con la duración y modificación de las penas y medidas de seguridad, es decir, como juez de ejecución propiamente dicho.

Facultades como juez de ejecución

El juez de ejecución también tendrá asignadas facultades formal y materialmente jurisdiccionales, entre las cuales se pueden destacar las siguientes:

- Instrumentar el expediente de ejecución de las penas a partir de una copia certificada de la sentencia.
- Corresponde al juez de ejecución el control de la legalidad de la ejecución de las medidas o penas impuestas.
- Ordenar y controlar el efectivo cumplimiento de las sanciones que sean distintas a la privativa de libertad, como multas, decomisos, cauciones, y derivará los oficios que correspondieren a los organismos que deben intervenir en la ejecución.
- Vigilancia jurídica de las sanciones de índole penal.
- Conocer y otorgar los beneficios de preliberación, libertad preparatoria, reducción de la sanción y remisión parcial de la pena.
- Resolver sobre la modificación y duración de las penas y medidas de seguridad impuestas por el juez de la causa.
- Ejecutar las multas y cauciones impuestas en las sentencias.
- Personalizar las sanciones privativas de libertad.
- Programar un sistema de oficio para la revisión de los expedientes de todos los internos.

- Extender la declaración de extinguida la sanción o medida de seguridad.
- Declarar la rehabilitación de derechos.
- Vigilar la aplicación de medidas de seguridad.
- Ordenar la reaprehensión.
- Proclamar la prescripción de la pena.
- Declarar la compurgación simultánea de pena.

Además, debe cumplir con los principios rectores del procedimiento penal acusatorio: inmediación, contradicción, continuidad, publicidad y concentración.

Beneficios y sustitutivos de prisión y medidas de seguridad

Algunos beneficios y sustitutivos de prisión y medidas de seguridad que deberá acordar el juez de ejecución en la etapa de cumplimiento de las sanciones penales se encuentran en el Código Penal Federal, así como en el proyecto de la Ley Federal de Ejecución, por ello se citan con la referencia que corresponde, como se verá a continuación:

1. Sustitución de la pena de prisión

- Por trabajo a favor de la comunidad o semilibertad. Pena hasta 4 años.
- Por tratamiento en libertad. Pena hasta 3 años.
- Por multa. Pena hasta 2 años.
- Se excluye a los sentenciados por delitos del artículo 85, fracción I, del Código Penal Federal.

2. Conmutación de sanciones

- Conmutación administrativa de la prisión por confinamiento tratándose de delitos políticos.
- Conmutación administrativa de confinamiento por multa tratándose de delitos políticos.
- Se conserva la facultad del ejecutivo en el artículo 22 de la Ley de Ejecución de Sanciones (LES); ver el artículo 73 del Código Penal Federal.
- Aun cuando pudiera entenderse que ante el juez de ejecución se puede tramitar el incidente respectivo, parece ser facultad exclusiva del ejecutivo por tratarse de delito político; en todo caso ver el artículo 18 de la LES.

3. Beneficios a favor de los sentenciados

- Remisión parcial de la pena: consiste en la disminución de un día de la sanción de prisión por cada dos días de trabajo (artículo 125 de la LES).

Requisitos:

- Buena conducta.
- Participación en actividades educativas de capacitación para el trabajo, de salud y de deporte.

- Reparación del daño.
- Revelen por otros datos la efectiva reinserción.
- Procedimiento: artículo 137 de la LES.

4. Condena condicional

- Ley anterior, pena 4 años.
- Ley nueva, pena 3 años.
- Se excluye a sentenciados por delitos del artículo 85, fracción I.

Trámite:

- Ante el juez de la causa, artículo 538 del Código Penal Federal.
- Ante el juez de ejecución, artículo 139 de la LES (sólo si no se resolvió en sentencia).

5. Reducción de la sanción por reparación del daño

- Reducción de la sanción por reparación del daño, a razón de diez por ciento de la pena.
- Serán acumulables la remisión parcial de la pena y la reducción de la sanción.

6. Libertad anticipada

- Preliberación: constituye un tratamiento del régimen penitenciario que podrá comprender las siguientes fases: artículo 8 de la Ley de Normas Mínimas; artículos 115, 116, 117 de la LES.
- Información y orientación especial sobre aspectos personales de su vida en libertad, en el interno y su familia.
- Métodos colectivos.
- Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento.
- Traslado a institución abierta.
- Permiso de salida de fin de semana o diario con reclusión nocturna, o bien, salida diaria con reclusión de fin de semana.

7. Libertad preparatoria

- Delitos intencionales: haber cumplido tres quintas partes de la pena.
- Delitos imprudenciales: haber cumplido la mitad de la pena.
- Requisitos: artículo 84 del Código Penal Federal.
- Observando buena conducta.
- Que del examen de personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir.
- Reparando el daño.

Trámite:

- Antes, ante el órgano administrativo, artículo 540 del Código Federal de Procedimientos Penales.
- Ahora, ante el juez de ejecución, artículo 121, fracción III, de la LES.
- Caso de excepción, artículos 85, fracción I, del CPF y 122 de la LES.

- Revocación, artículo 123 de la LES.

8. Modificación de sanción

- Modificación de sanción cuando el reo acredite incompatibilidad de la pena con su edad, sexo, salud o constitución física, siempre que la modificación no sea esencial, artículo 75 del Código Penal Federal.
- Antes, ante autoridad administrativa.
- Ahora, ante el juez de ejecución.

Trámite:

- Procedimiento nuevo, ante el juez de ejecución, artículos 137 y 138 de la LES.
- Procedimiento anterior, ante autoridad administrativa, artículo 75 del Código Penal Federal.
- Modificación de la pena: la pena podrá ser sustituida por una medida de seguridad a juicio del juez o tribunal, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona, por su senilidad o precario estado de salud fuere notoriamente innecesaria e irracional que compurgue dicha pena (modificación esencial), artículo 55 del CPF.

Trámite:

- Antes, ante el juez jurisdiccional, artículo 55 del CPF.
- Ahora, ante el juez de ejecución.

9. Aplicación de la ley más favorable

- Reducción de la pena por reforma o ley posterior, artículo 56 del Código Penal Federal.
- Trámite: sin más trámite.
- Anterior, ante la autoridad jurisdiccional (por jurisprudencia), artículo 554 del Código Penal Federal.
- Ahora, ante el juez de ejecución, artículo 25 de la LES.

Sistema de Reinserción Social

El Sistema de Reinserción Social constituye una política pública relacionada con los fines de la pena.

Así tenemos que el sistema de enjuiciamiento penal de carácter mixto clásico, que continúa vigente, nace con la Constitución Federal de 1917, de donde también emana la idea de la regeneración como fin último de la pena.

La regeneración partía de la base de que el delito convertía al infractor en una persona degenerada, como lo cita Miguel Sarre; la privación de libertad era con el fin de que el individuo se educara y fuera regenerado.

La idea de readaptación la encontramos en 1971, cuando la Organización de las Naciones Unidas establece las Reglas Máximas para el Tratamiento de los Reclusos.

La readaptación significó un avance en tanto que el sentenciado dejó de ser

considerado como degenerado y pasa a ser desadaptado; el sujeto responsable de ser considerado moralmente atrofiado es visto como mental o psicológicamente desviado.

En cambio, la reinserción es un concepto que considera al condenado como persona desintegrada o desinsertada de la sociedad; también implica un tránsito del derecho penal del autor, como ocurría en los dos sistemas anteriores, al derecho penal del acto.

Ahora se considera al autor como sujeto de derechos en todas las etapas del sistema de enjuiciamiento penal, como ya se ha anotado.

El nuevo sistema de reinserción arranca con una crítica y el fracaso de las pretensiones resocializadoras, pues lógicamente no se puede resocializar al individuo cuando es disociado.

La reinserción como nuevo planteamiento de política criminal inicia con indagar cuáles son las carencias del sentenciado, para ofrecerle los recursos y servicios de los que se pueda valer para hacer efectivos los derechos fundamentales.

Trata de que la vida en prisión no añada más castigo que la propia privación de la libertad, evoca la humanización del castigo, permite el acceso de la sociedad a través de diferentes instancias dentro de la prisión.

La pretensión no es hacer de la privación un espacio terapéutico, sino un lugar que no atente contra la dignidad humana.

Revela prevalencia a los derechos humanos y su protección como parte sustancial del gobierno penitenciario.

También se contempla en el sistema un derecho de excepción respecto de los enemigos del Estado.

Bases para la organización del régimen penitenciario en el Sistema de Reinserción Social

Desde la reforma constitucional al artículo 18, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se estableció que las bases para la organización del sistema penitenciario serían el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado en la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir.

De acuerdo con la iniciativa de ley en comento, se obtiene lo siguiente:

- **Trabajo.** Las actividades laborales serán obligatorias para los condenados, considerando su aptitud física y mental, sus deseos, vocación, aptitudes, capacitación para el trabajo en libertad y el tratamiento de aquéllos, así como las posibilidades del reclusorio. Los sentenciados pagarán su sostenimiento en el reclusorio con cargo a la percepción del trabajo que desempeñen.
- **Capacitación laboral.** En ésta, como en los programas educativos y deportivos, la actividad del Consejo Técnico deberá regirse por lo siguiente:
- Los programas de trabajo y capacitación laboral deberán sujetarse a las condiciones

que establece la ley, que son las previstas en el artículo 84 del Proyecto de Ley Federal de Ejecución de Sanciones.

- a) Fomentar la industria y servicios adecuados a la generalidad de los internos.
- b) Incrementar la participación de industrias privadas o públicas como fuente de trabajo de los reclusos.
- c) Optimizar los puestos de trabajo en el centro penitenciario.
- d) Distribuir objetivamente las oportunidades laborales entre los internos, no de manera discriminatoria por su situación jurídica, raza, sexo, posición social o económica, o cualquier otra razón.
- e) Eficientizar la fuente de trabajo y que sea justa en ingresos para quienes lo desempeñen.
- f) Evitar entre los internos las funciones de autoridad o que ejerzan empleo o cargo alguno, salvo cuando se trate de instituciones para fines de tratamiento en el régimen de autogobierno.
- g) Respetar el principio que establece que a trabajo igual, remuneración igual.
- h) Garantizar las previsiones de la Ley Federal del Trabajo en materia de seguridad laboral e indemnización por accidentes en el área de trabajo.
- i) Erradicar y evitar cualquier concesión de compra o venta de bienes y servicios dentro del establecimiento, y el empleo subordinado entre internos.
 - **Educación.** No sólo tendrá carácter académico sino también cívico, social, higiénico, artístico, físico y ético, y se regirá por las condiciones y características pedagógicas.
 - La salud será una prestación oportuna e integral de los programas encaminados al bienestar tanto físico como mental de los internos.
 - **Deporte.** Comprenderá tanto las actividades físicas que realicen los internos de acuerdo con sus aptitudes y capacidades, ya sean estas de futbol, atletismo, halterofilia, baloncesto, como aquellas que contribuyan a su esparcimiento y sana convivencia social entre la comunidad penitenciaria.

Principios que rigen la ejecución de las sanciones por disposición legal

La ejecución de las sanciones penales se sujetará a los siguientes principios:

- I. **Seguridad jurídica.** Tanto las autoridades penitenciarias como el juez de ejecución deben hacer lo necesario para garantizar que los derechos y prerrogativas que se han creado a favor de los sentenciados se cumplan durante el periodo de su reclusión.
- II. **Legalidad de la ejecución.** Durante el cumplimiento de la pena y medidas de seguridad, las autoridades encargadas deberán armonizar sus actuaciones con las facultades expresas que les concede la ley.
- III. **Racionalidad, proporcionalidad y equidad de los actos de la autoridad ejecutora.** En la individualización de la pena los actos de ejecución no deben ser irracionales, deben ser acordes con las condiciones específicas del sujeto y no deben darse prerrogativas a unos a diferencia de otros.

- IV. **Respeto a la dignidad humana.** Debe dispensarse el trato humano y respetarse sobre todo la dignidad humana.
- V. **Escrutinio público ordenado sobre la aplicación de las normas penitenciarias y demás leyes aplicables y publicidad de la información estadística de ejecución.** Debe permitirse la transparencia en armonía con los derechos de confidencialidad de los datos personales.
- VI. **Personalización administrativa de la sanción, con prescindencia de los hechos que han sido materia de juicio penal.** La ejecución de la pena se debe alejar de los datos en el proceso y los pormenores de la consumación del delito, salvo en lo relacionado con estudios psicológicos y criminógenos que deban realizarse.
- VII. **Establecimiento de condiciones de seguridad que no agraven la naturaleza de la sanción.** La prisión no debe constituir un castigo ni restricción de los derechos fundamentales del sentenciado, ni aun so pretexto de la implementación de medidas de seguridad.
- VIII. **Igualdad de trato entre la población penitenciaria.** Se debe dar trato igual a los internos, con las salvedades de cada caso, en función a las condiciones físicas y aptitudes de los sentenciados.
- IX. **Profesionalización de los cuerpos directivos, de los consejos técnicos y del personal de seguridad y custodia.** La capacitación y certificación de las personas que intervengan en la ejecución de las penas es indispensable a fin de obtener los resultados de reinserción deseados.
- X. **Interpretación de la norma en el sentido que más favorezca a los detenidos, procesados y sentenciados.** En la fase de ejecución de penas se establece el principio in dubio pro sentenciado.
- XI. **Aplicación de principio de defensa.** Tanto en los procedimientos que se sustancien por violación a la reglamentación penitenciaria como en las controversias que sean del conocimiento de los jueces de ejecución de sanciones, la garantía de defensa se eleva a las etapas de ejecución de las penas.
- XII. **Mínima aflicción en la ejecución de la sanción o medida de seguridad.** Se impone en la prisión la restricción de ciertas garantías, como la de libertad y libre deambulación, mas debe evitarse mayor aflicción a los sentenciados de la justa y necesaria.
- XIII. **Prestación de servicios a favor de la comunidad para atenuar los efectos desocializadores y negativos de la reclusión.** Ello constituye una práctica para concientizar al individuo de la necesidad de vivir en sociedad, de ser útil a la comunidad y de vivir en armonía en la sociedad.
- XIV. **Restricción de la trascendencia de la sanción.** Se debe evitar afectar a la familia y al sentenciado con la prisión y medidas de seguridad más allá del término de la pena.
- XV. **Aplicación de todos los principios derivados de las garantías constitucionales en general y del proceso penal en particular, que**

resulten extensivos al ámbito de la ejecución penal. Se hacen extensivas las garantías del individuo como indiciado y procesado a la fase de ejecución de las penas, en la medida de lo posible jurídicamente.

XVI. Intervención jurisdiccional en las controversias que se susciten con motivo de la ejecución de las sanciones penales. Se manifiesta la judicialización de la fase de ejecución de la pena como garantía de los sentenciados en el sistema de justicia integrador.

Entrada en vigor del decreto del nuevo sistema de enjuiciamiento penal

En relación con la entrada en vigor del nuevo sistema de reinserción social y del régimen de modificación y ejecución de penas, los párrafos segundo y tercero del artículo 18 del decreto por el que se reforma y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, dicen:

Artículo 18.

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 cumplirán 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.

El artículo 21, párrafo tercero, del decreto aludido puntualiza lo siguiente:

Artículo 21.

...

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Por otra parte, el artículo transitorio quinto del propio decreto reza:

Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entran en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de ese decreto.

De una interpretación sistemática de los numerales supratranscritos, se desprende que la tercera etapa del sistema de enjuiciamiento penal de reciente creación, que comprende el nuevo régimen jurídico sobre modificación y duración de la pena, así como el nuevo sistema de reinserción, a diferencia de las otras partes del sistema van a entrar en vigor cuando la ley secundaria así lo establezca, sin que pueda exceder el plazo de tres años contados a partir del día siguiente de su publicación, acaecida el 18 de junio de 2008.

En principio el Constituyente permanente condicionó la entrada en vigor del nuevo sistema de reinserción y de ejecución de la pena hasta que así lo estableciera la legislación secundaria correspondiente; esto es, que el legislador ordinario válidamente podrá establecer el momento de iniciación de vigencia de esta etapa del nuevo sistema.

Ahora bien, el legislador ordinario tiene la facultad de establecer la entrada en vigor de esas disposiciones, mas establece una taxativa que genera duda sobre su referente al decir que no podrá exceder del plazo de tres años.

La incertidumbre se contrae al momento en que existe una opinión que considera que ese plazo es el de entrada en vigor de la reforma en ese segmento; otra opinión puntualiza que el plazo señalado es el que dota al legislador secundario para que cumpla con su cometido.

Sobre el particular existen dos posturas interpretativas: una que acude a los fines proteccionistas de la reforma, que hace desprender de la disposición constitucional la generación de derechos subjetivos públicos, en tanto asigna a la autoridad judicial facultades exclusivas para imponer, modificar y fijar la duración de las penas.

En ese sentido, concluye ese criterio que el plazo de tres años a partir de la publicación del decreto es alusivo a su entrada en vigor y que, por tanto, deben los jueces de ejecución iniciar en sus funciones a partir del 19 de junio de 2011.

Aquí es preciso tener presente que si se considera que la reforma contiene derechos sustantivos se ocasionará un problema de aplicación de la norma, en relación con la retroactividad de la ley.

Sin embargo, según se infiere de la iniciativa de Ley de Ejecución de Sanciones, los jueces de ejecución deberán de iniciar con carga cero, a fin de conocer de los asuntos que se generen después de la entrada en vigor de la norma.

Una segunda interpretación de carácter pragmático se hace derivar de las razones que motivaron esta reforma y permite concluir que precisa que la ley secundaria regule la forma en que debe operar el juez de ejecución, tanto en la parte de sus facultades administrativas como en las de carácter estrictamente jurisdiccional, como condición para que pueda entrar en funciones.

Por consiguiente, el segundo criterio postula que el plazo de tres años no es para que entre en vigor la reforma constitucional, sino para que el legislador cumpla con su deber de regular los dos regímenes jurídicos; ya tenemos un caso en el que se estableció por nuestro Máximo Tribunal que la omisión legislativa configuró una violación constitucional.

Sistema integral de justicia para adolescentes. La circunstancia de que las legislaturas locales no hayan creado antes del 12 de septiembre de 2006 las leyes, instituciones y órganos para la aplicación del decreto de reforma al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de diciembre de 2005, configura una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa. El artículo primero transitorio del decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el doce de diciembre de dos mil cinco, estableció un periodo inicial de *vacatio legis* de tres meses siguientes a la fecha de publicación del decreto, para que la reforma y adición constitucional entraran en vigor en todo el país. Por otra parte, su artículo segundo transitorio creó un nuevo periodo de *vacatio legis* de seis meses, contados a partir de su entrada en vigor, para que los entes obligados generaran las leyes, instituciones y órganos requeridos para la aplicación del decreto. Esto es, los indicados preceptos establecen la vigencia de la reforma y adición constitucional de la siguiente manera: el decreto entró en vigor en todo el país, en cuanto a los derechos sustantivos que contempla a favor de los adolescentes, el doce de marzo de dos mil seis, mientras que el periodo para que se generaran las leyes, instituciones y órganos inició el trece de marzo de dos mil seis y venció el doce de septiembre de ese año. De esta forma, los entes obligados tuvieron hasta la última fecha referida para generar, en sus respectivas jurisdicciones, el sistema especializado de justicia para menores infractores; de ahí que la circunstancia de que algunas legislaturas locales no hayan emitido dentro del plazo señalado la legislación correspondiente, configura una violación constitucional por actualizarse una omisión legislativa.

Ahora bien, a fin de adoptar uno u otro criterio precisa tener presente que se establece un nuevo régimen de ejecución de sanciones penales que comprende de manera indisoluble el nuevo modelo de reinserción social, el cual está basado en los beneficios de los sentenciados que no sólo tienen que ver con la modificación y reducción de las penas, según lo reza el artículo 18 del decreto de reforma en comento, sino también con la judicialización y control de todos los actos de ejecución de las penas y medidas de seguridad.

EL SISTEMA ACUSATORIO
EN LOS CÓDIGOS
DE PROCEDIMIENTOS PENALES
EN MÉXICO

José Leovigildo Martínez Hidalgo



Juez

José Leovigildo Martínez Hidalgo

Egresado de la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, donde obtuvo la licenciatura en derecho mediante tesis profesional sobre « El principio de relatividad en los juicios de amparo sobre inconstitucionalidad de leyes », obteniendo mención honorífica. Especialización Judicial impartido en el Instituto de la Judicatura Federal, Morelos, México. Especialización en Administración de Justicia en Juzgados de Distrito, Instituto de la Judicatura Federal, Sede Central, en la ciudad de México, Distrito Federal. Especialización en Justicia Federal para Adolescentes. Potsgraduado en Derecho Penal Parte General por la Universidad de Salamanca, España. Curso de Introducción al Derecho Parlamentario por la mencionada Universidad de Salamanca, España. Potsgrado de Derecho Penal, Constitución y Derechos impartido por la Universidad Autónoma de Barcelona, España. Diplomado en Alta Litigación Oral Adversarial por la Universidad Alberto Hurtado, Santiago de Chile. Alumno y Coordinador en el programa denominado « Comparative Program for Adversarial Criminal Justice Systems: Colombia, Chile, The United States, and México, por The Fletcher School, de la Universidad de Tufts Boston, Massachusetts ».

Se ha desempeñado como Secretario de Acuerdos del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Morelos. Secretario de Tribunal Colegiado de Circuito. Juez Octavo de Distrito « B » de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal. Juez Decimocuarto de Distrito de Procesos Penales Federales en el Distrito Federal. Actualmente Juez Segundo de Distrito en el Estado de Morelos.

I. PRELIMINAR

En el presente trabajo trataré de analizar la adopción a nivel constitucional del sistema acusatorio en los Códigos de Procedimientos Penales del país, comenzando por el origen de la reforma, las carencias del sistema inquisitivo en el orden procesal, los motivos del cambio de ese paradigma procesal y un análisis en el orden garantista-constitucional de los principios rectores que emergen de la Constitución federal y que informan el sistema acusatorio y la manera en que se refleja en las diferentes codificaciones procesales penales que están orientadas a este modelo de corte acusatorio; la adopción de la tecnología como una herramienta necesaria en el sistema acusatorio y, finalmente, los problemas más comunes que emergen de la conciliación del juicio de amparo en los sistemas penales de corte acusatorio.

II. EL ORIGEN DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

El impulso inicial de la reforma penal en México a nivel federal provino de la sociedad civil, pues basta recordar que en noviembre de 2006, un grupo de 60 organizaciones sociales acudieron al Senado de la República por invitación de la Comisión de Puntos Constitucionales e hizo entrega de un proyecto de iniciativa de reforma constitucional en materia de juicios orales y debido proceso legal, y como respuesta recibieron la promesa de que en pocos días su petición, a su vez, se convertiría en una iniciativa.

Por instancia del diputado César Camacho Quiroz, la iniciativa fue presentada como tal.

Dicha iniciativa tenía una clara orientación garantista y buscaba alcanzar dos objetivos fundamentales: permitir que las dependencias públicas tuvieran incentivos para mejorar su trabajo, de forma transparente, por un lado, rindiendo cuentas y abatiendo los niveles de impunidad que existen; por otro lado, perseguía introducir en la normatividad constitucional los estándares internacionalmente conocidos del debido proceso en materia penal¹, todo esto provocado por la insuficiencia del antiguo modelo procesal penal, predominantemente inquisitivo y mínimamente acusatorio.

Lo anterior sin soslayar que para ese entonces, en una muestra de verdadero federalismo y autonomía, algunos Estados de la República decidieron con toda valentía abandonar el viejo sistema penal inquisitivo o inquisitorio, adoptando en sus legislaciones procesales un modelo de corte acusatorio y desde luego garantista, dando así respuesta a la petición de sus ciudadanos en ese sentido.

Lo que evidencia que el pretendido sistema acusatorio tiene un alto componente democrático al responder a la necesidad de que el proceso penal se convierta en un instrumento de protección de los derechos fundamentales, o dicho en otras palabras,

¹ Carbonell, Miguel, *Los Juicios Orales en México*, Editorial Porrúa, México, 2010, pp. 13 y 14.

que el proceso penal sea, a su vez, un instrumento que garantice la vigencia y eficacia de las garantías individuales.²

Y así se puede afirmar, partiendo de la base del origen de la reforma constitucional, que dicha reforma responde a la apremiante necesidad contenida en el clamor de esas organizaciones sociales y la sociedad en sí misma, para hacer más eficiente tanto la procuración como la administración de justicia.

A mayor abundamiento, cabe señalar que el adelanto de algunas entidades federativas, sustentado en el federalismo y autonomía que les asiste, sobre la reforma constitucional a nivel federal, es justificable si se toma en cuenta que con motivo de la competencia residual que los Estados tienen sobre el ámbito de competencia de la Federación³, gran parte de los delitos cometidos en el país han sido atendidos en la justicia local que se imparte en las mencionadas entidades, y es ahí donde el ciudadano común tiene contacto con la justicia en el ámbito del derecho penal, donde mayormente se da la exigencia de este cambio tan importante que implica la implementación del sistema acusatorio en la legislación procesal penal a nivel nacional.

En efecto, veamos el siguiente cuadro estadístico, emitido por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía⁴, donde a simple vista se aprecia el alto porcentaje de sentencias emitidas por las autoridades judiciales de las entidades federativas, que contrasta con el bajo número de sentencias emitidas por los jueces de Distrito con funciones de Procedimiento Penal Federal:

Sentenciados registrados en los Juzgados de primera instancia según fuero y sexo, 1996 a 2009

Año	Fuero común				Fuero federal			
	Total	Hombres	Mujeres	No especificado	Total	Hombres	Mujeres	No especificado
1996	123,263.00	111,682.00	11,572.00	09.00	27,263.00	25,926.00	1,335.00	02.00
1997	117,471.00	106,188.00	11,268.00	15.00	24,724.00	23,401.00	1,322.00	01.00
1998	114,670.00	104,018.00	10,643.00	09.00	25,642.00	24,247.00	1,394.00	01.00
1999	118,292.00	106,611.00	11,680.00	01.00	24,963.00	23,462.00	1,501.00	00.00
2000	118,181.00	105,989.00	12,192.00	00.00	23,544.00	21,847.00	1,695.00	02.00
2001	123,071.00	110,347.00	12,723.00	01.00	24,742.00	23,007.00	1,735.00	00.00
2002	125,759.00	113,145.00	12,613.00	01.00	26,501.00	24,638.00	1,863.00	00.00
2003	131,005.00	118,313.00	12,692.00	00.00	27,796.00	25,724.00	2,072.00	00.00
2004	137,457.00	124,240.00	13,216.00	01.00	28,940.00	26,604.00	2,335.00	01.00
2005	139,524.00	126,615.00	12,908.00	01.00	28,694.00	26,415.00	2,278.00	01.00
2006	133,689.00	121,332.00	12,346.00	11.00	29,300.00	26,782.00	2,518.00	00.00
2007	135,446.00	123,261.00	12,175.00	10.00	28,464.00	26,028.00	2,436.00	00.00
2008	134,221.00	122,149.00	12,065.00	07.00	28,010.00	25,746.00	2,263.00	01.00
2009	126,264.00	114,489.00	11,775.00	00.00	28,700.00	26,495.00	2,205.00	00.00

(Fecha de actualización: martes 28 de septiembre de 2010)

² Exposición de motivos del Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, suscrito por la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de Justicia http://www.poderjudicialcoahuila.gob.mx/pag/4foro/consideraciones_23_10_08.pdf.

³ Artículo 124 constitucional: Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados. <http://www.tlahui.com/conmx5.htm#a124>.

⁴ Véase página electrónica: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/default.aspx?t=mvio42&s=est&c=22636>

Por lo anterior es que se justifica el adelanto de algunas entidades federativas en la adopción en la justicia local de este sistema acusatorio, toda vez que la mayoría de los procesos penales que se tramitan a nivel nacional han sido juzgados en sede de la justicia local, por eso se explican también los procesos reformadores de los estados de Nuevo León, México, Chihuahua, Morelos, Zacatecas, Puebla, Veracruz y Baja California.

Y en congruencia con lo que antecede, tomando como premisa la importancia del proceso penal en las entidades federativas y la apremiante necesidad de establecer un sistema penal de corte acusatorio en aquéllas, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, conocida también como CONATRIIB, ha promovido la elaboración de un Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, teniendo como premisas para tal efecto los siguientes puntos:

- Unificar criterios y evitar la dispersión en la implementación.
- Romper la inercia de creación de normas sin contar con la opinión de las instituciones que serán sus aplicadores.

Y con acertada razón, desde mi particular punto de vista, la necesidad de que se unifiquen criterios y evitar así la dispersión en la implementación, pues basta recordar que hasta antes de la adopción de este modelo de justicia de corte acusatorio en los mencionados Estados, paralelamente transitaba en la vida procesal del país la sorprendente suma de treinta y tres diferentes códigos de procedimientos penales aplicados a 35 códigos penales distintos: 32 de las entidades federativas, Código Penal Federal, Código de Justicia Militar, Leyes de Justicia para Adolescentes, correspondientes también a los Estados.

Por eso se justifica, como adelante me referiré, la adopción de un solo Código de Procedimientos Penales en el país, que responda desde luego a la exigencia constitucional sustento de este sistema acusatorio.

III. CARENCIAS DEL SISTEMA INQUISITIVO

III.1. La etapa de la averiguación previa

Siendo la etapa de la averiguación previa la fase total del procedimiento penal propiamente dicho, pues constituye el estadio procesal donde el agente del Ministerio Público ejerce su rol de investigación y persecución de delitos a efecto de reunir la evidencia necesaria y eventualmente plantear ante la autoridad judicial el ejercicio de la acción penal, esta etapa se ha visto caracterizada por que las pesquisas que dan inicio en la indagatoria han funcionado mayormente bajo la casuística del delito flagrante y en muy pocos casos producto de una investigación seria y formal que pudiese plantear el fiscal por sí o a través de la policía a su mando; por otro lado, es evidente la falta de entrenamiento adecuado para esa delicada labor de investigación, como también es evidente la falta de estímulos e incentivos que permitan la profesionalización del investigador, a lo que

se suman las excesivas cargas de trabajo, la carencia de herramientas que le permitan ejercer adecuadamente su rol, los bajos sueldos, la corrupción, entre otros factores, que traen como consecuencia impunidad en mucho de los casos, y violación constante de las garantías individuales de todo inculpado.

III.2. La escasa intervención de la víctima durante el desarrollo del procedimiento

Poco aporta la víctima en este modelo de justicia, pues se le limita procesalmente desde la averiguación previa imponiéndole en muchas ocasiones cargas onerosas, como el tener que trasladarse a los penales de máxima seguridad del país para carearse con sus victimarios, quienes alegan siempre no contar con medios económicos para solventar eventualmente esos gastos. En otras ocasiones se impone a las propias víctimas cargas de investigación, yendo más allá de una coadyuvancia y con la situación de que las pruebas que aporte pasarán por el escrutinio del agente del Ministerio Público; se evidencia así la nula intervención de la víctima en el proceso penal.

III.3. La presunción de inocencia

Nuestro más Alto Tribunal ha emitido un interesante criterio jurisprudencial⁵, en el sentido de que el principio de presunción de inocencia en materia procesal penal impone la obligación de arrojar la carga de la prueba al acusador, sin embargo, dicha circunstancia no se da bajo el amparo de este modelo de justicia, pues es casi nula la actuación del agente del Ministerio Público en el curso del proceso para sustentar su acusación; en la mayoría de los casos sólo se adhiere a las pruebas que ofrece el inculpado y le aprovecha así el principio de comunidad de la prueba, siendo que la mayoría de las sentencias condenatorias surgen de este modo, es decir, ante la casi nula actividad probatoria del agente del Ministerio, porque ese rol de parte acusadora lo ejerce en la mayoría de los casos en asuntos relevantes, como delincuencia organizada. Visto así se nulifica la presunción de inocencia, porque prácticamente con el dictado de un auto de formal prisión con nula actividad probatoria del órgano acusador y con pruebas que sirvieron de sustento para un auto de formal prisión puede fundarse una sentencia condenatoria, con el apoyo además de criterios jurisprudenciales como el sustentado por la anterior integración de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en criterio consultable en la página 278, tomo segundo, parte XVII, del rubro “Sentencia y auto de formal prisión. Prueba de la responsabilidad”, en el sentido de que si bien es cierto que para decretar la formal prisión basta que, comprobado el cuerpo del delito, se estime probable la responsabilidad del acusado, y que toda sentencia condenatoria exige, en cambio, la demostración plena de esa responsabilidad, no por ello cabe afirmar que para condenar al procesado sean siempre indispensables más elementos que los que determinaron el auto de formal prisión. Puede suceder, en efecto, que las pruebas en que se funde dicho auto no sólo hagan probable,

⁵ Véase tesis 2a.XXXV/2007, registro 172433, de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del Semanario Judicial de la Federación, XXV, mayo de 2007, p. 1186, del rubro “Presunción de inocencia. Alcances de ese principio constitucional”.

requisito mínimo, la responsabilidad del acusado, sino que la justifiquen plenamente, y en tal supuesto, de no desvirtuarse posteriormente tales pruebas, será bastante para que se dicte una sentencia de condena.

III.4. La escasa observancia del principio de inmediación judicial en actuaciones procesales

Desafortunadamente es una realidad que no puede ocultarse la situación imperante en la esfera del Poder Judicial, tanto a nivel local como federal, en el sentido de que la mayor parte de las diligencias las llevan a cabo los secretarios adscritos a los juzgados, y esto se explica mayormente no por la circunstancia del desasosiego de los funcionarios judiciales en ese sentido, sino más bien por las excesivas cargas de trabajo que imperan en los juzgados tanto de Distrito como de primera instancia en el Poder Judicial local.

En efecto, según cifras oficiales del Instituto Nacional de Geografía y Estadística, en el año dos mil nueve se instruyeron un total de 167,906 causas penales en tribunales del fuero común, mientras que en los juzgados de Distrito se tramitaron un total de 37,417 causas penales, como se aprecia en la siguiente gráfica:

Procesados registrados en los juzgados de primera instancia según fuero y sexo, 1996 a 2009

Año	Fuero común				Fuero federal			
	Total	Hombres	Mujeres	No especificado	Total	Hombres	Mujeres	No especificado
1996	149,544.00	134,573.00	14,959.00	12	32,199.00	30,332.00	1,866.00	1
1997	143,556.00	129,049.00	14,501.00	6	30,414.00	28,606.00	1,806.00	2
1998	151,456.00	136,076.00	15,367.00	13	30,242.00	28,339.00	1,903.00	0
1999	155,120.00	137,955.00	17,161.00	4	30,564.00	28,379.00	2,182.00	3
2000	155,479.00	137,920.00	17,558.00	1	28,498.00	25,993.00	2,505.00	0
2001	163,995.00	145,851.00	18,142.00	2	28,619.00	26,519.00	2,099.00	1
2002	168,186.00	149,745.00	18,438.00	3	30,591.00	28,063.00	2,528.00	0
2003	174,960.00	156,439.00	18,517.00	4	32,287.00	29,248.00	3,039.00	0
2004	180,457.00	161,345.00	19,110.00	2	31,193.00	28,320.00	2,873.00	0
2005	181,006.00	162,035.00	18,968.00	3	33,147.00	29,912.00	3,235.00	0
2006	176,927.00	158,663.00	18,255.00	9	31,442.00	28,365.00	3,077.00	0
2007	180,222.00	162,011.00	18,201.00	10	31,829.00	28,994.00	2,833.00	2
2008	177,261.00	158,930.00	18,321.00	10	34,856.00	31,965.00	2,888.00	3
2009	167,906.00	150,408.00	17,498.00	0	37,417.00	34,415.00	3,002.00	0

Fuente: INEGI. Estadísticas judiciales en materia penal.

Fecha de actualización: martes 28 de septiembre de 2010

Lo que sumado al poco crecimiento de órganos jurisdiccionales en el país en ambos fueros, tal circunstancia viene a agravar más la situación que impide que el juez presida todas las diligencias, perdiéndose con esto desde luego uno de los pilares de todo sistema procesal penal, que es el principio de inmediación judicial de la prueba, que el juez esté presente en las diligencias, que vea el comportamiento procesal de las partes, sus gesticulaciones, que vea cómo se produce la prueba en su presencia y, sobre todo, que el inculpado conozca a su juzgador, pueda verle, pueda preguntarle, entre otras cosas.

Consciente de esta circunstancia, el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal emitió el Acuerdo General 15/2006, por el que se abroga el Acuerdo General 15/1997, que regula la práctica de visitas carcelarias, instruye a los jueces de Distrito en Materia Penal, de Procesos Penales Federales, y a los que, por no tener jurisdicción especial, conozcan de procedimientos penales federales, para que en un plazo no mayor a treinta días hábiles, contados a partir del inicio de la vigencia de dicho Acuerdo, coloquen en la entrada de los órganos jurisdiccionales correspondientes y en los espacios destinados al desahogo de las audiencias judiciales sendos letreros visibles, tanto para el público en general como para los que en su caso se encuentren tras las rejas de la ventanilla de prácticas judiciales, que en atención a lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 41 y el primer párrafo del numeral 87 del Código Federal de Procedimientos Penales, establecen que de conformidad con los citados numerales, el órgano jurisdiccional proporcionará en audiencia pública la información que las partes le soliciten sobre puntos del procedimiento en trámite, como cómputos, plazos y circunstancias para la promoción y el desahogo de pruebas, a fin de garantizar la plena información sobre la debida marcha del proceso, sin abordar cuestiones de fondo que la autoridad judicial deba resolver en los autos o en la sentencia.

III.5. El abuso desmedido de la prisión preventiva

Desde la interpretación por los tribunales de la Federación⁶ acerca de lo que procesalmente constituye la prisión preventiva, esto es, un acto de molestia comprendido en el artículo 19 constitucional y no de los comprendidos en el artículo 14 de la Carta Magna, en cuanto entrañe un acto privativo de la libertad misma, puede darse una idea del reiterado uso de esta medida, de suyo grave, por las autoridades judiciales del país como una especie de reacción a la criminalidad excedida, que trata de justificarse como el medio para preservar el desarrollo del proceso penal e impedir que el delincuente continúe su actividad ilícita. Y surge la contradicción en que incurre dicho accionar con

⁶ Véase tesis consultable en la página 44, Tomos 181-186, Sexta Parte del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, que precisa lo siguiente: "Auto de formal prisión. No puede ser violatorio de las garantías tuteladas por el artículo 14 constitucional. Los autos de formal prisión, que están regidos fundamentalmente por los numerales 18 y 19 de la Carta Magna, no pueden ser violatorios del artículo 14 constitucional, ya que el acto de privación a que se refiere este último precepto implica un acto de autoridad que se traduce en una merma de los derechos del gobernado como objetivo último, definitivo y natural del propio acto, lo que no sucede al dictarse un auto de bien preso, ya que mediante él no se priva en definitiva de la libertad al encausado sino sólo se le asegura en forma preventiva para los fines procesales con el objeto de impedir que se fugue u oculte y así paralice la marcha del procedimiento".

la contraposición, la presunción de inocencia, en virtud de que se impone a un sujeto cuya responsabilidad está por esclarecerse; abuso de la prisión preventiva que además ha influido en la percepción del sistema de justicia como carente de legitimidad, que se refuerza por el hecho de encarcelar un elevado número de personas que terminan siendo absueltas⁷.

IV. EL CONTENIDO DE LA REFORMA PENAL

La reforma constitucional al Sistema de Justicia Penal, aprobada por el Congreso de la Unión y ratificada por las legislaturas locales en el año 2008, da un vuelco de 180 grados a nuestro sistema penal, que data de 1917. Una parte de esta reforma –la relacionada con las medidas para combatir la delincuencia organizada– entrará en vigor según se vayan promulgando las distintas leyes secundarias. La otra –la que establece en México el sistema acusatorio– lo hará en un plazo que no exceda los ocho años. Este plazo, que en principio pudiera parecer lejano, es necesario para su instrumentación cabiendo señalar que el contenido de la reforma no solamente comprende el cambio de paradigma que implica transitar de un sistema inquisitivo a uno acusatorio, sino que además se reforman los dispositivos constitucionales que se aludirán.

IV.1. Artículo 16 constitucional, requisitos para librar una orden de aprehensión

La reforma del artículo 16 constitucional señala los requisitos para librar una orden de aprehensión; entre éstos, que se acrediten los datos que establezcan que se ha cometido un hecho delictivo, que existe la probabilidad de que el indiciado cometió o participó en su comisión, cuando anteriormente se exigían más requisitos, como el que se acreditara el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

IV.2. Define la flagrancia

Se establece que cualquier persona puede detener al imputado en el momento mismo que se esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido.

IV.3. Define el arraigo

La reforma penal señala que el arraigo será decretado solamente por la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público, cuando se trate de delitos considerados como delincuencia organizada y podrá durar un máximo de 40 días, la que puede hacerse extensiva otros 40. La reforma penal precisa que el arraigo *sólo se podrá imponer cuando sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, cuando exista el riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.*

⁷ “El sistema penal acusatorio. Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación”, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 32.

IV.4. Define la delincuencia organizada

La reforma penal también define el concepto de delincuencia organizada; señala que por tal se entiende una organización de tres o más personas para cometer delitos en forma permanente o reiterada en los términos de la ley de la materia.

IV.5. Se establece la existencia de jueces de control

La reforma constitucional crea la figura de los jueces de control para resolver solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias benignas de investigación de la autoridad y, en el ejercicio de dichas facultades, deberán velar por la garantía de los derechos de los indiciados y los de las víctimas.

IV.6. Reforma al artículo 17 constitucional.

Mecanismos alternativos de solución

La reforma penal establece la existencia de mecanismos alternativos de solución de controversias; *en materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en que se requerirá la supervisión judicial.*

IV.7. Deber de explicar las sentencias

Este mismo artículo constitucional precisa que las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencias públicas previa citación de las partes.

IV.8. Servicio público de defensoría

La reforma penal mexicana garantizará la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurará las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de sus defensores no podrán ser inferiores a los que correspondan al ministerio público.

IV.9. Asistencia letrada

El apartado B del artículo 20 constitucional se refiere a los derechos de las personas sujetas a proceso penal. Precisa que toda persona imputada tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, el 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 designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca a todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera.

IV.10. Artículo 18 constitucional. Los fines de la pena

La reforma penal abandona el criterio anterior de los fines de la pena, la que estaba orientada a la readaptación social del sentenciado, y organiza el sistema penitenciario 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.*

IV.11. Centros de reclusión para delincuencia organizada

La reforma penal mexicana precisa que habrá centros de reclusión especiales para prisión preventiva y para la ejecución de sanciones privativas de la libertad, en las cuales estarán las personas acusadas o sentenciadas por delitos de delincuencia organizada.

IV.12. Artículo 19 constitucional. Prisión preventiva

La reforma permite al fiscal solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la presentación del imputado a juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de las víctimas, de los testigos o la comunidad, así como cuando éste sea de nueva cuenta procesado o se le haya sentenciado previamente por la comisión de delito doloso; la propia Constitución refiere que la prisión preventiva *no podrá exceder del tiempo y como máximo de pena que fije la ley al delito que motiva 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 ese 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 refiere además la reforma que a toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tipo de la detención.

IV.13. La implementación de un sistema penal acusatorio

La principal característica de un sistema acusatorio consiste en que las funciones de acusar y juzgar quedan claramente separadas entre sí y son cada una responsabilidad de instituciones distintas; la primera corresponde al fiscal y la segunda, a la autoridad judicial. En los sistemas acusatorios es común la investigación coordinada entre el ministerio público y la policía y, en una segunda etapa, el fiscal decidirá, a partir de la evidencia científica recabada, si hay materia para acusar a una persona determinada sobre la realización de un delito en el momento en que se produce la acción penal y, en su caso, solicitar la adopción de medidas cautelares.

V. LA REFORMA PENAL EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Actualmente en el país existen Códigos de Procedimientos Penales con tendencia acusatoria, tales como los de Chihuahua,⁸ Baja California,⁹ Nuevo León,¹⁰ Morelos,¹¹

⁸ Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, publicado en el periódico oficial del Estado de Chihuahua el 9 de agosto de 2006.

⁹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California, publicado en el periódico oficial del Estado de Baja California el 19 de octubre de 2007.

¹⁰ Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, publicado en el periódico oficial del Estado de Nuevo León el 28 de marzo de 1990.

¹¹ Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, publicado en el periódico oficial del Estado de Morelos, "Tierra y Libertad", el 22 de noviembre de 2007.

Oaxaca¹², Puebla¹³, Zacatecas¹⁴ y Veracruz¹⁵, sin embargo, lo cierto es que solamente los Códigos de Procedimientos Penales de los estados de México, Puebla, Zacatecas y Baja California fueron emitidos con posterioridad a la reforma constitucional y, por ende, orientados a la reforma misma.

La implementación del nuevo sistema de justicia penal en el sistema procesal penal mexicano tiene como finalidad abandonar el modelo inquisitivo o inquisitorio para adoptar un nuevo procedimiento con características propias de un sistema acusatorio.

El principal cambio en el sistema penal que se estudia se transmite en la concepción de los fines del nuevo proceso de corte acusatorio y oral, tal y como lo define el artículo 20 constitucional, apartado A, al establecer en su primer párrafo que el *proceso penal será acusatorio y oral*, y en su fracción primera precisa que 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*.

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.

Esta exigencia constitucional podemos verla reflejada de la manera siguiente en los Códigos de Procedimientos Penales que se analizan:

CHIHUAHUA

Artículo 1. Finalidad del proceso.

El proceso penal tiene por objeto establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Se entenderá por derechos fundamentales los reconocidos en las constituciones federal y local, en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en las leyes que de aquéllas emanen.

MORELOS

Artículo 1. Finalidad del proceso.

El proceso penal tiene por objeto establecer la verdad histórica, garantizar la justicia

¹² Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca, publicado en el periódico oficial del Estado de Oaxaca el 9 de septiembre de 2006.

¹³ Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Puebla, publicado en el periódico oficial del Estado Libre y Soberano de Puebla el 21 de febrero de 2011.

¹⁴ Código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas” publicado en el periódico oficial del Estado de Zacatecas el 19 de octubre de 2007.

¹⁵ Código de Procedimientos Penales para el Estado Libre y Soberano de Veracruz de Ignacio de la Llave, publicado en el periódico oficial del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave el 7 de noviembre de 2003.

en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social en un marco de respeto a los derechos fundamentales de las personas.

Se entenderá por derechos fundamentales los reconocidos en las constituciones federal y local, en los tratados internacionales ratificados conforme al artículo 133 constitucional por los Estados Unidos Mexicanos y en las leyes que de aquéllas emanen.

VERACRUZ

Artículo 2º. El procedimiento tiene por objeto determinar si los hechos de que conozca la autoridad competente son constitutivos de delito, para sancionarlos con las penas y medidas de seguridad previstas en la ley aplicable.

Artículo 3º. El procedimiento tiene como finalidad:

- I. Garantizar la legitimidad y eficacia de la acción penal que ejerza el Ministerio Público.*
- II. Que las partes aporten al juez las pruebas necesarias para que esté en posibilidad de dictar su resolución conforme a derecho.*
- III. Garantizar al procesado los principios constitucionales para su defensa.*
- IV. Recibir las pruebas y proveer las medidas apropiadas para que se haga efectiva la reparación del daño a que tengan derecho la víctima o el ofendido del delito.*
- V. Reparar el daño ocasionado por el delinciente, dictando medidas apropiadas para su readaptación a la vida social.*

La actividad de quienes intervengan en el procedimiento tenderá a la consecución de estos propósitos.

ESTADO DE MÉXICO

Artículo I. Finalidad del proceso.

El proceso penal tiene por objeto el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Se entenderá por derechos fundamentales los reconocidos en las constituciones federal y local, en los tratados internacionales celebrados y en las leyes que de aquéllas emanen.

BAJA CALIFORNIA

Artículo 1. Finalidad del proceso.

El proceso penal tiene por objeto establecer la verdad, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Se entenderá por derechos fundamentales de las personas los reconocidos en las constituciones federal y local, en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en las leyes que de aquéllas emanen.

ZACATECAS

Artículo 1º. El proceso penal tiene por finalidad el esclarecimiento de los hechos, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social en un marco de respeto irrestricto a los derechos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado, en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en las disposiciones legales aplicables.

PUEBLA

Artículo 1º. El proceso penal será acusatorio y oral. Tiene por objeto el esclarecimiento de los hechos, garantizar la justicia en la aplicación del derecho, resolver el conflicto surgido como consecuencia del hecho que la ley señala como delito, proteger al inocente, procurar que la conducta no quede impune y que los daños causados por el delito se reparen, para garantizar la justicia en la aplicación del derecho y contribuir a restaurar la armonía social en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Como podemos advertirlo, excepto los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de Nuevo León y Veracruz, los que actualmente operan bajo este modelo de justicia acusatoria son: Morelos, Estado de México, Chihuahua, Baja California, Oaxaca, Puebla y Zacatecas; todos ellos coinciden en señalar que el proceso penal tiene por objeto el conocimiento de los hechos, establecer la verdad histórica, garantizar la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto surgido como consecuencia del delito, para contribuir a restaurar la armonía social entre sus protagonistas en un marco de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Y además fijan los alcances de los derechos fundamentales, no solamente los reconocidos en las constituciones locales de la entidad federativa de que se trata y de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también los reconocidos en los tratados internacionales celebrados y en las leyes que de aquéllas emanen, de ahí que asoma en las legislaciones que se analizan su fundamento eminentemente garantista.

Sin embargo, como se ha visto, solamente la legislación procesal penal correspondiente al Estado de Puebla es la que se apega en estricto sentido a la Constitución, en cuanto al tipo de proceso y la determinación de su objeto.

VI. TIPO DE PROCESO

La actual redacción del artículo 20 constitucional precisa que el proceso será acusatorio y oral. Estas características se ven reflejadas en los Códigos de Procedimientos Penales de los Estados de México, Oaxaca, Morelos, Chihuahua, Baja California, Baja California, Zacatecas y Puebla.

En el caso del Estado de Nuevo León, si bien es verdad que fue la primera entidad federativa del país que introdujo –desde el año 2004– importantes rasgos del sistema penal acusatorio en su procuración e impartición de justicia penal, cierto es también

que esto ha sido de manera parcial, sólo para algunos tipos de delitos, como son, por señalar algunos, quebrantamiento de sellos, calumnias, estupro, amenazas, resistencia de particulares, bigamia, robo de uso, y en determinadas etapas del procedimiento, como lo es el pronunciamiento del auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, según se trate, razón por la cual dicha legislación deberá ajustarse a la Constitución federal para que la oralidad trascienda a todas las etapas del procedimiento y, desde luego, a todos los delitos.

De igual manera, en su mayoría los mencionados Códigos de Procedimientos Penales están orientados a los principios procesales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales celebrados por nuestro país, en el sentido de que el nuevo proceso penal sea de tipo acusatorio, adversarial y oral.

Es acusatorio en tanto quien sostenga la acusación tendrá la carga de determinar el hecho típico y probar los hechos que acrediten la responsabilidad penal de las personas, sin que los tribunales puedan asumir ni rebasar los términos de la acusación, preservándose en todo momento la distinción entre las funciones propias de la acusación, de la defensa y del juez o tribunal de juicio oral, en su caso.

Es adversarial en tanto implica una *contienda entre las partes en situación de igualdad procesal sometidas a la jurisdicción.*

Es oral en tanto las pretensiones, argumentaciones y pruebas en el desarrollo del proceso se deben de plantear, introducir y desahogar en forma oral ante el juez o tribunal de juicio oral, bajo los principios de inmediación y contradicción, sin perjuicio de que la legislación pueda establecer casos en que los incidentes, recursos y cualesquiera otras solicitudes de trámite se formulen por escrito o por cualquier otro medio.

El reflejo de esta exigencia constitucional podemos advertirlo al interior de los Códigos de Procedimientos Penales en los Estados de la República orientados a este sistema de justicia en la manera siguiente:

- **Baja California.** Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine.
- **Chihuahua.** Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine.
- **Nuevo León.** Artículo 553, 2º. párrafo. Este procedimiento ante los órganos jurisdiccionales será preponderantemente oral, se realizará sobre la base de la acusación y se regirá por los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad, contradicción y publicidad, salvo las excepciones previstas en este Código y las leyes aplicables.
- **Veracruz.** Artículo 5º. El procedimiento penal se sujetará a los principios de legalidad, equilibrio, contradicción procesal, presunción de inocencia, búsqueda y conocimiento de la verdad histórica e inmediatez procesal.

- **Estado de México.** Juicio predominantemente oral. Artículo 275-B. Estos procedimientos se tramitarán sobre la base de la acusación y respetando los principios de oralidad, inmediatez, intermediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.
- **Oaxaca.** Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine.
- **Zacatecas.** Artículo 4. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de igualdad entre las partes, oralidad, publicidad, intermediación, continuidad, contradicción y concentración, en las formas que este Código determine.
- **Puebla.** Artículo 4. El proceso penal se registrá por los siguientes principios:
 - I. **Publicidad:** Todas las actuaciones serán públicas, salvo las excepciones que se establezcan en este Código para proteger la integridad física o psicológica de las personas que deban participar en la audiencia, o cuando se ponga en riesgo la revelación indebida de datos legalmente protegidos.
 - II. **Contradicción:** Los intervinientes podrán debatir los hechos y argumentos jurídicos, normativos y jurisprudenciales de la contraparte y controvertir cualquier medio de prueba, para lo cual podrán hacer comparecer, interrogar o, en su caso, conainterrogar a los testigos y peritos pertinentes.
 - III. **Concentración:** La presentación, recepción y desahogo de las pruebas, así como todos los actos del debate, se desarrollarán ante el juez competente y los intervinientes, en una audiencia continua, sucesiva y secuencial, salvo casos excepcionales previstos en este Código.
 - IV. **Continuidad:** Las audiencias no se interrumpirán, salvo en casos excepcionales previstos en este Código.
 - V. **Inmediación:** Los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de los intervinientes, con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deban participar en ella, salvo los casos previstos en este Código para la prueba anticipada.

¿Qué es lo que define a un sistema acusatorio en mérito de lo que exponen los legisladores locales en la implementación de este sistema en sus Códigos de Procedimientos Penales?

- Dicho sistema separa las investigaciones de acusación y juzgamiento.
- Se fortalece la figura del juez natural e imparcial que no hubiese previamente conocido de los hechos.
- Mayormente la acusación proviene del agente del Ministerio Público y excepcionalmente de los particulares a través de acciones privadas
- Emerge la igualdad de las partes, en cuanto a que tienen las mismas oportunidades procesales, las mismas garantías, los mismos derechos.

- El principio acusatorio reflejado en los códigos que se analizan descansa en los principios de publicidad, inmediación, concentración, contradicción y continuidad.
- La oralidad prevalece mayormente en este sistema, salvo casos de excepción cuando se perturben derechos fundamentales.

Cabe señalar que llama la atención que en determinados actos la tradición romano-germánica de dejar memoria escrita se ve reflejada en la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales que se analizan; vemos los siguientes casos:

En el Estado de México, se precisa que tanto la acusación como la sentencia tendrán que asentarse por escrito.

Baja California, Chihuahua, Oaxaca y Morelos determinan en sus legislaciones procesales que los actos procesales se registrarán por escrito, video o cualquier otro medio que garantice su reproducción.

Los citados Códigos de Procedimientos Penales, de la misma manera que los de Puebla, Estado de México y Baja California, exigen al acusador coadyuvante, al momento de señalar los vicios formales del escrito de acusación ministerial y en su caso requerir su corrección cuando ofrece los datos o bien los elementos necesarios para complementar la acusación ministerial, de exigir la reparación del daño, entre otras cosas, que sea por escrito.

Y como puede advertirse en la implementación de la oralidad que mayormente se ve reflejada en los códigos a estudio, puede decirse que no se rechaza la forma escrita para acceder a algunos de los actos procesales que así determinan las codificaciones correspondientes, y puede concluirse que la escrituralidad viene a complementar dicho sistema acusatorio.

VII. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REFORMA PENAL EN EL SISTEMA ACUSATORIO Y SU REFLEJO EN LAS LEGISLACIONES PROCESALES PENALES

VII.1. La intermediación y restricción judicial

Por otra parte, en mérito de la reforma penal, el artículo 20 constitucional, apartado A, en sus fracciones II y IV, *como un fundamental rasgo de este sistema acusatorio garantiza que toda audiencia y juicio 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, pública, continua y oral.*

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

A. De los principios generales:

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.

Sin duda, ésta es una de las funciones jurisdiccionales más importantes que identifican el sistema acusatorio plasmado en nuestra Carta Magna, porque a través de ésta el juez se *allega directa y personalmente de los conocimientos, impresiones y medios de prueba necesarios para eventualmente poder sustentar* las determinaciones que emita, ya en

las audiencias que normen el procedimiento o bien en el juicio oral que corresponda, y por esa circunstancia su función de ninguna manera puede ser delegada a persona distinta a la del juzgador.

Cabe señalar que dicho principio desde luego no sólo es aplicable a los juicios orales, sino que, como se advierte de la exposición de motivos del 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, de diez de diciembre de dos mil siete, se precisa que:

“El principio de inmediación presupone que todos los elementos de prueba que son vertidos en un proceso y que servirán para la toma de decisiones preliminares en el proceso y la determinación de la responsabilidad penal de una persona, sean presenciados sin mediaciones o intermediarios por el juez en una audiencia, de modo tal que éste esté en aptitud de determinar, previa valoración libre de la prueba ofrecida, la decisión en cuestión. Este método eleva enormemente la calidad de la información con la que se toma la decisión, toda vez que además de permitir un contacto directo con la fuente de la prueba, la resolución se adopta después de escuchar a las partes.”

Este elemental principio de inmediación judicial se encuentra garantizado en los estados de Oaxaca en el artículo 3^o1⁶, Nuevo León en el artículo 553¹⁷, Chihuahua en el artículo 3^o18, Zacatecas en el artículo 4^o19, Morelos en el artículo 3^o20, Baja California en el artículo 3^o21, México en el artículo 4^o22, Puebla en el artículo 4^o23.

¹⁶ Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine.

¹⁷ Artículo 553. Las normas contenidas en el presente capítulo serán aplicables para el procesamiento de los siguientes delitos previstos en el Código Penal para el Estado de Nuevo León.

Este procedimiento ante los órganos jurisdiccionales será preponderantemente oral, se realizará sobre la base de la acusación y se regirá por los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad y publicidad, salvo las excepciones previstas en este Código y las leyes aplicables. En lo no previsto por este capítulo, se aplicarán supletoriamente las normas comunes de este Código, siempre que las mismas no contravengan los citados principios.

¹⁸ Artículo 3. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine. Los principios, derechos y garantías previstos por este Código serán observados en todo proceso como consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal, medida de seguridad o cualquier otra resolución que afecte los derechos de las personas.

¹⁹ Artículo 4. El proceso penal será acusatorio y oral; en él se observarán los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación e igualdad, en las formas y con las excepciones que la Constitución y las leyes establezcan.

²⁰ Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine. Los principios, derechos y garantías previstos por este Código serán observados en todo proceso como consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal o cualquier otra resolución que afecte los derechos de las personas.

²¹ Artículo 3. Principios rectores. En el proceso penal se observarán especialmente los principios de oralidad, publicidad, igualdad, inmediación, contradicción, continuidad y concentración, en las formas que este Código determine.

Los principios, garantías y derechos previstos por este Código serán observados en todo proceso como consecuencia del cual pueda resultar una sanción penal, medida de seguridad o cualquier otra resolución que afecte los derechos de las personas.

²² Artículo 4. El proceso penal se regirá por los siguientes principios:

e) Inmediación: 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 deban participar en ella, salvo los casos previstos en este Código para la prueba anticipada.

Estos principios serán aplicables, en lo conducente, a los procedimientos para la aplicación de sanciones por infracciones administrativas o penitenciarias.

²³ Artículo 4. El proceso penal se regirá por los siguientes principios:

V.- Inmediación: Los jueces tomarán conocimiento personal del material probatorio introducido en la audiencia y escucharán directamente los argumentos de los intervinientes con la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales que deban participar en ella, salvo los casos previstos en este Código para la prueba anticipada.

Cabe mencionar que este principio no está garantizado en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Veracruz.

En torno al principio de restricción judicial, garantizado en la Constitución al señalar que el juicio se celebrará ante un juez que no haya conocido del caso previamente:

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.

Este principio se ve resguardado en el artículo 318 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, al señalar que los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal del juicio.

Artículo 318. Restricción judicial.

Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el tribunal de juicio.

El Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, expresamente no contiene esta garantía de la restricción judicial, sin embargo, se infiere del contenido del segundo párrafo de la fracción VII del artículo 559 de su legislación procesal penal, al disponer que pronunciado el auto de apertura del juicio oral, el juez de preparación de lo penal se inhibirá y remitirá exclusivamente dicho auto al juez de juicio oral, guardando el expediente en el secreto del juzgado. Lo que de suyo entraña que tácitamente se garantice que sea un juez distinto el que lleve a cabo el juicio oral propiamente dicho.

En lo que respecta al Estado de Veracruz, a pesar de que en el artículo 3º, fracción III,²⁴ de su Código de Procedimientos Penales se garantice al procesado los principios constitucionales para su defensa, esta garantía de restricción judicial no se encuentra expresamente reconocida.

En el Estado de Baja California este principio se encuentra plasmado en el artículo 317²⁵ de su legislación foral, al establecer de igual manera que los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el tribunal del debate.

En consonancia a la reforma constitucional, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México avala esta garantía de restricción judicial en el artículo 330²⁶.

El código de Procedimientos Penales del Estado de Zacatecas tampoco prevé este principio de restricción judicial propiamente dicho, sin embargo, se infiere del contenido del artículo 127 de su legislación foral penal²⁷, pues regula la figura procesal conocida

²⁴ Artículo 3º. El procedimiento tiene como finalidad:

III. Garantizar al procesado los principios constitucionales para su defensa.

²⁵ Artículo 317. Restricción judicial. Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral, no podrán integrar el tribunal del debate.

²⁶ Restricción judicial

Artículo 330. Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la de juicio oral no podrán conocer de esta etapa.

²⁷ Artículo 127. El juez deberá excusarse de conocer en la causa:

I. Cuando en el mismo proceso hubiera pronunciado o concurrido a pronunciar cualquier resolución anterior que haya implicado algún examen de mérito o la sentencia; o hubiera intervenido como Ministerio Público, defensor, representante legal, denunciante o acusador coadyuvante; hubiera actuado como perito, consultor técnico o conociera del hecho investigado como testigo, o tuviera interés directo en el proceso.

como “excusa judicial” al señalar que el juez deberá excusarse del conocimiento del asunto cuando en el mismo proceso se hubiere pronunciado o concurrido a pronunciar cualquier resolución anterior que haya implicado algún examen de mérito o la sentencia.

Los Estados de Oaxaca²⁸, Puebla²⁹ y Chihuahua³⁰ garantizan este principio en sus respectivos Códigos de Procedimientos Penales, al también establecer que los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal del debate.

VII.2. La carga procesal de la prueba

Este principio también se encuentra garantizado a nivel constitucional, orientado, desde luego, a este sistema de corte acusatorio, al establecer en la fracción V del artículo 20 constitucional, apartado A, *que para demostrar la culpabilidad la carga de la prueba le corresponde a la parte acusadora conforme lo establezca el tipo penal, y que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa respectivamente.*

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.

Llama la atención que esta disposición constitucional no hace referencia expresa a la institución del Ministerio Público como la parte procesalmente obligada a demostrar la culpabilidad, pues en concordancia de la actual redacción del artículo 21 constitucional, *ahora la víctima u ofendido de un hecho señalado por la ley como delito tendrá la posibilidad de ejercer la llamada acción penal privada y, consecuentemente, como parte acusadora tendrá la obligación de demostrar la culpabilidad del imputado en juicio; visto así, si no lo demuestra prevalecerá a favor del imputado la presunción de inocencia y el juzgador deberá proceder a su absolución.*

El reflejo de esta garantía constitucional en las legislaciones que se analizan no es unánime, habida cuenta que en legislaciones procesales como la del estado de Veracruz³¹, a pesar de que se garantice que el procedimiento penal se sujete a los principios de legalidad, contradicción, presunción de inocencia, entre otros, del análisis integral de la codificación foral no se aprecia que este principio esté reconocido en el procedimiento penal de mérito.

Del mismo modo, del análisis integral del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León se observa que este elemental principio no se encuentra garantizado.

En la legislación de Morelos ocurre que, de conformidad con el artículo 112 del Código de Procedimientos Penales³², la carga de la prueba le corresponde al Ministerio Público, quien deberá demostrar la existencia del delito y la participación del imputado en el mismo, y en el artículo 301 del cuerpo de leyes en cita³³ reconoce la existencia del

²⁸ Artículo 315. Restricción judicial.

Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal del debate.

²⁹ Artículo 379. Restricción judicial.

Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal respectivo.

³⁰ Artículo 317. Restricción judicial.

Los jueces que en el mismo asunto hayan intervenido en las etapas anteriores a la del juicio oral no podrán integrar el tribunal del debate.

³¹ Artículo 5º. El procedimiento penal se sujetará a los principios de legalidad, equilibrio, contradicción procesal, presunción de inocencia, búsqueda y conocimiento de la verdad histórica e inmediatez procesal.

³² Artículo 112. Carga de la prueba.

La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá demostrar en la audiencia de debate de juicio oral o, en su caso, en el procedimiento abreviado, la existencia del delito, así como la participación del imputado en éste.

³³ Artículo 301. Acusador coadyuvante.

acusador coadyuvante, a *quien se le obliga a promover por escrito y le son aplicables las formalidades previstas para la acusación del Ministerio Público*, sin que esto altere, según se menciona en el dispositivo en cuestión, las facultades concedidas al mencionado fiscal, así como tampoco le exime en sus responsabilidades.

En similares términos, la legislación procesal de Baja California, en sus dispositivos 106³⁴ y 120³⁵, reconoce que la carga de la prueba corresponde al Ministerio Público y la intervención en el proceso del acusador coadyuvante.

En contraste, el Código de Procedimientos Penales del Estado de México se apega estrictamente a la Constitución en la parte que se analiza, al señalar expresamente en su dispositivo 136 de su legislación foral³⁶, que la carga de la prueba le corresponderá al agente del Ministerio Público y, en su caso, al particular que ejerza la acción privada.

El Estado de Zacatecas, si bien es cierto que en el artículo 136³⁷ del Código de Procedimientos Penales prevé que la carga de la prueba corresponde al agente del Ministerio Público, tampoco se apega a la Constitución en el sentido de que sea la víctima u ofendido del delito, conforme al artículo 21 constitucional, quien tenga el deber de probar la culpabilidad del imputado, sino que esto se infiere conforme a la redacción del artículo 338³⁸, que al igual que la de Morelos y Baja California, obliga al acusador coadyuvante a gestionar por escrito y le son aplicables las formalidades que en ese sentido le aplican al agente del Ministerio Público.

El Estado de Oaxaca tampoco se apega en estricto sentido a lo que señala la Constitución respecto al tema que se analiza, puesto que de conformidad con el artículo 113 de su legislación foral³⁹ la carga de la prueba le corresponderá al Ministerio Público; sin embargo, por intelección del diverso 337 de la legislación foral en consulta⁴⁰, a la víctima se le reconoce la actuación consistente en formular la acusación coadyuvante,teniéndolo que hacer también por escrito.

El acusador coadyuvante deberá promover por escrito y le serán aplicables, en lo conducente, las formalidades previstas para la acusación del Ministerio Público. La participación de la víctima u ofendido como acusador coadyuvante no alterará las facultades concedidas por ley al Ministerio Público, ni le eximirá de sus responsabilidades

³⁴ Artículo 106. Carga de la prueba. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público.

³⁵ Artículo 120. Acusador coadyuvante. En el plazo señalado en el artículo 301, la víctima u ofendido podrá constituirse como acusador coadyuvante, y en tal caso se le tendrá como parte para todos los efectos legales. Si se tratase de varias víctimas u ofendidos, deberán nombrar un representante común, y si no alcanzan un acuerdo, el juzgador nombrará a uno de ellos.

³⁶ Artículo 136. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público y, en su caso, al particular que ejercite la acción privada.

³⁷ Artículo 136. La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público.

³⁸ Artículo 338. En el plazo señalado en el artículo anterior, la víctima podrá adherirse a la acusación formulada por el Ministerio Público y en tal caso se le tendrá como parte para todos los efectos legales. Para actuar con el carácter de acusador coadyuvante, la víctima deberá nombrar un licenciado en derecho para que la represente.

Su gestión deberá formularla por escrito y le serán aplicables en lo que corresponda las formalidades previstas para la acusación del Ministerio Público. En dicho escrito deberá ofrecer la prueba que pretenda se reciba en la audiencia del juicio.

La participación de la víctima como acusador coadyuvante no alterará las facultades concedidas por ley al Ministerio Público ni lo eximirá de sus responsabilidades. Si se tratase de varias víctimas u ofendidos deberán de nombrar un representante común y si no alcanzan un acuerdo, el juzgador nombrará uno de ellos siempre que no exista conflicto de intereses.

³⁹ Artículo 113. La carga de la prueba.

La carga de la prueba corresponderá al Ministerio Público, quien deberá demostrar en la audiencia de debate oral y público la existencia del delito así como la participación del imputado en éste, salvo lo dispuesto para el procedimiento abreviado.

⁴⁰ Artículo 337. Actuación de la víctima. - Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia intermedia, la víctima, por escrito, podrá:

I. Formular la acusación coadyuvante, conforme a lo dispuesto en este Código.

VII.3. La prueba ilícita

En la fracción IX del apartado A del artículo constitucional en estudio se consagra uno de los mayores logros en cuanto a la prueba en nuestro sistema de justicia penal, y es justamente la incorporación en nuestra Carta Magna de la llamada *cláusula de nulidad de la prueba ilícita* excluyendo toda clase de prueba que se obtenga aun en contravención de derechos fundamentales, *preservando así la lealtad procesal de la policía y, desde luego, la del agente del Ministerio Público, orientada a la profesionalización de la investigación.*

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Dicha cláusula obliga a la autoridad judicial a obrar escrupulosamente en el sentido de analizar si la prueba que es sometida a su escrutinio no tiene ese origen que de suyo la haga inconstitucional, analizando en todo momento *el nexo causal entre la información ilegalmente obtenida y los elementos de prueba obtenidos a partir de esta probanza.*

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL COLOMBIANO

Artículo 14. Intimidación. Toda persona tiene derecho al respeto de su intimidad. Nadie podrá ser molestado en su vida privada.

No podrán hacerse registros, allanamientos ni incautaciones en domicilio, residencia, o lugar de trabajo, sino en virtud de orden escrita del Fiscal General de la Nación o su delegado, con arreglo de las formalidades y motivos previamente definidos en este Código. Se entienden excluidas las situaciones de flagrancia y demás contempladas por la ley.

De la misma manera deberá procederse cuando resulte necesaria la búsqueda selectiva en las bases de datos computarizadas, mecánicas o de cualquier otra índole que no sean de libre acceso, o cuando fuere necesario interceptar comunicaciones.

En estos casos, dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes deberá adelantarse la respectiva audiencia ante el juez de control de garantías, con el fin de determinar la legalidad formal y material de la actuación.

Veamos el reflejo de esta garantía constitucional en las legislaciones de los Estados de la República.

En las legislaciones de Nuevo León y Veracruz no se aprecia la existencia de dispositivo alguno que respalde este postulado constitucional.

En el Estado de Morelos, conforme a su dispositivo 333 del Código de Procedimientos Penales⁴¹, los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o si no fueron incorporados al proceso conforme a sus propias

⁴¹ Artículo 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 conforme a las disposiciones de este Código; tampoco tendrán valor las pruebas que sean consecuencia directa de aquéllas.

disposiciones, así como tampoco tendrán valor las pruebas que sean consecuencia directa de aquéllas.

De igual manera, de conformidad al artículo 420⁴² de la citada legislación foral penal, es motivo de casación penal cuando se hubiese tomado en cuenta una prueba ilícita que trascienda al resultado del fallo.

En el Estado de Baja California, conforme al dispositivo 331⁴³ del Código de Procedimientos Penales, los elementos de prueba no tendrán valor si han sido obtenidos por un medio ilícito o bien, si no fueron incorporados al proceso de conformidad a sus propias prescripciones, y además, conforme al diverso numeral 420⁴⁴, es causa de nulidad de la sentencia, entre otras cosas, cuando se tome en cuenta una prueba ilícita que hubiese trascendido al resultado del fallo.

Los Estados de México, Oaxaca y Zacatecas, en su legislación procesal penal, coinciden en señalar que los elementos de prueba sólo tendrán valor si han sido obtenidos y reproducidos por medios lícitos e incorporados del modo que autorizan sus códigos; éstos son claros al precisar especies de actos que entrañen esa vulneración de derechos fundamentales y a partir de los cuales se obtengan medios probatorios, tales como la tortura, la amenaza o violación de derechos fundamentales de las personas, ni la obtenida a partir de información originada en un procedimiento o medio ilícito.

VII.4. La presunción de inocencia

Este derecho se encuentra consagrado en el artículo 11, párrafo I, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, *al proscribir que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y al juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*. Y en el mismo sentido se proclama en el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el diverso 8.2 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, al expresar que *toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*. En congruencia con ello y dado que, como hemos visto, en la reforma penal a nivel constitucional se hizo expreso reconocimiento a este y otros derechos que le asisten a todo imputado, fue que el reflejo de este compromiso internacional, con plena vigencia en México antes de la reforma propiamente dicha, se dio mediante la inclusión de la fracción I del apartado B del artículo 20 constitucional, en cuanto señala que todo *imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa*, siendo pues el estado o presunción de inocencia un derecho de todo imputado.

⁴² Artículo 420. Motivos de casación.

Procede decretar la casación cuando:

VIII. Haya tomado en cuenta una prueba ilícita que trascienda al resultado del fallo.

⁴³ Artículo 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.

⁴⁴ Artículo 420.- Motivos de nulidad de la sentencia.- La sentencia será motivo de recurso de nulidad cuando:

III. Haya tomado en cuenta una prueba ilícita que trascienda al resultado del fallo.

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. Que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.

Ahora bien, veamos su reflejo al interior de los Códigos de Procedimientos Penales que se estudian:

En los Estados de Chihuahua⁴⁵, Oaxaca⁴⁶, Zacatecas⁴⁷, México⁴⁸, Baja California⁴⁹ y Morelos⁵⁰, en su legislación foral se precisa que el imputado será considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso y en la aplicación de la ley penal mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, y que en caso de duda, será lo más favorable para el imputado.

El Estado de Nuevo León no garantiza en su legislación foral este elemental principio, mientras que en el Estado de Veracruz, a pesar de que se menciona en el artículo 5^{o51} de su Código de Procedimientos Penales que el procedimiento penal se sujetará a los principios de legalidad, equilibrio, contradicción procesal, presunción de inocencia, entre otros, no fija sus alcances y menos aún plasma la manera en que se garantiza en la Constitución este elemental derecho.

VII.5. Los derechos de la víctima u ofendido

El apartado C del dispositivo constitucional que se estudia otorga actualmente a la víctima un rol protagónico en el procedimiento penal, justo porque debe tomarse en cuenta que es quien sufre los efectos del delito y sus consecuencias, ya sean materiales, psíquicas, económicas o físicas.

En el anterior sistema inquisitivo o inquisitorio era más que evidente el abandono social de la víctima, su poca intervención en el procedimiento penal y la falta de apoyo psicológico, por lo que era necesario responderle socialmente a la víctima u ofendido; por ello la reforma constitucional también se orientó a la protección de la víctima, al resarcimiento de los daños que se le hubiesen causado, otorgándole un rol protagónico y de intervención directa en el proceso penal.

⁴⁵ Artículo 5. Presunción de inocencia.- El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.

⁴⁶ Artículo 5. Presunción de inocencia.- El imputado será considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso y en la aplicación de la ley penal mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.

⁴⁷ Artículo 6. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se actuará conforme a lo más favorable para el imputado.

⁴⁸ Artículo 6. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en éste código.

⁴⁹ Artículo 5. Presunción de inocencia.- El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del proceso mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en este Código. En caso de duda, se estará a lo más favorable para el imputado.

⁵⁰ Artículo 5. Presunción de inocencia. El imputado deberá ser considerado y tratado como inocente en todas las etapas del procedimiento mientras no se declare su culpabilidad por sentencia firme, conforme a las reglas establecidas en éste Código.

⁵¹ Artículo 5°. El procedimiento penal se sujetará a los principios de legalidad, equilibrio, contradicción procesal, presunción de inocencia, búsqueda y conocimiento de la verdad histórica e inmediatez procesal.

En las legislaciones procesales de los Estados de Nuevo León y Veracruz no se cumplen a cabalidad los postulados de esta importante reforma constitucional, pues a lo sumo, lo que se hace en sus legislaciones forales es *meramente una reiteración de algunos derechos que tenía ya la víctima, tales como su garantía para recibir asistencia jurídica por parte del Ministerio Público, a ser informada de sus derechos y recibir información relativa al curso del procedimiento*. De igual forma, se reiteran y preservan los derechos a recibir atención médica y psicológica, con diversas medidas de protección y auxilio.

Pero lo más importante de la reforma estriba en la dimensión constitucional de la manera en que la víctima ejercerá el rol de la coadyuvancia, tanto para intervenir en el proceso de manera directa como para interponer los recursos que se le permitan, llegando inclusive a adherirse a la acusación ministerial. En las legislaciones de Morelos, Estado de México, Chihuahua, Baja California y Zacatecas se le denomina “acusador coadyuvante”, excepto en el caso de Oaxaca, en el que solamente se le denomina “coadyuvante”; sin embargo, en lo general todas estas legislaciones coinciden en señalar al coadyuvante como parte del proceso, concediéndosele facultades para señalar los vicios materiales y formales del escrito de acusación del ministerio público, ofrecer las pruebas para acreditar la existencia y el monto de los daños y perjuicios e inclusive para complementar la acusación del Ministerio Público, demandar la responsabilidad del daño, incluso a terceros, cabiendo señalar que a dicha coadyuvancia se le aplican las formalidades del ministerio público en su rol de órgano acusador, entre otras cosas, lo que evidencia la dimensión constitucional que se le ha dado al rol de la víctima u ofendido.

De igual forma se refleja en las legislaciones forales, excepto en las de Nuevo León y Veracruz, la garantía constitucional de toda víctima u ofendido consistente en el resguardo de su identidad cuando la víctima sea un menor de edad o se trate de víctimas de violación, secuestro o delincuencia organizada.

VII.6. La prisión preventiva actualmente

El artículo 19 constitucional establece el principio de excepcionalidad al determinar, en su segundo párrafo, que podrá solicitarse la detención preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente en la comisión de un delito doloso.

En congruencia con lo anterior, el artículo 20, apartado B, fracción IX, ha establecido un plazo máximo de duración de la prisión preventiva, en el sentido de que no pueda exceder el máximo de la pena correspondiente por el delito perseguido y en ningún caso podrá ser superior a dos años.

Esta medida cautelar es la excepción en la aplicación de las medidas cautelares personales, pues se antepone en todo momento el principio de presunción de inocencia como un límite al abuso excedido en la aplicación de esta grave medida cautelar.

Es por ello que la mayoría de las legislaciones procesales, en congruencia con la Constitución, ubican a la prisión preventiva como una medida cautelar del orden

personal de carácter excepcional con algunas variantes en cuanto a su duración, los requisitos para decretarla, entre otros aspectos.

En cuanto a su duración, se aprecia lo siguiente:

ENTIDAD FEDERATIVA	DURACIÓN MÁXIMA	PRÓRROGA	SUSPENSIÓN POR AMPARO
Baja California	12 meses	6 meses	Si
Chihuahua	12 meses	6 meses	Si
Edo. de México	Dos años	No	Si
Morelos	12 meses	6 meses	Si
Nuevo León	X	X	X
Oaxaca	Dos años	No	Si
Puebla	Dos años	No	Si
Zacatecas	12 meses	Seis meses	Si
Veracruz	X	X	X

Las características comunes en las legislaciones que se analizan, excepto Nuevo León y Veracruz, son las siguientes:

VII.6.1. El carácter excepcional de la prisión preventiva

Sólo es aplicable cuando *no pueda evitarse razonablemente la sustracción a la acción de la justicia del imputado, la obstaculización a la investigación o el proceso o el riesgo para la víctima u ofendido, mediante la imposición de una o varias de aquellas que resulten menos gravosas para el imputado.*

VII.6.2. Restricciones comunes en las legislaciones que se analizan para la prisión preventiva

No puede ordenarse la prisión preventiva cuando el delito por el cual se formuló la imputación *tenga señalada como sanción una no privativa de libertad o sanción alternativa a la de prisión.*

La prisión preventiva *no podrá combinarse con otras medidas cautelares.*

Debe evitarse si no se ha decretado o bien restringirse cuando las condiciones personales del imputado se agraven de tal modo que la prisión preventiva genere una situación cruel, inhumana o degradante.

VII.6.3. Procedencia de la prisión preventiva

Los casos en que procede la prisión preventiva de oficio y a petición justificada del Ministerio Público, estableciéndose que amerita prisión preventiva oficiosa son, entre otros, *en los delitos de homicidio doloso, violación, secuestro y su comisión en grado de tentativa, así como los delitos cometidos con medios violentos siempre que se ocasionen daños graves en la integridad física de las personas y en tratándose de delitos cometidos con armas, explosivos u otros que por su naturaleza puedan generar peligro, así como los delitos graves contra el libre desarrollo de la personalidad.*

VII.6.4. La revisión de la prisión preventiva

El juez, de oficio o a petición del imputado y su defensor, puede solicitar la revisión de la prisión preventiva en cualquier momento, *cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó.*

VIII. El uso de la tecnología en el sistema acusatorio adversarial y su adopción en los códigos de procedimientos penales de corte acusatorio

Cuando el Constituyente originario promulgó nuestra actual Constitución, específicamente los artículos que nos ocupan, esto es, los artículos 16, 17, 18, 19, 20 y 21, base toral del sistema acusatorio en estudio, ni siquiera se imaginó el gran avance tecnológico orientado a la expansión de los medios de comunicación electrónicos, los que han impactado en la educación, la cultura, la medicina; la justicia no ha sido la excepción y tal es el caso del funcionamiento actual de los Juzgados de Distrito Federales Especializados en Medidas Cautelares, que responden precisamente a la implementación del sistema acusatorio en nuestro país, a los que se accede exclusivamente por los medios electrónicos desde cualquier parte de la república los 365 días del año, obsequiando así, en los casos que proceda, órdenes de cateo, intervenciones telefónicas, arraigos. De igual manera, a nivel federal se cuenta con la implementación de un sistema de gestión judicial denominado SISE 2, con el respaldo tecnológico de la empresa Microsoft, que viene a dar un giro de 180 grados a la manera en que se llevará a cabo la tramitación de los juicios de amparo, causas penales, juicios civiles federales, desde su inicio hasta la emisión de la sentencia, de tal forma que las partes pueden acceder por la vía electrónica a sus expedientes de la misma naturaleza, y el secretario, previa emisión del acuerdo respectivo, autoriza el proveído con su firma electrónica y el juez, una vez que analiza dicho acuerdo, emite de igual forma su firma electrónica, contribuyendo grandemente a que la impartición de justicia sea pronta, y desde luego expedita.

Por eso también se explica que el Consejo de la Judicatura Federal haya emitido el Acuerdo General 74/2008, por virtud del cual pone a disposición de los órganos judiciales la red privada virtual para llevar a cabo videoconferencias en las cuales puedan desahogarse diligencias de carácter judicial, tales como declaraciones preparatorias, careos, interrogatorios, reconocimiento de voz, todo esto bajo el sustento de la actual redacción del artículo 16 del Código de Procedimientos Penales, que precisa:

“... En el proceso, los tribunales presidirán los actos de prueba, recibirán por sí mismos las declaraciones. En las diligencias podrán emplearse, según el caso, a juicio del

funcionario que las practique, la taquigrafía, el dictáfono y cualquier otro medio de prueba que tenga por objeto reproducir imágenes y sonidos, y el medio empleado se hará constar en el acta respectiva...”

Y es aplicable porque la videoconferencia, tal y como se define el protocolo elaborado por el Poder Judicial de la Federación en el mencionado Acuerdo General 74/2008, es un medio de comunicación que tiene por objeto reproducir imágenes y sonidos en tiempo real a través de la distancia, utilizando como vía las conexiones a través de nodos digitales dedicados a esos fines; en otras palabras, la videoconferencia no es otra cosa más que un sistema de televisión cerrado de doble vía que transmite y recibe en ambos sentidos imágenes y sonidos al mismo tiempo.

Actualmente se han desahogado más de 700 diligencias a nivel nacional por medio de este sistema de videoconferencias, el cual, como lo veremos más adelante, responde a la lógica de la oralidad, inmediatez judicial, concentración; en otras palabras, le arropa el sistema acusatorio.

En efecto, analizando dentro de las principales ventajas que ofrece este sistema, se encuentra:

1. Eficientar el tiempo empleado en la tramitación de las causas penales o juicios en general.
2. Reducir los gastos en cuanto a erogación de los costos del desplazamiento de las partes de un punto a otro.
3. Evitar el traslado de un punto a otro de inculpados con un perfil criminológico alto.
4. Examen de testigos, peritos o terceros que se encuentren fuera del lugar del juicio.
5. Principio de inmediación judicial de la prueba.

En el ámbito internacional, sistemas como el de Chile, que han servido de modelo para diversos países latinoamericanos, incluido México al seno de varios Estados de la República –Morelos, Oaxaca, Estado de México, entre otros–, en sus respectivas legislaciones prevén el uso de medios que reproduzcan imágenes y sonidos como un medio de prueba y no como un medio a través del cual se puedan desahogar pruebas, como se muestra a continuación:

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES CHILENO

Artículo 323. Medios de prueba no regulados expresamente. Podrán admitirse como pruebas películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe. El tribunal determinará la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo.

Siendo que en el ámbito local, específicamente en el Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, representa un gran avance el uso de este medio de comunicación y no se limita, como ocurre con la mayoría de los Códigos de Procedimientos Penales de la República, a capturar imágenes y sonidos a partir de los cuales quede constancia del acto o diligencia judiciales, sino que, específicamente,

orienta a la videoconferencia como un medio a través del cual se llevan a cabo diligencias ministeriales y judiciales, veamos:

“Artículo 24. El juez y el Ministerio Público estarán acompañados, en las diligencias que practiquen, de sus secretarios si los tuvieren, o de dos testigos de Asistencia, que darán fe de todo lo que en aquéllas pase.

En las diligencias o actuaciones podrán emplearse, según el caso, a juicio del servidor público que las practique, la taquigrafía, el dictáfono, así como cualquier medio que tenga por objeto la reproducción de escritos, imágenes o sonidos, que podrá ser el convencional o mediante el uso de sistemas de informática. Cuando el inculcado esté privado de su libertad, o en libertad internado en un hospital, los tribunales podrán practicar diligencias por videoconferencia, dando fe el secretario de todo lo que en dicha actuación suceda”.

Además el citado dispositivo define a la videoconferencia como:

“El servicio que permite que dos o más personas que se encuentren separadas físicamente, estén en contacto visual y auditivo, empleando para ello una comunicación digital, bidireccional, en tiempo real de audio, video y datos; se hará constar en el acta el medio que se haya empleado en aquéllas”.

Y mediante el uso de esta tecnología en las diversas diligencias que se precisan en los Códigos de Procedimientos Penales bajo la lógica de este sistema acusatorio, a manera de ejemplo vendría a respondernos la *pregunta que emerge de la lectura del artículo 74 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Puebla*⁵², en el sentido de que las audiencias se *podrán llevar a cabo con la asistencia física o virtual del imputado*, lo que implica que si eventualmente para trasladar al imputado a una diligencia se debieran recorrer, como hoy ocurre en muchos lugares del país, grandes distancias desde los Centros de Reinserción Social donde guarda prisión preventiva hasta los recintos judiciales que le requieren, y de tener un perfil criminal de tal magnitud que su traslado entrañe un riesgo latente para la sociedad, los custodios y el propio personal judicial, pueda aprovecharse esa oportunidad de virtualidad y se le aprecie a través de un monitor en el acto de la videoconferencia, adoptando las medidas de seguridad adecuadas y respetando en todo momento los derechos del imputado, en el sentido de que no se utilicen en su contra medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el juzgador, tal y como lo exige, a manera de ejemplo, el artículo 128, fracción IX, del Código de Procedimientos Penales del Estado Libre y Soberano de Morelos⁵³; evitar además que la propia autoridad judicial, por las circunstancias relevantes del caso, se vea obligada a trasladarse al centro de reclusión, tal y como lo prevé el artículo 26 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua⁵⁴; o si es el caso que prevé

⁵² Artículo 74. Las audiencias se podrán llevar a cabo con la asistencia física o virtual del imputado.

⁵³ Artículo 128. Derechos del imputado.

IX. Que no se utilicen en su contra medios que impidan su libre movimiento en el lugar y durante la realización de un acto procesal, sin perjuicio de las medidas de vigilancia que, en casos especiales, estime ordenar el juzgador.

⁵⁴ Artículo 26. Lugar.

La autoridad judicial, cuando lo considere necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, podrá constituirse en lugar distinto de la sala de audiencias.

el artículo 337 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, en el sentido de que si el testigo reside en un lugar lejano al asiento del órgano judicial y carece de medios económicos para trasladarse, se dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia⁵⁵, pudiendo llevarse a cabo su testimonio por este medio.

O bien se trate de un testimonio especial, como es el caso que prevé el artículo 345 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Oaxaca⁵⁶, para aquellos lamentables casos en que la persona ha sido agredida sexualmente, se trate de víctimas de secuestro, cuando quien declara sea un menor de edad, o bien cuando las personas no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas.

Como se advierte de lo aquí señalado, es necesario que las legislaciones de los Estados de la República que responden y responderán a este sistema acusatorio se orienten al uso de esta tecnología que encaja adecuadamente a dicho sistema, toda vez que respeta el principio de oralidad al poder percibir a través de las imágenes y sonidos las declaraciones de quienes en la misma intervengan; permite la inmediatez judicial, porque el juez, como protagonista del proceso, advertirá directamente la producción de una prueba, la declaración de un testigo, del imputado, su comportamiento procesal, entre otras cosas; permite también el principio de concentración porque puede aprovecharse en el acto de la videoconferencia el que se desahoguen subsecuentemente y en el tiempo que se emplearía en una diligencia común con las personas físicamente presentes en el tribunal, las diligencias tendientes a la correcta integración del proceso, admitiendo también la publicidad, toda vez que, excepto que se trate de diligencias que puedan perturbar o afectar los intereses superiores de un menor, por ejemplo, éstas serán públicas.

Para ello deberá emitirse un protocolo de modo tal que permita la estandarización de la diligencia misma en cuanto a las formalidades; entre otras, que sea presidida por el juez, salutación a las partes, la necesaria comprobación de las condiciones de visibilidad y audibilidad por el juez; la vestimenta de las partes a efecto de que permita la adecuada visualización de las imágenes que en tiempo real se transmitan, el equipo técnico a utilizar, tales como codecs, pantallas, audífonos, micrófonos, iluminación, para lo cual serviría de base el protocolo elaborado por el Poder Judicial de la Federación que como anexo se puede consultar en el Acuerdo General 74/2008 antes comentado.

⁵⁵ Artículo 337. Citación de testigos.

Si el testigo reside en un lugar lejano al asiento del órgano judicial y carece de medios económicos para trasladarse, se dispondrá lo necesario para asegurar su comparecencia.

⁵⁶ Artículo 345. Testimonios especiales

Cuando deba recibirse testimonio de personas agredidas sexualmente o víctimas de secuestro, sin perjuicio de la fase en que se encuentre el proceso el juzgador podrá ordenar su recepción en sesión privada y con el auxilio de familiares o peritos especializados en el tratamiento de esa problemática o de técnicas audiovisuales adecuadas.

La misma regla podrá aplicarse cuando algún menor de edad deba declarar por cualquier motivo.

Las personas que no puedan concurrir al tribunal por estar físicamente impedidas, serán examinadas en su domicilio o en el lugar donde se encuentren si las circunstancias lo permiten.

Estos procedimientos especiales deberán llevarse a cabo sin afectar el derecho a la confrontación y a la defensa.

PROYECTO
DE CÓDIGO FEDERAL
DE PROCEDIMIENTOS PENALES
QUE PRESENTA LA SETEC

Rodrigo A. Ozuna Solsona



Magistrado
Rodrigo A. Ozuna Solsona

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Guadalajara y Maestro en Ciencias Penales y Criminalística por la Facultad de Derecho de la Barra Nacional de Abogados.

Fue integrante de la mesa técnica de trabajo de la Reforma constitucional al sistema de justicia penal y de seguridad pública, que culminó con la reforma del 18 de junio de 2008, así como de las subsecuentes mesas que dieron como resultado la aprobación de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, la Miscelánea Penal, la Ley Orgánica de la PGR y la Ley de la Policía Federal, entre otras.

En la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, se ha desempeñado como Asesor del Secretario Técnico, Director General Adjunto de Enlace Jurídico y Legislativo y, actualmente, como Director General de Estudios y Proyectos Normativos.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el DOF. el 18 de junio de 2008, constituye un parteaguas en la evolución de nuestro sistema de justicia penal, al pasar de un sistema de corte mixto preponderantemente inquisitivo a uno de corte acusatorio y oral, planteando un rediseño integral de nuestro sistema de justicia.

Este cambio de paradigma, implica también transitar hacia la consolidación de un Estado democrático de derecho, respetuoso de los derechos humanos y de las garantías individuales de los ciudadanos, al mismo tiempo que permita que cuando se transgrede el orden jurídico mediante la comisión de un delito, el Estado sea capaz de lograr 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.

La reforma constitucional de 2008 planteó diversos cambios cualitativos tanto al sistema de justicia penal, al de seguridad pública, al régimen de delincuencia organizada, como al sistema penitenciario; se sentaron las bases para aplicar un nuevo modelo de justicia penal en el país de corte acusatorio, entre las que destacan de manera enunciativa las siguientes:

- Se precisaron los principios fundamentales en que debe sustentarse el nuevo modelo de justicia acusatorio, superando los rasgos inquisitivos.
- Se estableció la implementación de los juicios orales para darle a los procesos más transparencia.
- Se plasmaron los derechos del imputado que habrán de observarse en el nuevo sistema sobre la óptica del garantismo y el debido proceso legal.
- Se amplían los derechos de la víctima u ofendido del delito y se precisa su nuevo rol en el proceso.
- Se establecen nuevas normas y reglas de investigación de los delitos por parte del Ministerio Público y de la Policía.
- Se precisa la relación entre el Ministerio Público y la Policía de Investigación.
- Se prevé la posibilidad de utilización de mecanismos alternos de solución de conflictos.
- Se judicializa la ejecución de las normas penales.
- Se transita del sistema de readaptación social a reinserción social, entre otros aspectos.

1.1. RETOS DE LA REFORMA

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 nos plantea diversos retos a afrontar, el principal (como consecuencia lógica necesaria de la misma) es la implementación integral del sistema acusatorio en un sistema federalista como el nuestro.

Desde el punto de vista normativo –sin dejar de reconocer que el proceso de implementación del sistema no se reduce exclusivamente a cuestión de leyes, en virtud de su integridad– la armonización legislativa juega un papel determinante en la construcción de los mecanismos de implementación, ya que determinados

aspectos, como son: a) cambios organizacionales, b) capacitación, y c) infraestructura y equipamiento, dependen directamente de la confección del modelo jurídico en que descansará el nuevo sistema acusatorio, ya que sin la determinación de un modelo jurídico uniforme, coherente y congruente con las bases constitucionales del sistema acusatorio, se estima que no se podrá fijar adecuadamente lo siguiente:

- La definición de estructuras organizacionales de cada uno de los actores y operadores del sistema.
- Los perfiles de los operadores jurídicos que demanda el nuevo modelo.
- La detección de necesidades de capacitación.

De ahí la importancia de contar con parámetros normativos homogéneos, claros y uniformes en todo el país, en función de la reforma constitucional.

En cuanto a los retos de la implementación de la reforma constitucional desde el punto de vista normativo, podemos encontrar varios a la luz de la falta de armonización y homologación de las leyes procesales en el país, entre los cuales encontramos los siguientes:

- La existencia de treinta y tres Congresos (incluido el federal) con competencia para legislar en materia procesal penal dado nuestro actual diseño constitucional, puede dar lugar a criterios encontrados en torno al alcance de determinadas bases constitucionales del sistema acusatorio, que se pueden traducir en tratamientos normativos desiguales entre una legislación y otra.
- La existencia de figuras procesales que en algunos casos presentan divergencias en cuanto a su contenido y alcance en los diversos cuerpos normativos de entidades federativas, que en muchos de los casos son generadas por cuestiones de naturaleza conceptual.

Por ello, ante la falta de una adecuada armonización normativa en torno al sistema acusatorio en el país se hizo necesario adoptar una estrategia jurídica que con pleno respeto a la soberanía de las entidades federativas venga a propiciar dicha armonización, tanto en los Estados como en la Federación.

Partiendo de esta óptica, y sin dejar de desconocer que el mecanismo idóneo para lograr una adecuada uniformidad normativa lo sería una codificación procesal penal única –figura que sin embargo requiere de una reforma constitucional y de grandes consensos políticos al efecto–, es que se ha optado, por parte de la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Setec), en un primer momento, por la confección de un proyecto modelo de Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP).

Se busca un proyecto normativo que sirva de referente a las entidades federativas que aún no empiezan el proceso de confección normativa, a las que ya se encuentran en dichos procesos, así como a las que incluso ya cuentan con ley, para efecto de su elaboración o mejoramiento, respectivamente.

1.2. ANTECEDENTES DEL PROYECTO

1. En enero de 2010 se conformó una mesa de trabajo interinstitucional integrada por representantes de la Procuraduría General de la República (PGR), la Secretaría de Seguridad Pública (SSP), la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal (CJEF) y la Secretaría de Gobernación (Segob), coordinada por la Setec, a efecto de confeccionar el proyecto de CFPP.
2. Una vez confeccionado el proyecto por parte de la mesa interinstitucional, éste fue presentado ante el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal en la sesión celebrada el 26 de julio de 2010 y fue puesto a la consideración de sus integrantes (SCJN, CJF, Conatrib, Conferencias de Procuradores y Secretarios de Seguridad Pública, Segob, CJEF, PGR, SSP, Poder Legislativo, sector académico y sociedad civil) a fin de que formularan sus observaciones en un plazo que concluiría el 31 de agosto del mismo año.
3. De septiembre a noviembre de 2010 se solventaron las observaciones vertidas por los integrantes del Consejo.
4. Solventadas las observaciones, el proyecto fue aprobado por el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, por unanimidad, en la sesión del 9 de diciembre de 2010 y se acordó remitirlo a la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.
5. El proyecto ha sido sometido a las reglas de transparencia, de mejora regulatoria, de impacto presupuestal y demás requisitos exigidos por la ley; actualmente se encuentra en la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.

1.3. SOCIALIZACIÓN DEL PROYECTO

De forma paralela al proceso formal de creación del proyecto se desarrollan trabajos de socialización y retroalimentación con diversas instituciones de los sectores académico y civil, como por ejemplo:

- Con la Asociación Mexicana de Impartidores de Justicia (AMIJ), la Academia Mexicana de Ciencias Penales, con miembros de la red nacional a favor de los juicios orales, el INACIPE, la Universidad Autónoma de Aguascalientes, entre otras instituciones.

Dicho proyecto también se ha socializado en la mesa sobre la reforma penal organizada por el centro de Colaboración Cívica integrada por el CIDE, Fundar México S.O.S., entre otras instituciones. De igual forma, desde marzo se ha publicado en la página web de la Setec.

Se presentó además en la Segunda Reunión Nacional de Órganos Implementadores del Sistema de Justicia Penal.

2. METODOLOGÍA PARA LA CONFECCIÓN DEL PROYECTO

Para efecto de la confección normativa del proyecto de CFPP, se observó lo siguiente:

- a) Establecimiento de objetivos para la confección del proyecto.
- b) Identificación de referentes legales relacionados con el sistema acusatorio.
- c) Análisis de las bases y principios establecidos constitucionalmente en torno al sistema de justicia penal acusatorio y el contenido de los modelos o referentes existentes.
- d) Elaboración formal del proyecto de Código.

3. OBJETIVOS DEL PROYECTO

Constituirse en una propuesta institucional que sirva de referente a las entidades federativas en relación con la confección del modelo jurídico sobre el que deberá descansar el nuevo sistema procesal penal acusatorio, asegurando, entre otros aspectos, los siguientes:

- Dar debido cumplimiento a las bases y principios constitucionales retomando las buenas prácticas, así como las áreas de oportunidad legislativa que indica la experiencia comparada.
- Garantizar el debido proceso penal a los imputados de un delito y observancia de sus derechos inherentes.
- Garantizar todos los derechos de las víctimas u ofendidos.
- Lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio de los derechos del imputado y los de la víctima u ofendido.
- Procurar mecanismos alternativos de solución de controversias.
- Dotar de más y mejores instrumentos jurídicos a las autoridades encargadas de la investigación del delito y de la procuración de justicia, ajustadas en todo momento a la base constitucional.
- Aprovechar por un lado la tradición jurídica mexicana y, por el otro, la experiencia de otros países y entidades federativas que ya cuentan con el sistema penal de corte acusatorio, manteniendo siempre el diseño del proyecto a la medida de las necesidades de nuestro país a raíz del marco constitucional.

En suma, confeccionar un sistema de justicia que impida la impunidad y atienda las demandas y necesidades sociales en torno a la justicia penal.

3.1. IDENTIFICACIÓN DE REFERENTES LEGALES RELACIONADOS CON EL PROYECTO

Se procedió a identificar los proyectos legislativos existentes en la materia:

- Se ubicaron los proyectos de códigos presentados en el Congreso de la Unión:
- a) Proyecto PRI. Presentado en la Cámara de Diputados en la LX legislatura, elaborado por la Red ciudadana de juicios orales.

- b) Proyecto PRD. Presentado en la Cámara de Diputados en las LX y LXI legislaturas.
 - c) Proyecto Convergencia. Presentado en la LIX y LXI legislaturas.
- Se ubicaron modelos tipo de Código de Procedimientos Penales, como los siguientes:
 - a) Proyecto de Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica.
 - b) Proyecto de Código Conatrib, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia.
 - c) Proyecto de Código Alternativo de Procedimientos Penales, elaborado por miembros de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Se identificaron códigos vigentes en la materia que pudieran servir de referentes válidos para el confeccionamiento de la propuesta, consultando legislaciones a nivel América Latina (Chile, Colombia), así como legislación nacional (Baja California, Morelos, Durango, Chihuahua, Estado de México, Nuevo León, Oaxaca, Zacatecas, entre otros).

De igual forma, se identificaron diversos proyectos legislativos en el Congreso sobre aspectos específicos que pudieran incidir en el funcionamiento del nuevo sistema (medios informáticos como pruebas, percepción de la flagrancia con medios tecnológicos, asistencia de traductor a personas con discapacidad, etcétera).

3.2. ANÁLISIS DE LAS BASES CONSTITUCIONALES CONTRA MODELOS EXISTENTES

Se procedió a realizar un análisis de los principales referentes legales utilizados, para determinar coincidencias, divergencias y áreas de oportunidad legislativa, en función de las bases constitucionales establecidas por la reforma.

Cada una de las propuestas presentan cuestiones que las diferencian unas de otras de acuerdo con cuestiones de naturaleza conceptual en la regulación y alcance de determinadas figuras procesales, lo cual trae diversas implicaciones procesales a considerar.

3.3. ELABORACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO

Además de las otras acciones se realizó trabajo de campo, asistiendo a diversas audiencias de juicio oral y de etapas preliminares, entrevistas con los operadores y usuarios del sistema.

Se recibió asesoría por parte de expertos internacionales en el tema de sistema acusatorio (Chile, Colombia, Costa Rica, Puerto Rico, Canadá).

Derivado de todo lo anterior se procedió a confeccionar en primera instancia el proyecto conforme a los objetivos previamente trazados.

4. PRINCIPALES ASPECTOS A DESTACAR DEL PROYECTO DE CFPP DE LA SETEC

4.1. ESTRUCTURA PROCEDIMENTAL

El proyecto de CFPP regula todo lo relativo a la estructura procedimental y, a efecto de lograr más claridad y comprensión por parte del operador y del usuario, se ha planteado en función de la secuela procesal, teniendo como línea principal la cronología de sus etapas. Cuenta con 581 artículos, divididos en dos libros. El libro primero consta de cinco títulos y el libro segundo, de diez títulos, con 11 artículos transitorios.

4.2. LIBRO PRIMERO

Estructuralmente, el proyecto cuenta con un libro primero para regular en él todo lo relativo a disposiciones generales del procedimiento, y se compone de cinco títulos:

- Disposiciones preliminares.
- Principios y derechos procesales.
- Jurisdicción y competencia.
- Actividad procedimental.
- Sujetos procesales y auxiliares.

En las disposiciones preliminares se delimita la aplicación del Código al ámbito federal, su objetivo y la importancia de la utilización de los mecanismos alternos de solución de controversias en el procedimiento penal.

Dentro del objeto del Código se propone establecer las normas que se observaran en la investigación, persecución, juzgamiento y aplicación de sanciones, así como garantizar el acceso a la justicia, resolver el conflicto que surja con motivo del delito.

4.2.1. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

Se establecen una serie de principios constitucionales de contenido vinculativo en el alcance del proyecto de Código, comprendidos en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tales como publicidad, contradicción, inmediatez, continuidad, concentración, presunción de inocencia, carga de la prueba, entre otros.

Dichos principios se establecen como ejes rectores del contenido y alcance de todo el proyecto de Código y como fuente de interpretación primaria de las figuras procesales previstas en dicho proyecto.

1. Principio de publicidad.

Se encuentra contenido en el artículo 8 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: *“Las audiencias serán públicas, con el fin de que a ellas accedan no sólo las partes que intervienen en el procedimiento, sino también el público en general, con las excepciones previstas en el proyecto de código”*.

Con este principio se consolida la confianza pública en la administración de

justicia, se fomenta la transparencia en la misma, se permite el escrutinio público en el desarrollo del proceso, incluyendo a los medios de comunicación social, y por último, establece el principio sujeto a excepciones, en ponderación de los derechos de la víctima y el imputado.

1.1. Excepciones al principio de publicidad.

La regla general es que las audiencias serán públicas, sin embargo, constitucionalmente, ello está sujeto a determinadas excepciones, tales como:

- Razones de seguridad nacional y seguridad pública.
- Protección de las víctimas u ofendidos, de testigos o de menores de edad.
- Cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos.
- Cuando el Tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

2. Principio de contradicción.

Se encuentra contenido en el artículo 9 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: “Las partes podrán conocer, controvertir o confrontar los medios de prueba, así como oponerse a las peticiones y alegatos de la otra parte”.

Dicho principio resulta necesario para que los sujetos procesales puedan ejercer su pretensión y es fundamental en el debido proceso, ya que garantiza que la producción de pruebas se haga bajo el control de las partes.

2.1. Excepciones al principio de contradicción

En las audiencias privadas, derivada de solicitud de técnicas de investigación, de solicitudes de órdenes de aprehensión o comparecencia, etcétera.

3. Principio de concentración

Se encuentra contenido en el artículo 10 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: “*El desarrollo de la actividad procesal que produzca decisiones jurisdiccionales deberá concentrarse en audiencia*”.

Se observa en la agrupación de actos procedimentales en una audiencia y constituye una característica de la audiencia: continua e ininterrumpida.

Es una regla general en el proyecto de CFPP, por lo que este principio no tiene excepciones.

4. Principio de continuidad

Se encuentra contenido en el artículo 11 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: “*El desarrollo de las audiencias será en forma continua, sucesiva y secuencial, preferentemente en un mismo día o en días consecutivos hasta su conclusión en los términos previstos en este código, sin detrimento del derecho de defensa y del fin del proceso de esclarecer los hechos.*”

Dicho principio se da en el desarrollo continuo de las audiencias.

4.1. Excepciones al principio de continuidad

Puede darse por causas de suspensión de las audiencias, tales como cuestiones incidentales, ausencia de las partes, caso fortuito o de fuerza mayor.

5. Principio de inmediación

Se encuentra contenido en el artículo 20 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: *“Toda audiencia se desarrollará íntegramente en presencia del juez así como de las partes que deban de intervenir en la misma, con las excepciones previstas en este Código, sin que el juez pueda delegar en alguna otra persona el desahogo de la misma”*.

Dicho principio determina la obligatoriedad de la presencia ininterrumpida del juez en todas las audiencias, que tenga conocimiento directo de la causa y como característica fundamental reviste que la inobservancia de este principio es motivo de nulidad de la audiencia.

5.1. Excepciones al principio de inmediación

Su excepción se da en casos especiales, como la prueba anticipada.

6. Principio de presunción de inocencia

Se encuentra contenido en el artículo 20 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: *“Toda persona se presume inocente en todas las etapas del procedimiento en tanto no fuere condenada por una sentencia firme en los términos señalados en este código”*.

Los alcances de este principio son: proteger la situación jurídica de inocencia de la persona durante el procedimiento sin importar la calidad que tuviere en ese momento. También implica que el juez sólo condene cuando exista convicción de la culpabilidad del acusado. En el caso de duda debe aplicarse lo más favorable para el imputado y su alcance es transversal en todas y cada una de las figuras procesales que le implican cierta afectación a su situación jurídica.

7. Principio de debido proceso

Se encuentra contenido en el artículo 5 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: *“Ninguna persona podrá ser condenada a una pena ni sometida a una medida de seguridad, sino en virtud de sentencia firme dictada por un tribunal previamente establecido, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, en un proceso tramitado de manera imparcial y con apego estricto a las garantías, principios y derechos previstos en la CPEUM, instrumentos internacionales y en este código”*.

Este principio es transversal a los demás, puesto que requiere que sea un proceso previo legalmente tramitado, en donde haya un tribunal independiente e imparcial, y exista contradicción e igualdad de condiciones entre la acusación y el acusado.

8. Principio de carga de la prueba

Se encuentra contenido en el artículo 15 del proyecto de CFPP, mismo que dispone: *“Corresponde a la parte acusadora la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad del acusado conforme lo establezca el código penal y las leyes aplicables”*.

Este principio es consecuencia del derecho a la presunción de inocencia, en donde la parte acusadora tiene obligación de satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, mismo que deberá ser conforme lo establezca el tipo penal correspondiente.

4.2.2. DISPOSICIONES COMUNES A LA ACTIVIDAD PROCEDIMENTAL

a) Empleo de medios informáticos.

Se admite el uso de medios tecnológicos que permitan la modernización del sistema y agilizar las solicitudes de determinadas diligencias de investigación, providencias precautorias y medidas cautelares (teléfono, correo electrónico, fax, firma electrónica).

Dichos medios deberán de asegurar la certeza de tales solicitudes y de las resoluciones que las autoricen o nieguen.

b) Registros de las actuaciones.

Se prevé que las actuaciones judiciales, así como las del Ministerio Público y de la policía que deban constar por algún medio, se levanten en registros de video, fotografía o cualquier otro método que garantice fidedignamente su reproducción.

c) Reglas de las audiencias.

Se prevén reglas generales de las audiencias a efecto de garantizar el cumplimiento de los principios de publicidad, oralidad, inmediación, concentración, continuidad y las excepciones que la propia Constitución plantea.

d) Citaciones y notificaciones.

Se prevé el empleo de medios como el fax, el correo electrónico, así como la utilización de la firma electrónica siempre y cuando dichos medios permitan dotar seguridad y autenticidad al contenido de las mismas, requiriendo para tales efectos de confirmación posterior.

4.2.3. REGLAS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

Se establecen las reglas para el acceso a la información por parte de terceros, derivada de la investigación de un delito, en los supuestos siguientes: en una investigación en trámite y en las que se haya ejercido la acción penal son reservadas (sólo sujetos legitimados), para el acceso a los casos de no ejercicio de la acción penal sólo en cuanto dicha resolución haya quedado firme y respecto a los datos personales.

4.2.4. RESOLUCIONES JUDICIALES

En atención a la oralidad, se prevé que las resoluciones sean emitidas oralmente, sin embargo, en algunos casos, dada la trascendencia de la resolución (actos privativos o de molestia), se prevé que además consten por escrito; órdenes de aprehensión, órdenes de comparecencia, vinculación a proceso, resolución de medidas cautelares, auto de apertura a juicio oral, sentencias definitivas en procedimientos especiales o de juicio oral, sobreseimiento, acuerdos preparatorios y en autorizaciones de técnicas de investigación que requieran control judicial previo.

4.2.5. SUJETOS PROCESALES

Se prevén como sujetos procesales el imputado, el defensor, el Ministerio Público, el policía, la víctima u ofendido y el juez.

4.2.6. VÍCTIMAS U OFENDIDOS DEL DELITO

Partiendo de la premisa de lograr un adecuado equilibrio entre los derechos de la víctima u ofendido del delito y los derechos del imputado, en donde no forzosamente unos excluyen a los otros, es que dentro del proyecto de CFPP se regulan de manera amplia e incluyente los derechos de la víctima u ofendido de conformidad con lo establecido por el apartado C del artículo 20 de la CPEUM.

El proyecto plantea más de 40 puntos sustantivos que se traducen en derechos de las víctimas. Entre los principales derechos destacan:

- Respeto a la igualdad, intimidad, dignidad y datos personales.
- Calidad de parte procesal.
- Derecho a contar con un asesor jurídico, incluso de oficio.
- Derecho de solicitar medidas cautelares.
- Facultad de constituirse como acusador coadyuvante.
- Obligación del Ministerio Público de garantizar su seguridad y de la policía de prestar protección y auxilio.
- Acceso al registro durante todo el procedimiento.
- Protección de identidad en ciertos supuestos.
- Posibilidad de interponer recursos, oponerse a formas anticipadas de terminación del procedimiento y al principio de oportunidad, impugnar el no ejercicio de la acción penal, entre otros.

4.2.7. DERECHOS DEL IMPUTADO

Se regulan sus derechos dentro del procedimiento penal de conformidad con lo establecido por el artículo 20 de la Constitución. Entre los principales derechos destacan:

- Presunción de inocencia.
- No autoincriminación.
- Debido proceso.
- Contradicción e igualdad procesal.
- Recibir oportunamente información del delito que se le imputa y a tener acceso a la investigación.
- Ofrecer pruebas.
- Defensa técnica por defensor, inclusive de oficio.
- Ser juzgado en los plazos constitucionales.
- Carga de la prueba por parte del acusador.
- A ser absuelto en caso de duda razonable.

4.2.8. OTROS SUJETOS PROCESALES

a) Ministerio Público

Se replantean sus facultades; particularmente se enfatiza la relativa a la conducción y mando en la investigación de los delitos. Igualmente, se establecen obligaciones relacionadas con la cadena de custodia, la protección de víctimas, el ejercicio de criterios de oportunidad, entre las atribuciones previstas incluso en la misma miscelánea penal.

b) Policía

Se replantean las facultades de la policía en la función de investigación, se regula que ésta actuará bajo la conducción y mando del Ministerio Público en el ejercicio de la función de investigación, pero se le dan más atribuciones para investigar por sí misma, se establecen las obligaciones relativas al registro de la detención, la preservación del lugar de los hechos, el brindar protección a las víctimas del delito, entre otras.

c) Defensor

Se regulan sus atribuciones y su intervención dentro del proceso penal en representación del imputado, los requisitos para serlo a fin de garantizar una defensa técnica, así como los tipos de defensores que existen dentro del proceso (particular o de oficio).

d) Juez

Se regulan las atribuciones del juez distinguiendo entre las relativas a los jueces de control, encargados de conocer las cuestiones propias de la investigación inicial, hasta el autor de apertura a juicio oral, incluidos los procedimientos abreviado y simplificado; los relativos a los jueces de juicio oral con competencia para conocer todo lo relacionado con la audiencia de juicio oral, así como de los tribunales de segunda instancia.

4.3. LIBRO SEGUNDO

Estructuralmente, el proyecto cuenta con un libro segundo para regular en él todo lo relativo al procedimiento, y se compone de diez títulos. Se pretende que el desarrollo del libro segundo se confeccione en función de la secuela procesal, es decir, siguiendo como línea principal la cronología de las etapas procesales.

Lo anterior, para hacer asequible la utilización del código a los operadores del sistema y así evitar confusiones o problemas de interpretación.

4.3.1. ETAPAS PROCEDIMENTALES

Se comprenden las siguientes etapas:

- 1) Investigación Inicial.
- 2) Proceso.
 - 2.1. De control previo.
 - 2.2. Investigación formalizada.
 - 2.3. Intermedia.

- 2.4. Juicio oral.
3) Segunda instancia.

4.3.2. FLAGRANCIA

Se delimita el alcance de la flagrancia en relación con la base constitucional del artículo 16: *“Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”*.

Se actualizan las siguientes hipótesis de flagrancia:

- a) En el momento de estar cometiendo el delito.
- b) Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito.
- c) Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Se prevé que la flagrancia puede ser percibida por los sentidos o por medios tecnológicos.

4.3.3. REGISTRO DE LA DETENCIÓN

Se prevé la obligación de las autoridades para registrar de manera confidencial y reservada la detención de una persona de acuerdo con la base constitucional del artículo 16: *“Existirá un registro inmediato de la detención”*. De igual forma, se establece quiénes serán las autoridades que tendrán acceso a tal registro, así como también los datos que deberán consignarse en el procedimiento de registro, a fin de integrar una base de datos que permita tener el control de personas detenidas y evitar excesos en las detenciones que se realicen por la policía.

4.3.4. MEDIDAS CAUTELARES

Se crea un catálogo de medidas cautelares a fin de que el juez pueda contar con una gama más amplia de la misma y determinar, de entre ellas, la que se ajuste de manera más proporcional y razonable al caso concreto.

Las medidas cautelares son las siguientes:

- Presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe
- La exhibición de una garantía económica
- El embargo precautorio
- La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez
- Sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada
- La colocación de localizadores electrónicos
- La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares

- La prohibición de convivir o comunicarse con determinadas personas o con las víctimas u ofendidos o testigos
- La separación inmediata del domicilio
- La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos
- La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral
- Vigilancia policial
- La prisión preventiva

Se especifican como las causas de procedencia de las medidas cautelares las siguientes:

- Para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento
- Garantiza la seguridad de la víctima u ofendido
- Evitar la obstaculización del procedimiento
- Asegurar el pago de la recuperación del daño

Las medidas cautelares se encuentran sujetas a revisión judicial cuando hayan cesado las causas por las cuales se impusieron. La unidad auxiliar de medidas cautelares y salidas alternas tendrá como función la vigilancia del cumplimiento efectivo de las medidas cautelares impuestas, así como proporcionar información del imputado tanto a las partes como al juez para la correspondiente solicitud e imposición de la medida cautelar, respectivamente.

4.3.5. REQUISITOS DE PROCEDENCIA A SOLICITUD DEL MP

Será procedente cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso.

Lo anterior, con fundamento en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual dispone: *“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso”*.

El Ministerio Público podrá solicitar prisión preventiva oficiosa en los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delito con medios violentos, contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud.

Como consecuencia, se crea un catálogo de delitos por los que operará de manera oficiosa la prisión preventiva, en el que se enuncian cuáles delitos serán considerados

contra la seguridad de la nación, contra el libre desarrollo de la personalidad, contra la salud, los cometidos por medios violentos, siempre y cuando se emplearen armas o explosivos que prevé la Constitución, a los que se suman los cometidos bajo el régimen de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación y secuestro.

4.3.6. DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN CONTRA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

Se establece un catálogo de actuaciones practicadas durante la investigación que requieren de autorización judicial previa y las que no requieren autorización previa.

Dentro de las que no requieren autorización previa se encuentran la inspección del lugar de los hechos, a menos que sea un lugar cerrado; inspección de personas con su consentimiento; inspección de vehículos con el consentimiento de su poseedor; inspección de cadáver; aseguramiento de instrumentos, objetos o productos del delito; entrevista a testigos e intervenciones entre particulares.

Con respecto a las diligencias que requieren autorización previa se encuentran: exhumación de cadáver, cateos, intervención de comunicaciones privadas y correspondencia, toma obligatoria de fluido corporal (vello, sangre, etcétera), y reconocimiento y examen físico de la víctima tratándose de delitos sexuales, cuando ésta se niegue.

4.3.7. CADENA DE CUSTODIA

Se regula la llamada cadena de custodia, sus fases, se especifica el procedimiento de la preservación de los elementos de investigación, su adecuado manejo, la obligación y facultades de los sujetos involucrados con los indicios, desde el particular hasta los funcionarios públicos que intervienen en el aseguramiento del lugar, la fijación, el embalaje, el levantamiento, etiquetado, traslado y resguardo, entre otros aspectos.

Se determina el procesamiento de los indicios de la policía de investigación (sea policía federal o policía ministerial) con auxilio de los peritos, se establece la creación de almacenes de depósito transitorios y permanentes, y se especifica que la policía no será a su vez perito.

4.4. ESQUEMA RESPECTO DE LA CONDUCCIÓN Y MANDO EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Se constituye un esquema flexible y no rígido o absoluto, en el que la regla general es que la policía desarrolle con más libertad la investigación de un delito e incluso pueda realizar sus propias periciales cuando las características del mismo lo permitan. Se prevé a su vez la posibilidad de que en todo momento, cuando el Ministerio Público lo estime conveniente en virtud de las características del delito, éste pueda asumir la conducción y mando de la investigación.

Por otro lado, se eliminó la posibilidad de que el Ministerio Público pueda ejecutar material y directamente alguna diligencia de investigación en el procedimiento del cual conozca, porque de ser así se correría el riesgo de ser llamado a comparecer en juicio por dicha acción realizada.

Se establece la obligación de que la policía siempre informe al Ministerio Público sobre el inicio de las investigaciones y que éste pueda conducir la investigación en cualquier momento, incluso reorientando la misma, pudiendo escuchar a la policía de investigación para ello.

Que cuando existan diligencias por practicar por parte de la policía que impliquen vulneración de derechos, necesariamente requerirán autorización del Ministerio Público, ello con independencia de las que requieran autorización judicial.

Por último, se determinó establecer canales de comunicación constante por cualquier medio entre Ministerio Público y policía de investigación en las labores de investigación de los delitos.

4.5. ADECUACIÓN DEL PROYECTO A LAS EXIGENCIAS DE LA LEY GENERAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA

En el presente proyecto se regulan determinadas disposiciones que resultan ser de observancia obligatoria en los términos previstos por la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública, como son:

a) El registro de la detención, en donde se establece la obligación de realizar el registro de la detención por parte de las autoridades que intervienen en ella, los elementos y datos que deberán consignarse en el procedimiento de registro, así como los sujetos legitimados para acceder al mismo.

b) El informe policial homologado, que determina la obligación de la policía de llevar el control y seguimiento de cada actuación que realice, dejando constancia de ello en dicho informe policial, estableciéndose al efecto los elementos esenciales que este deberá de contener.

4.6. HECHO QUE LA LEY SEÑALA COMO DELITO

Se prevé que deberá entenderse como hecho que la ley señala como delito a efecto de integrar el texto constitucional, eliminar la ambigüedad y fortalecer la garantía de legalidad a los elementos que integran la descripción del hecho delictivo, a saber, objetivos o externos, normativos o subjetivos, cuando así lo requiera la descripción típica.

Si bien dichos requisitos son los mismos que se exigían en el otro cuerpo del delito, cierto es también que la diferencia sustancial estriba en la carga probatoria para acreditar tales extremos, la cual es más baja en este nuevo sistema, a nivel de datos que así lo establezcan, no de acreditación.

4.7. DATOS DE PRUEBA, PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA

a) Datos de prueba, es la referencia al contenido de un determinado medio de prueba aún no desahogado ante un juez de juicio oral, que se advierta idóneo, pertinente y suficiente para establecer que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

b) 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; sirve al juez como elemento de juicio para los efectos indicados.

- c) Medios de prueba, lo son 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.

4.7.1. PRUEBA ILÍCITA

En este esquema se plantea un mayor desarrollo de la teoría de prueba ilícita, estableciendo que no se considerará violatoria de derechos fundamentales y, por ende, prueba ilícita:

- a) Aquella que provenga de una fuente independiente, existiendo ésta 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 éstas
- b) Su descubrimiento sea inevitable aun cuando haya resultado de una prueba ilícita, habría sido obtenida por otros medios probatorios a los que le dieron origen
- c) Exista un vínculo atenuado cuando una prueba ilícitamente obtenida se va disipando o al mismo tiempo purgando ante el ingreso posterior de otros actos derivados de prueba que mitigan el vicio principal.

4.7.2. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

El Ministerio Público lo podrá ejercer antes del ejercicio de la acción penal, en los siguientes supuestos:

- a) Delitos sin pena privativa de libertad o con alternativa, o que no exceda de 3 años.
- b) Se haya realizado la reparación integral (delito patrimonial sin violencia).
- c) El imputado haya sufrido consecuencias graves en su persona.

4.7.3. PRUEBA ANTICIPADA

Se regula la figura de la prueba anticipada cuando sea rendida ante el juez de control, en presencia de su defensor, sea videograbada y haya sido hecha de manera libre y voluntaria. Siempre y cuando sea por motivos fundados y de extrema necesidad y por evitar la pérdida o alteración del medio probatorio.

4.7.4. ENTREVISTA COMO PRUEBA ANTICIPADA

Será destinada a probar algún elemento sustancial del hecho delictuoso y que resulta imposible desahogar en el juicio. La entrevista deberá constar en videograbación y sólo podrá admitirse cuando se presenten los supuestos siguientes:

- a) Cuando el testigo fallezca con posterioridad a la entrevista.
- b) Cuando el testigo padezca una enfermedad grave que le impida declarar, corroborada pericialmente.
- c) Cuando el testigo, con posterioridad a la entrevista, sufra una enfermedad mental que le impida recordarlo, corroborado pericialmente.

- d) Cuando el testigo sea víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o hecho delictivo de similar naturaleza.
La videograbación se presentará acompañada con el testimonio del policía que realizó la entrevista.

4.8. FASE DE JUICIO ORAL

Regula cómo se ha de desarrollar la audiencia de juicio oral, cómo se han de desahogar los medios de pruebas ofrecidos por las partes y que fueron admitidos por el juez de control. Se prevé que la audiencia de juicio se desarrolle ante un juez de juicio oral distinto al de control, las técnicas de interrogatorio y contrainterrogatorio. También se reglamenta la forma en que ha de procederse en caso de sentencia absolutoria y de condenatoria, y se especifica que existe un momento para dictar el fallo y otro donde se individualiza, en su caso, la sanción correspondiente.

4.9. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Se establecen diversos procedimientos especiales: para inimputables, para la aplicación de sanciones a personas jurídicas, en materia de asistencia jurídica internacional y la acción penal por particulares.

4.9.1. ACCIÓN PENAL POR PARTICULARES

Sólo están facultados para ejercerla los particulares y no los servidores públicos, y es posible tanto en delitos perseguibles por querrela como en algunos perseguibles de oficio.

Como ejemplos de los delitos perseguibles de oficio por los cuales se puede ejercitar la acción penal por particulares, se encuentran:

- Cometidos bajo la modalidad de asociaciones delictuosas
- Violación de correspondencia
- Corrupción de menores
- Apología del delito
- Revelación de secretos
- Acceso ilícito a sistemas y equipos de informática
- Abuso de autoridad
- Concusión
- Intimidación
- Cohecho
- Peculado
- Delitos contra la administración de justicia
- Responsabilidad profesional
- Delitos de abogados, patronos y litigantes
- Falsificación y utilización indebida de títulos al portador, documentos de crédito público

- Falsificación de sellos, llaves, cuños o troqueles, marcas, pesas y medidas, así como de documentos
- Falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad
- Abuso sexual y violación

La regla general establece que para que el particular se encuentre en posibilidad de ejercitar la acción penal, será necesaria la determinación previa por parte del Ministerio Público en cuanto a:

- El archivo temporal
- La abstención de investigar
- Que no existen elementos para resolver el ejercicio de la acción penal
- Que haya resuelto el no ejercicio de la acción penal (acción penal particular indirecta).

En delitos como el robo cometido entre familiares, abuso de confianza, algunos supuestos de despojo y daño en propiedad ajena, el particular podrá ejercer la acción penal de forma directa ante el juez de control, sin necesidad de recurrir primero al Ministerio Público.

En el caso de acción penal por delito perseguible de oficio, una vez que el particular ejercite la acción penal el Ministerio Público continuará con su ejercicio, pero el particular podrá intervenir como acusador coadyuvante.

4.9.2. FORMAS ANTICIPADAS DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Se regulan diversas formas de terminación anticipada del procedimiento, tales como:

1. Acuerdos reparatorios (sólo delitos de querrela no violentos).
2. Procedimiento simplificado (delito flagrante, pena máxima de hasta 4 años, aceptación de los hechos).
3. Suspensión condicional del proceso (pena máxima mayor a 4 años y no delito grave considerado por el artículo 19 de la CPEUM).
4. Procedimiento abreviado (delitos graves, excepto algunos delitos tasados contra el libre desarrollo de la personalidad, genocidio, desaparición forzada salvo con autorización, procurador, aceptación de los hechos), en cuyo caso requieren de autorización del procurador para que sea solicitado.

En todo caso se estableció que para que se aplique este tipo de figuras (a excepción del acuerdo reparatorio) tendrá que solicitarlo en definitiva el Ministerio Público por cuestión de política criminal previo consentimiento del imputado y que se deba garantizar el pago del daño causado.

Se prevé que no procederán las formas de terminación anticipada cuando el imputado se haya beneficiado anteriormente por este procedimiento (fuero federal o común) o se encuentre gozando la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.

4.9.3. PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO

Se establecen como requisitos de procedencia cuando se actualicen los siguientes supuestos:

- a) Se trate de delito flagrante.
- b) El delito sea sancionado con pena de prisión máxima de hasta cuatro años.
- c) Que el delito no haya sido cometido con violencia.
- d) Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento.
- e) Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento tanto en el fuero federal como en cualquier otro o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido cinco años desde la resolución mediante la cual se aplicó el procedimiento.
- f) Posible atenuación de la pena en hasta un tercio a la señalada para el delito por el cual se acusa y solicitud de conmutación de la sanción.

4.9.4. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Se establecen como requisitos de procedencia cuando se actualicen los siguientes supuestos:

- a) Que el imputado admita el hecho atribuido por el Ministerio Público.
- b) Que el imputado consienta la aplicación de este procedimiento.
- c) Que el imputado no se haya beneficiado con antelación por este procedimiento en el fuero federal o en cualquier otro o se encuentre gozando de la misma, salvo que haya sido absuelto o hayan transcurrido 5 años desde la resolución que aplicó el procedimiento.
- d) Que se trate de delitos graves previstos en el Código. Salvo en el caso de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, genocidio, desaparición forzada, los cuales requieren autorización del procurador para solicitar este procedimiento.
- e) Posible atenuación de la pena en hasta un tercio a la señalada para el delito por el cual se acusa.

4.10. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

En cuanto a los medios de impugnación se prevé:

- Revocación (contra todas las resoluciones que resuelvan sin substanciación un trámite del procedimiento o contra las cuales no procede la apelación).
- Apelación (contra diversas resoluciones en fases preliminares y contra sentencia definitiva).
- Revisión (reconocimiento de inocencia).

En cuanto a la apelación, se plantea el derecho pleno a la segunda instancia a través del recurso de apelación para conocer cuestiones de hecho y de derecho para

sentencia definitiva, debiendo conocer el tribunal la videograbación de la audiencia de juicio oral correspondiente a efecto de preservar la inmediación.

5. OTROS ASPECTOS DEL PROYECTO

Como punto relevante, cabe hacer mención que dentro del presente proyecto de código existen puntos importantes que se exponen dentro del mismo, tales como:

- Técnicas especiales de investigación. Se regulan técnicas especiales como la entrega vigilada y las operaciones encubiertas.
- Mecanismos de protección a testigos, víctimas u ofendidos del delito, peritos o cualquier persona participante por virtud de la complejidad del asunto.
- En lo relativo a mecanismos alternativos de solución de conflictos y de ejecución de sanciones, se envía su regulación a la legislación especial correspondiente.

6. CONCLUSIÓN

Para concluir, es preciso establecer que la anterior explicación temática constituye únicamente un aspecto general del Proyecto de Código Federal de Procedimientos Penales elaborado por la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, que no sustituye el contenido y alcance total de dicho proyecto; empero, a través del contenido antes expuesto se trató de dar al foro participante una idea clara, no sólo respecto a su contenido, sino también de los aspectos que antecedieron para que el proyecto fuera una realidad, con la participación de diversos actores gubernamentales y de la sociedad en general, al grado de estar ya formalmente presentado ante la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal.

De la presente edición se hizo un tiraje de 1,500 ejemplares y estuvo a cargo de la Dirección General de Imagen Institucional.

Secretaría General de la Presidencia
Consejo de la Judicatura Federal

