



# EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. ESTUDIOS

**SERGIO GARCÍA RAMÍREZ**  
**OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL**

*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES  
*Estudios*

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS  
Serie VERSIONES DE AUTOR, núm. 3

---

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero  
*Secretario Técnico*

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho  
*Jefa del Departamento de Publicaciones*

Alan Francisco Osorio Aragón  
*Apoyo editorial*

Javier Mendoza Villegas  
*Formación en computadora*

Edgar Daniel Martínez García  
*Elaboración de portada*

# EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

*Estudios*

SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
OLGA ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL

*Coordinadores*



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
INSTITUTO DE FORMACIÓN PROFESIONAL  
DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA  
DEL DISTRITO FEDERAL

México, 2015

La serie “Versiones de autor”, a la que pertenece el presente volumen, reproduce las versiones originales de los autores, por lo que no se efectuó corrección ortotipográfica alguna.

Primera edición: 27 de octubre de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Círculo Maestro Mario de la Cueva s/n  
Ciudad de la Investigación en Humanidades  
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607

## CONTENIDO

### MESA 1

Disfunciones del derecho penal con el Código Nacional de Procedimientos Penales ¿anticonstitucionalidad? . . . . .	3
Enrique Díaz Aranda	
Medidas de protección y providencias precautorias . . . . .	19
Ruth VILLANUEVA CASTILLEJA	
El lugar de los hechos y la policía especializada . . . . .	29
Luis Rafael MORENO GONZÁLEZ	

### MESA 2

Detener para investigar . . . . .	39
Luis de la BARREDA SOLÓRZANO	
La investigación en el Código Nacional de Procedimientos Penales .	51
Jorge NADER KURI	
Cuestiones sobre la constitucionalidad del procedimiento abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales . . . . .	65
Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN	

### MESA 3

Algunos aspectos cuestionables del CNPP frente a los objetivos de la justicia material . . . . .	83
Moisés MORENO HERNÁNDEZ	

Criterios de oportunidad . . . . .	107
Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL	
Actos de investigación que requieren autorización previa del Juez de Control: CNPP . . . . .	121
Pedro Pablo CARMONA SÁNCHEZ	
¿Para qué sirve el <i>compliance</i> en materia penal? (a propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales) . . . . .	139
Miguel ONTIVEROS ALONSO	

## MESA 4

El procedimiento abreviado. Comentarios a la sentencia dictada por la primera sala de la SCJN, el 9 de abril de 2014 . . . . .	157
Jesús ZAMORA PIERCE	
La detención en flagrancia y por caso urgente en el Código Nacional de Procedimientos Penales <sup>207</sup> . . . . .	181
Roberto A. OCHOA ROMERO	
Asistencia mutua en materia penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales . . . . .	199
Javier DONDÉ MATUTE	

## MESA 5

La entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales a nivel federal y estatal: Retos y perspectivas . . . . .	219
María de los Ángeles FROMOW RANGEL	
Las salidas alternas al juicio: acuerdos reparatorios y suspensión condicional del proceso. . . . .	239
Alicia Beatriz AZZOLINI BINCAZ	
La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales. . . . .	255
Mara GÓMEZ PÉREZ	

El nuevo papel del agente del ministerio público en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y los cambios para la adecuación al nuevo sistema de justicia procesal penal en el Distrito Federal. . . . .	269
Jorge Antonio MIRÓN REYES	

## MESA 6

El sistema procesal penal acusatorio, el juicio de amparo y los derechos humanos . . . . .	281
María Elena LEGUÍZAMO FERRER	
Algunas inconsistencias y errores del Código Nacional de Procedimientos Penales. . . . .	307
Ricardo OJEDA BOHÓRQUEZ	

## MESA 7

Posibles aspectos de inconstitucionalidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales. . . . .	323
Victoria ADATO GREEN	
La reparación del daño en el CNPP . . . . .	341
Julio Antonio HERNÁNDEZ PLIEGO	
Los recursos en el Código Nacional de Procedimientos Penales . . . .	357
Jorge OJEDA VELÁZQUEZ	

## MESA 8

Comentario sobre el “paradigma procesal penal” en una sociedad democrática. . . . .	373
Sergio GARCÍA RAMÍREZ	
Justicia restaurativa . . . . .	387
Sergio J. CORREA GARCÍA	
Acerca de los coordinadores . . . . .	411

## DISFUNCIONES DEL DERECHO PENAL CON EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES ¿ANTICONSTITUCIONALIDAD?

Enrique DÍAZ ARANDA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los Derechos Humanos a la legalidad y la igualdad.* III. *La relación del Derecho Penal y el Procesal Penal.* IV. *¿Contradicciones de normas?* V. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Recientemente las normas constitucionales han sido objeto de dos importantes reformas: 18 de junio de 2008 y 10 de junio de 2011, las cuales establecen las bases del nuevo sistema de justicia penal propio de un Estado de Social y de Derecho garante de los Derechos humanos, lo cual se ha visto reforzado con la firma y ratificación de diversos tratados internacionales. A partir de la interrelación de dichas normas supremas surgen mandatos a los cuales se debe ajustar el Derecho penal y procesal penal mexicanos para cumplir con el reconocimiento y la protección de Derechos humanos de legalidad e igualdad. Por ello todas las autoridades mexicanas están obligadas a evitar actos que lesionen dichos Derechos humanos y, en su caso, los jueces deberán velar porque ello se cumpla al emitir sus resoluciones (art. 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en adelante CPEM) por lo cual, cualquier acto de autoridad que haya violentado los citados Derechos humanos deberá ser declarado como anticonstitucional y podría derivar en la responsabilidad del funcionario que los transgredió (art. 1o. de la CPEM).

En el contexto anterior, surge la duda si la promulgación del Código Nacional de Procedimientos Penales y la vigencia de 33 Códigos Penales es acorde con los parámetros del Estado Social y de Derecho que hemos delineado. De ello me ocupo a continuación.

\* Investigador Titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. [www.enriquediazaranda.com](http://www.enriquediazaranda.com).

## II. LOS DERECHOS HUMANOS A LA LEGALIDAD Y LA IGUALDAD

### 1. *Derecho Humano de legalidad*

Antes de la Revolución Francesa, el Derecho penal se caracterizaba por la gravedad de las sanciones aplicadas de manera arbitraria por quien detentaba el poder (por ejemplo el Rey o el señor feudal) Por ello Beccaria manifestó: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”<sup>1</sup> y al juez sólo corresponde aplicar dicha ley, mientras que al Ejecutivo le está vetada tanto la facultad de emitir leyes penales como la de juzgar los delitos. Ello quedó claramente plasmado en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en los términos siguientes:

Art. 8º La ley no debe establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley”.<sup>2</sup>

Es así como surge el principio de legalidad, el cual fue delineado por Feuerbach<sup>3</sup> con la fórmula latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*”<sup>4</sup> la cual se concibe como un medio de control al poder represivo del Estado,<sup>5</sup> el cual quedó plasmado en la CPEUM en los términos siguientes:

Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

<sup>1</sup> Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, pp. 29 y 30.

<sup>2</sup> Cita en Berdugo Gómez de la Torre y Otros. *Lecciones de Derecho penal...*, p. 43. Sobre el contexto histórico europeo, Cfr. Roxin, Claus, *Derecho penal...*, pp. 141-144; Cuello Contreras, Joaquín. *El Derecho penal...*, pp. 146-148.

<sup>3</sup> Cfr. Crezo Mir, José. *Curso de Derecho penal...*, p. 162-163; Jiménez de Asúa, Luis. *Manual...*, vol. II. pp. 38-39; Welzel, Hans. *Derecho penal...*, pp. 26-27.

<sup>4</sup> Cfr. Feuerbach, Paul Johan Anselm., *Lehrbuch...*, esp. § 20.

<sup>5</sup> Roxin, Claus. *Derecho penal...*, pp. 137, 145-146.

Así, la legalidad se erigió primero como una garantía y después de la reforma de 2011 como Derecho humano reconocido en la CPEUM sustentado en tres postulados: a) la conducta delictiva sólo puede estar descrita en la ley, b) irretroactividad la ley, y c) sólo se puede imponer la sanción dentro de los límites previstos en la ley.

Asimismo, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) dispone:

Artículo 7o. Derecho a la Libertad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 9º. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En consecuencia, el Derecho humano de legalidad implica no sólo que la descripción de las conductas delictivas esté única y exclusivamente en la ley penal sino también la claridad de su descripción para que el ciudadano tenga certeza sobre los comportamientos prohibidos por cuya comisión podría ser sancionado penalmente, lo cual, a su vez, impide al Estado la imposición arbitraria de penas; en otras palabras, la legalidad se traduce en ¡certeza jurídica!<sup>6</sup>

Bajo el rubro de certeza jurídica se encuentra lo que algunos autores denominan “seguridad jurídica”, “mandato de concreción” o “garantía de taxatividad”;<sup>7</sup> la certeza presupone el conocimiento seguro y claro de algo, lo cual aplicado al Derecho penal significa el conocimiento seguro y claro de las conductas prohibidas en las normas penales y el mínimo y máximo de las sanciones a imponer a quienes cometan el delito. En este sentido, Marat señaló en “su Plan de Legislación Criminal de la Francia

<sup>6</sup> En este sentido, *cfr.* García Ramírez, Sergio. *Derecho penal...*, p. 27; Roxin, Claus. *Derecho penal...*, esp. pp. 140 y 159-161; Mir Puig, Santiago. *Derecho penal...*, esp. p. 77. Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de Derecho penal...*, p. 49; Cerezo Mir, José, *Curso de Derecho penal...*, p. 170; Cuello Contreras, Joaquín., *El Derecho penal...*, p. 155; Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho penal...*, p. 81.

<sup>7</sup> Por citar sólo algunos: *cfr.* Cuello Contreras, Joaquín., *El Derecho penal...*, p. 155; Luzón Peña, Diego Manuel., *Curso de Derecho penal...*, p. 81.

Revolucionaria: Es muy importante que no haya nada oscuro, incierto, arbitrario en la idea que se formule de los delitos y de las penas, porque importa que cada cual entienda perfectamente las leyes y sepa a qué se expone violándolas”<sup>8</sup> a esta idea obedece la expresión de “leyes exactamente aplicables” establecida en el artículo 14 de nuestra Constitución.<sup>9</sup> De esta guisa, el legislador penal está obligado a crear normas jurídicas “entendibles” para que todos sus destinatarios puedan comprenderlas y evitar realizar las conductas prohibidas a sabiendas de las penas a impo-

<sup>8</sup> Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de Derecho penal...*, p. 47.

<sup>9</sup> Así lo ha confirmado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ejemplo, en la siguiente tesis jurisprudencial: Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*; Tomo: XXXVIII; pág. 2434

“Penas Indeterminadas, Inconstitucionalidad De Las. El artículo 14 de la Constitución Federal, estatuye, en sus párrafos segundo y tercero, que nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho, y que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata. Los principios consignados en los párrafos que anteceden, no son sino el reconocimiento de cánones fundamentales formulados con respecto a la ley penal y a fin de garantizar la libertad de los individuos, y conforme a aquéllos, no puede considerarse delictuoso un hecho sino por expresa declaración de la ley; por tanto, no puede aplicarse pena alguna que no se halle determinada en la ley y nadie puede ser sometido a una pena sino en virtud de un juicio legítimo. Analizando los sistemas concernientes a la duración de las penas, dice Florián, que la ley puede presentar tres aspectos: a). puede estar determinada absolutamente, esto es, la ley fija la especie y la medida de la pena, de manera que el juez no tiene otra tarea que su mera aplicación al caso concreto; b). puede estar determinada relativamente esto es, la ley fija la naturaleza de la pena y establece el máximo y el mínimo de ella, y el juez tiene facultad de fijar la medida entre diversas penas indicadas por la ley y aplicar algunas medidas que son consecuencias penales; c). por último, la ley puede estar absolutamente indeterminada, es decir, declara punible una acción, pero deja al juez la facultad de determinar y aplicar la pena, de la cual no indica ni la especie, ni menos aún la cantidad. Es fácil observar que el primero y tercer métodos deben excluirse; el primero sustituye el legislador al juez y hace a éste, instrumento ciego y material de aquél; el tercero, sustituye el juez al legislador y abre la puerta a la arbitrariedad, infringiendo el sagrado principio, baluarte de la libertad, nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege por lo que, establecido que el artículo 14 de la Constitución proclama los principios que el tratadista invocado reputa que se destruyen o desconocen con las penas de duración indeterminada, cabe concluir que las sanciones de esa especie son contrarias a la Constitución Federal y debe concederse el amparo que contra las mismas se solicite, para el efecto de que la autoridad responsable dicte nueva sentencia, imponiendo al reo la penalidad que corresponda, dentro de los límites señalados por los preceptos legales referentes al delito por el que el mismo fue acusado.

Amparo penal directo 1178/32. Villanueva Mañón Isauro. 8 de agosto de 1933. Mayoría de tres votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

ner a quienes las realicen.<sup>10</sup> Por ello, si en una norma penal se estableciera “quien se comporte inadecuadamente será adecuadamente sancionado”<sup>11</sup> ésta sería violatoria de la garantía de certeza jurídica y contravendría la concepción de legalidad antes expuesto.<sup>12</sup>

## 2. *Derecho Humano a la igualdad*

La fundamentación del Derecho humano a la igualdad lo encontramos en los siguientes preceptos constitucionales:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley...

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales...

Asimismo en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se establece:

Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dispone:

<sup>10</sup> Para Roxin, en esto consiste el principio de culpabilidad. *Cfr.* del autor citado, *Derecho penal...*, pp. 146,147 y 169.

<sup>11</sup> Un buen ejemplo de lo anterior es la siguiente tesis de jurisprudencia sobre un tipo penal que no establecía con claridad la conducta prohibida:

Quinta Época; Instancia: Primera Sala; Fuente: Semanario Judicial de la Federación; Tomo: C; Página: 1217.

“Violacion De Garantias, Delito De (Inconstitucionalidad Del Artículo 358 Del Código Penal De Michoacan). El artículo 358 del Código Penal del Estado, contrariamente a la doctrina y a lo establecido en los artículos 14 y 16 constitucionales, señala una sanción para quien viole derechos y garantías constitucionales, sin precisar concretamente los actos violatorios que sanciona, pues el artículo 14 mencionado previene: que en los juicios del orden criminal, queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por la Ley exactamente aplicable al delito de que se trata, y el 16, al hablar de la orden de aprehensión o detención, solamente faculta para dictarla, a la autoridad judicial, siempre que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal; y como el artículo 358 expresado, no determina un hecho preciso que constituya el delito que sanciona ni es de exacta aplicación, resulta contrario a los preceptos constitucionales mencionados, protectores de garantías individuales.”

Amparo penal directo 166/48. Vega Cruz Luis. 13 de junio de 1949. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Teófilo Olea y Leyva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

<sup>12</sup> *Cfr.* Roxin, Claus. *Derecho penal...*, pp. 171-172; Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Leciones de Derecho penal...*, p. 44; Cuello Contreras, Joaquín., *El Derecho penal...*, pp. 155-161.

#### Artículo 26

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Establecido el reconocimiento a los Derechos humanos a la legalidad y la igualdad en las normas supremas constitucionales y de los tratados internacionales, podemos pasar a su interrelación con las normas penales sustantivas y adjetivas hasta ahora vigentes.

### III. LA RELACIÓN DEL DERECHO PENAL Y EL PROCESAL PENAL

Es bien sabido que el Derecho penal es sustantivo y que el procesal penal es adjetivo, por lo cual el primero debe preponderar sobre el segundo, en este sentido Maier, señala:

...el derecho procesal penal es parte del Derecho penal... uno fijando deberes de obrar o abstenerse de obrar y la sanción para el comportamiento desviado, el otro regulando los actos que integran el procedimiento apto para verificar la actuación del Derecho penal y sus consecuencias jurídicas.<sup>13</sup>

Es por ello que los países de tradición romano canónica germánica tienen un sólo código penal y uno procesal para todo su territorio, aunque en países como Argentina el Derecho penal es legislación federal y es única para toda la nación mientras que el Derecho procesal es, en principio, de competencia legislativa local.<sup>14</sup>

Sin embargo, en México, la vigencia de 33 Códigos Penales (31 Estatales, uno del Distrito Federal más el Federal) genera diferencias de una misma norma penal sustantiva en dos o más Estados de la República o con el Código Penal Federal que implican disfunciones en el orden jurídico que implican violaciones a los Derechos humanos de legalidad e igualdad al aplicarlos con una sola legislación procesal.

<sup>13</sup> Maier, Julio B.J. *Derecho procesal*. T. I. pág. 145.

<sup>14</sup> Cf: Maier, Julio B.J. *Derecho procesal*. T. I. esp. pág. 76.

#### IV. ¿CONTRADICCIÓN DE NORMAS?

Si todos los mexicanos debemos tener certeza sobre las conductas que están prohibidas por el Derecho penal ¿qué ocurre cuando una conducta está prohibida en un Estado y en otro no? Así por ejemplo, el delito de adulterio está previsto en los Códigos penales de Durango y Jalisco.<sup>15</sup> Sin embargo, las demás entidades federativas no contemplan dicha figura, como tampoco lo hace el Código Penal Federal; es decir, qué ocurre si una persona del Distrito Federal, a sabiendas, tiene relaciones sexuales con una persona casada de Durango o de Jalisco, sea en la Capital del país o en alguno de dichos Estados ¿Cómo sustentar la certeza derivada del Derecho humano a la legalidad? ¿Acaso en Durango y Jalisco se protegen bienes jurídicos diversos a los del resto del país? ¿Se solucionaría el problema atendiendo el error de prohibición del Derecho penal sustantivo sancionando a uno y absolviendo al otro? o se ¿aplicaría el *indubio pro reo* del art. 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales? que dispone en el párrafo 3:

Artículo 402. Convicción del Tribunal de enjuiciamiento

[...].

[...].

Nadie podrá ser condenado, sino cuando el Tribunal que lo juzgue adquiera la convicción más allá de toda duda razonable, de que el acusado es responsable de la comisión del hecho por el que siguió el juicio. La duda siempre favorece al acusado.

Con independencia de la solución adoptada ¿cómo conciliar la solución con el Derecho humano a la igualdad?

Las mismas objeciones se pueden formular respecto de los siguientes tipos penales que sólo se encuentran en los Códigos Penales citados, pero en otros no, a saber:

<sup>15</sup> Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango.

Artículo 296. Se impondrá de tres meses a tres años de prisión y multa de dieciocho a doscientos dieciséis días de salario, privación de derechos civiles hasta por seis años, a la persona casada que en el domicilio conyugal o con escándalo, tenga cópula con otra que no sea su cónyuge y a la que con ella lo tenga, sabiendo que es casada.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Jalisco.

Artículo 182. Se impondrán de quince días a dos años de prisión al hombre o mujer que tengan entre sí relaciones sexuales, bien sea en el domicilio conyugal o causando escándalo, sabiendo que uno de ellos o los dos están casados con otra u otras personas. Este delito se sancionará por querrela del ofendido, pero el perdón del último beneficiará a ambos responsables, siempre que se otorgue hasta antes de dictar sentencia.

### *Golpes Simples*

Código penal para el estado libre y soberano de jalisco.

Artículo 197. Se impondrá de diez a cincuenta jornadas de trabajo a favor de la comunidad o multa por el importe de cinco a veinte días de salario mínimo, al que públicamente diere a otro, fuera de riña, una bofetada, o cualquier otro golpe simple que no cause lesiones, si no lo hiciere en ejercicio del derecho de corrección.

### *Amenazas*

Código penal para el estado libre y soberano de jalisco.

Artículo 188. Se impondrán de quince días a un año de prisión o multa por el importe de dos a ocho días de salario, al que de cualquier modo, anuncie a otro su intención de causarle un mal futuro en su persona, honor, prestigio, bienes o derechos, o en la persona, honor, prestigio, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado el ofendido por algún vínculo.

### *Difamación y Calumnia*

Código penal del estado de guanajuato

Artículo 188. A quien comunique dolosamente a otro la imputación que hace a una persona física o moral de un hecho cierto o falso que le cause o pueda causarle deshonra, descrédito o perjuicio, se le aplicará de seis meses a dos años de prisión y de cinco a veinte días multa.

Por otra parte, la certeza jurídica se sigue violentando cuando el hecho prohibido tiene más elementos en un Código penal que en otro, por ejemplo, cuando en el mismo tipo penal se requiere en un Estado un elemento subjetivo específico y en otro Estado no, así sucede con los:

### *Delitos contra la formación de las personas menores de edad y protección integral de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho*

Código penal para el estado libre y soberano de Durango.

Artículo 279. Al que por cualquier medio, procure, propicie, posibilite, promueva induzca o facilite el que una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, realice actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, bebidas embriagantes, consumo de drogas o enervantes, prácticas sexuales o a cometer hechos delictuosos, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a quinientos setenta y seis días de salario...)

Código penal para el estado de Zacatecas.

Artículo 181. A quien por cualquier medio, procure, induzca o facilite a una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, al consumo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras susceptibles de producir dependencia o bebidas embriagantes, para que adquiera los hábitos de la farmacodependencia o el alcoholismo, o a formar parte de una asociación delictuosa o de la delincuencia organizada será sancionado con prisión de cuatro a nueve años y de cincuenta a doscientas cuotas.

Así, en Durango no importa el fin que persiga el sujeto activo en la comisión de este delito, mientras que en Zacatecas será necesario que la conducta desplegada por el sujeto activo tenga como fin que el pasivo «adquiera los hábitos de la farmacodependencia o el alcoholismo, o a formar parte de una asociación delictuosa o de la delincuencia organizada» Pues si el sujeto activo no tiene algunos de esos fines, entonces su conducta no podrá encuadrarse en el tipo del Código penal del Estado de Zacatecas ¿dónde quedo la certeza de la legalidad y la igualdad?

Lo mismo sucedería cuando el mismo tipo penal contempla fines distintos, como ocurre en el delito de:

*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*

Código Penal Federal

Artículo 201. Comete el delito de corrupción, quien obligue, induzca, facilite o procure a una o varias personas menores de 18 años de edad o una o varias personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o una o varias personas que no tienen capacidad para resistirlo a realizar cualquiera de los siguientes actos:

- a) Consumo habitual de bebidas alcohólicas;
- b) Consumo de sustancias tóxicas o al consumo de alguno de los narcóticos a que se refiere el párrafo primero del artículo 193 de este Código o a la farmacodependencia;
- c) Mendicidad con fines de explotación;
- d) Comisión de algún delito;
- e) Formar parte de una asociación delictuosa, y
- f) Realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales simulados o no, con fin lascivo o sexual.

Código penal para el estado libre y soberano de Durango.

Artículo 276. Al que por cualquier medio procure, facilite o induzca a una persona menor de edad o que no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, a realizar actos de exhibicionismo corporal o sexuales, con el objeto de video grabarla, fotografiarla o exhibirla a través de cualquier medio se le impondrán de seis a catorce años de prisión y multa de cuatrocientos treinta y dos a mil ocho días de salario, así como el decomiso de los objetos, instrumentos y productos del delito, incluyendo la destrucción de los materiales gráficos.

Como se puede apreciar la conducta del corruptor debe estar guiada por el fin lascivo o sexual conforme a lo dispuesto en el art. 201 inciso f del Código Penal Federal, mientras que en Durango el fin debe ser el de video grabarla, fotografiarla o exhibirla a través de cualquier medio.

El fenómeno se sigue presentando en aquéllos tipos penales que contemplan hipótesis no previstas en otros ordenamientos, como sucede en el:

#### *Motín*

Código Penal Federal.

Artículo 131. Se aplicará la pena de seis meses a siete años de prisión y multa hasta de cinco mil pesos, a quienes para hacer uso de un derecho o pretextando su ejercicio o para evitar el cumplimiento de una ley, se reúnan tumultuariamente y perturben el orden público con empleo de violencia en las personas o sobre las cosas, o amenacen a la autoridad para intimidarla u obligarla a tomar alguna determinación.

A quienes dirijan, organicen, inciten, compelan o patrocinen económicamente a otros para cometer el delito de motín, se les aplicará la pena de dos a diez años de prisión y multa hasta de quince mil pesos.

Código penal del estado de Guanajuato.

Artículo 244. A quienes para ejercitar un derecho o pretendido derecho tumultuariamente empleen violencia en las personas o en las cosas, se les aplicará de seis meses a dos años de prisión y de cinco a veinte días multa.

Código penal para el estado de Zacatecas.

Artículo 125. Son responsables del delito de asonada o motín los que para hacer uso de un derecho se reúnen tumultuariamente, empleando violencia en las personas o fuerza sobre las cosas. Este delito se sancionará con prisión de tres meses a un año.

Código penal para el estado libre y soberano de Oaxaca.

Artículo 152. Incurrir en asonada o motín, los que, para hacer uso de un derecho, se reúnen tumultuariamente. A este delito se le aplicará la pena de dos meses a dos años y multa de cien a quinientos pesos.

Cómo se puede observar, el tipo del motín se verifica en los cuatro ordenamientos transcritos cuando se realiza para hacer uso de un Derecho, pero la hipótesis de llevarlo a cabo como pretexto del ejercicio de un Derecho sólo está prevista en el Código Penal Federal y en el Código Penal de Guanajuato, mientras que el supuesto de realizarlo para evitar el cumplimiento de una ley sólo está previsto en la legislación federal, quiere decir que la prohibición de este último ordenamiento es mucho más amplia que la de los tres primeros.

El problema se agudiza cuando las penas previstas para un mismo delito son muy distintas en el Código Penal de un Estado que en otro, como veremos a continuación.

*Homicidio simple y calificado:*

Código Penal para el Estado de Zacatecas.

Artículo 297. Al responsable de cualquier homicidio simple intencional que no tenga señalada una sanción especial en este Código, se le impondrán de ocho a veinte años de prisión y multa de doscientas a trescientas cuotas.

Artículo 299. Al responsable de homicidio calificado se le impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de doscientas a trescientas cuotas.

Código Penal del Estado de Guanajuato.

Artículo 139. Al responsable de homicidio simple se le impondrá de diez a veinticinco años de prisión y de cien a doscientos cincuenta días multa.

Artículo 140. Al responsable de homicidio calificado se le impondrá de veinticinco a treinta y cinco años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos cincuenta días multa.

Código Penal del Estado de México.

Artículo 242. El delito de homicidio, se sancionará en los siguientes términos:

I. Al responsable de homicidio simple, se le impondrán de diez a quince años de prisión y de doscientos cincuenta a trescientos setenta y cinco días multa;

Cuando el homicidio se cometa contra una persona en ejercicio de la actividad periodística, se le impondrán de doce a veinte años de prisión y de trescientos a quinientos cincuenta días multa.

II. Al responsable de homicidio calificado, se le impondrán de cuarenta a setenta años de prisión o prisión vitalicia y de setecientos a cinco mil días multa...

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.

Artículo 135. A quien prive de la vida a otra persona, se le impondrá de doce a veinte años de prisión y multa de ochocientos sesenta a mil cuatrocientos cuarenta días de salario.

Artículo 137. A quien cometa homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión y multa de mil cuatrocientos cuarenta a tres mil seiscientos días de salario.

Como se puede apreciar, la pena mínima prevista para el homicidio simple en Zacatecas es de ocho años mientras que en Durango es de doce y la máxima es de quince en el Estado de México mientras que en Guanajuato es de veinticinco. Lo mismo ocurre con el homicidio calificado, cuya pena mínima es de veinte años en Zacatecas y Durango, pero de cuarenta en el Estado de México, mientras que la máxima es de treinta y cinco años en Guanajuato y hasta vitalicia en el Estado de México

Las penas previstas para otros delitos presentan la misma disparidad, como sucede con la violación.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> *Violación:*

Código Penal para el Estado de Zacatecas.

Artículo 236. Se sancionará con prisión de cinco a quince años y multa de veinte a cien cuotas a quien, por medio de la violencia física o moral, tenga cópula con una persona, cualquiera que sea su sexo.

Código Penal del Estado de Guanajuato.

Artículo 180. A quien por medio de la violencia imponga cópula a otra persona, se le impondrá de ocho a quince años de prisión y de ochenta a ciento cincuenta días multa.

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.

Artículo 176. A quien por medio de la violencia realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años y multa de quinientos setenta y seis a mil ocho días de salario. Se entiende por cópula, la introducción del pene por vía vaginal, anal o bucal.

Si entre el activo y el pasivo de la violación existiera un vínculo matrimonial, de concubinato o de pareja, se impondrán las penas previstas en este artículo.

Se sancionará con las mismas penas a quien introduzca por vía vaginal o anal cualquier elemento, instrumento o cualquier parte del cuerpo humano, distinto al pene, por medio de la violencia o sin el consentimiento de la víctima.

Código Penal para el Estado de Tamaulipas

Artículo 274. Al responsable del delito de violación se le impondrá una sanción de diez a dieciocho años de prisión. Si la víctima fuere la esposa o concubina, sólo se perseguirá por querrela de la parte ofendida.

Así, mientras que la violación se sanciona con una pena mínima de cinco años de prisión en Zacatecas, ésta se duplica en Tamaulipas y llega hasta diez años de prisión, mientras que la pena máxima es de catorce años de prisión en Durango y de dieciocho en Tamaulipas.

Dicho en otras palabras ¿cómo sustentar la igualdad cuando la ley penal sanciona el homicidio con penas distintas dependiendo del Estado de la República donde se cometa? ¿Cómo explicarle a una persona que fue víctima de violación que su victimario habría sido sancionado con una pena mayor si lo hubiera hecho en otro Estado de la República? y respecto del condenado ¿cómo sostener que por el mismo delito otra persona será sancionado con un pena menor en otro Estado de la República mexicana? Basten estos ejemplos, entre muchos otros, para ilustrar el problema funcional que se presenta entre las normas de la parte especial de los Códigos Penales al aplicar las normas procesales únicas del CNPP.<sup>17</sup>

Pero, los problemas planteados no se reducen a las disfunciones de los libros segundos de los Códigos Penales del país sino también alcanzan a las reglas generales contempladas en los libros primeros, tal y como sucede con el título de imputación preterintencional, el cual sigue previsto en el Código Penal de Sonora, en los términos siguientes:

<sup>17</sup> Por citar un ejemplo más, podemos acudir a los *Delitos contra la formación de las personas menores de edad y protección integral de personas que no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho*

Código Penal del Estado Libre y Soberano de Durango.

Artículo 279. Al que por cualquier medio, procure, propicie, posibilite, promueva induzca o facilite el que una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, realice actos de exhibicionismo corporal, lascivos o sexuales, prostitución, bebidas embriagantes, consumo de drogas o enervantes, prácticas sexuales o a cometer hechos delictuosos, se le impondrán de dos a ocho años de prisión y multa de ciento cuarenta y cuatro a quinientos setenta y seis días de salario...

Código Penal del Estado de México

Artículo 204. Comete el delito contra las personas menores de edad y quienes no tienen la capacidad para comprender el significado del hecho al que por cualquier medio, obligue, procure, induzca o facilite a una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho o la capacidad de resistirlo, a realizar las siguientes conductas:

I. Al consumo de bebidas alcohólicas, narcóticos o sustancias tóxicas, se le impondrá pena de tres a seis años de prisión y de doscientos a dos mil días multa...

Código Penal para el Estado de Zacatecas

Artículo 181. A quien por cualquier medio, procure, induzca o facilite a una persona menor de edad o quien no tenga la capacidad para comprender el significado del hecho, al consumo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras susceptibles de producir dependencia o bebidas embriagantes, para que adquiera los hábitos de la farmacodependencia o el alcoholismo, o a formar parte de una asociación delictuosa o de la delincuencia organizada será sancionado con prisión de cuatro a nueve años y de cincuenta a doscientas cuotas.

Artículo 6°. Los delitos pueden ser:

- I. Dolosos o intencionales;
- II. Culposos, o
- III. Preterintencionales.

El delito es doloso o intencional cuando se quiere o acepta el resultado.

La culpa existe cuando la producción del resultado no se previó siendo previsible; cuando habiendo sido previsto se tuvo la esperanza de que no se realizaría, o en casos de impericia o falta de aptitud.

Existe preterintencionalidad, cuando se causa daño mayor que el que se quiso causar, habiendo dolo directo respecto del daño querido y culpa con relación al daño causado.

De esta guisa, quien da un puñetazo a otro queriendo lesionarlo pero si al caer la víctima se golpea en la horilla de una banqueta sufriendo traumatismo craneoencefálico y se muere, de acuerdo con la legislación sonorenses estaríamos ante un homicidio preterintencional y no culposo como en el resto del país, lo cual no sólo impediría imponer una pena menor sino también quedarían excluidos los acuerdos reparatorios previstos en el art. 187 fracción II del CNPP, en los términos siguientes:

Artículo 187. Control sobre los acuerdos reparatorios

Procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos siguientes:

- I. Delitos que se persiguen por querrela, por requisito equivalente de parte ofendida o que admiten el perdón de la víctima o el ofendido;
- II. Delitos culposos, o
- III. Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas

Por lo cual, el mismo hecho delictivo puede ser resuelto en casi todo el país con las reglas de la justicia alternativa previstas en el CNNP pero no así en el Estado de Sonora.

Un ejemplo más de las discordancias de la parte general lo encontramos en las causas excluyentes del delito previstas en el art. 15 del Código Penal para el Estado de Nayarita, el cual establece:

#### CAPÍTULO IV

#### CIRCUNSTANCIAS EXCLUYENTES DE INCRIMINACION

Artículo 15. Son circunstancias excluyentes de incriminación:

- I. Encontrarse el sujeto activo impulsado por una fuerza física irresistible;
- II. Hallarse el sujeto activo, al cometer la infracción en un estado de inconsciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental o involuntario

de sustancias tóxicas, embriagantes o enervantes o por un trastorno mental involuntario y transitorio;

III. Obrar el sujeto activo en defensa de su persona, de su honor o de sus derechos o bienes, o de la persona, honor, derechos o bienes de otro, repeliendo una agresión actual, violenta, injusta y de la cual resulte un peligro inminente, a no ser que se pruebe que intervino alguna de las siguientes circunstancias:

- A) Que el agredido provocó la agresión, dando causa inmediata y suficiente para ella;
- B) Que previó la agresión y pudo fácilmente evitarla por otros medios;
- C) Que no hubo necesidad racional del medio empleado en la defensa, y
- D) Que el daño que iba a causar el agresor era fácilmente reparable después por medios legales, o era notoriamente de poca importancia comparado con el que causó la defensa.

Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa respecto de aquél que rechazare el escalamiento o fractura de los cercados, paredes o entradas de su casa o departamento habitado o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño causado al agresor.

Igual presunción favorecerá al que causare cualquier daño a un intruso a quien sorprendiere en la habitación y hogar propios, de su familia, o de cualquiera otra persona a quien tenga la misma obligación de defender o en el local donde se encuentren bienes propios o respecto de los que tenga la misma obligación, siempre que la presencia del extraño ocurra en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión.

El que se exceda en la legítima defensa por intervenir las circunstancias a que se refieren los incisos “C” y “D”, será sancionado como delincuente por imprudencia;

IV. El miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes, o la persona o bienes de otro, de un peligro real, grave o inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial, y que el peligro no haya sido buscado o provocado por el infractor o por la persona a la que se trata de salvar.

V. Obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo de un derecho;

VI. Ejecutar un hecho que no es delictuoso sino por circunstancias del ofendido, si el infractor las ignoraba inculpablemente al tiempo de obrar;

VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, cuando su orden no constituya notoriamente un delito, o la misma orden esté respaldada por una disposición legal;

VIII. Omitir un hecho debido por un impedimento legítimo o insuperable;

IX. Ocultar al responsable de un delito o los efectos, objetos o instrumentos del mismo, o impedir que se averigüe, cuando no se hiciere por un interés bastardo y no se empleare algún medio delictuoso, siempre que se trate de:

- A) Los ascendientes y descendientes consanguíneos, afines o adoptivos;
- B) Los cónyuges, concubinos y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado y por afinidad hasta el segundo;
- C) Los que estén ligados con el sujeto por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad, y

X. Causar un daño accidentalmente sin intención ni culpa.

Del análisis del precepto citado se puede advertir que no todas las formas de ausencia de voluntad están reconocidas en la fracción I, pues sólo se reduce a la fuerza física, pero no reconoce, por ejemplo, los movimientos reflejos. Asimismo no se encuentran previstos en el citado numeral el error de tipo, ni el de justificación y prohibición, todo lo cual está prescrito en la mayoría de los Códigos penales del país, incluido el federal.

Baste lo anterior como punto de partida para debatir y replantear la situación jurídica en que se encontrará el sistema jurídico mexicano a partir del 19 de junio de 2016 cuando los jueces deban aplicar en todo el país el Código Nacional de Procedimientos Penales con la vigencia de 33 Códigos Penales sustantivos, no sólo por las contradicciones que surgirán al resolver conforme a normas penales sustantivas diferentes y una sola adjetiva sino por los posibles actos de autoridad anticonstitucionales por lesionar los Derechos humanos a la legalidad y la igualdad.

## V. CONCLUSIÓN

La vigencia de 33 Códigos Penales y un sólo Código Nacional de Procedimientos Penales generará disfunciones en el sistema jurídico mexicano a partir del 19 de junio de 2016 por contravenir los Derechos humanos a la legalidad y la igualdad, lo cual puede derivar en la anticonstitucionalidad de los actos de autoridad que los apliquen.

## MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS

Ruth VILLANUEVA CASTILLEJA\*

Al participar en estas Jornadas sobre Justicia Penal, con el tema “Código Nacional de Procedimientos Penales”, agradezco al doctor Sergio García Ramírez y a la doctora Olga Islas de González Mariscal la atención brindada al haberme permitido compartir algunas reflexiones sobre el tema de *Medidas de Protección y Providencias Precautorias*, figuras especiales, dentro de todo un contexto, por lo que representan para el derecho victimal, donde su presencia es sumamente necesaria para su real fortalecimiento y reconocimiento.

Hoy en día, su enfoque y dirección se ha fortalecido a partir de la reforma constitucional de 2008, fecha en la cual se llevó a cabo ésta, en materia de seguridad y justicia, misma que incluyó diez artículos, siete en el ámbito penal, uno sobre facultades del Congreso de la Unión, uno sobre desarrollo municipal y uno más en materia laboral y en este caso en particular se observó el artículo 20, en el inciso C, sobre las garantías de las víctimas y el ofendido, a través de una mayor participación de ambos durante el proceso penal, garantizando en el juicio la posibilidad de hacer valer sus derechos e impugnar resoluciones y así mismo, señalándose el acceso de la víctima a una reparación del daño efectiva y a una mayor protección de su persona y bienes frente al acusado.

Lo anterior, en virtud de que fortaleciendo los derechos de la víctima y el ofendido, se opera una mejor defensa, dirigida a la protección de su integridad, así como a una participación más activa durante el proceso penal. De esta manera, se señalan las bases que ofrecen mayor eficacia y congruencia con principios identificables dentro de un Estado democrático y social de Derecho.

Quienes han sido víctimas de un delito, quedan expuestos casi siempre a una doble o múltiple victimización, no sólo por la sufrida a manos del de-

\* Titular de la Tercera Visitaduría General de la CNDH. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

linciente al momento de la comisión del hecho delictivo, sino también por la emanada, muchas veces, del sistema de justicia, de sus operadores y del delincuente convertido ya en imputado, al generar temor en las víctimas u ofendidos una vez que han denunciado el hecho.

Cabe referir que esta situación ha sido retomada en el párrafo vigésimo segundo del artículo 5o., de la Ley General de Víctimas, que conceptualiza a la victimización secundaria, como la negación de la calidad de víctimas a manos de los servidores públicos o la exigibilidad que hacen éstos de mecanismos o procedimientos que agraven su condición.

Es por ello, que ha resultado necesario contar expresamente con medidas de protección y providencias precautorias que permitan atender a la seguridad de la víctima u ofendido y que les sea reparado el daño; esto implica una transformación de fondo frente al proceso penal, en donde el camino todavía se observa largo y sinuoso.

Bajo este contexto, en 2014 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el Código Nacional de Procedimientos Penales, señalando que todas sus disposiciones son de observancia general en toda la República Mexicana por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados, tanto en nuestra Constitución, como en los tratados internacionales en los que México es Estado Parte.

Así, se puntualiza también el objeto del proceso penal de establecer en todas aquellas normas que habrá de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, el proteger al inocente, evitar la impunidad y lograr la reparación del daño, para contribuir al aseguramiento del acceso a la justicia.

De esta manera, se reconoce que la protección a las víctimas u ofendidos, nace de una relación recíproca con el Estado, en la que por un lado se encuentra la obligación que tiene toda persona de cooperar con la administración de justicia en los procesos penales cuando haya presenciado o conozca de un hecho delictivo y por otra parte, su derecho a recibir la más amplia protección en su persona, familia y bienes, en el sentido de que, por cumplir con aquella obligación ciudadana, esos bienes jurídicos se vean amenazados o en riesgo.

Es por ello que la seguridad, como una condición necesaria para contar con libertad, debe ser garantizada a toda víctima u ofendido, y no es posible comprender a la una sin la otra.

De esta manera interpretamos a la seguridad, como un instrumento al servicio de la garantía de los derechos y libertades, que sólo pueden ser concebidos dentro de un sistema coherente con los valores democráticos de

solidaridad, tolerancia, convivencia pacífica y servicio público para el conjunto de la ciudadanía y al servicio del bien común para la sociedad.

Es importante especificar que este derecho y el correspondiente deber de los entes del Estado de protegerlo, no surgen a partir de las reformas constitucionales de 2008 o de 2011, o del reciente Código Nacional de Procedimientos Penales, sino que derivan de derechos fundamentales contenidos; de igual manera, en instrumentos internacionales previos, tal es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su preámbulo considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad y derechos de todos los miembros de la familia humana y que deben de ser protegidos por un régimen de derecho, así en su artículo 3º, de forma significativa explícita: *Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*; mientras que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula, ese mismo derecho, en el artículo 9º; en ese mismo sentido en el ámbito del sistema universal de protección de derechos, de igual forma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en interpretación directa de los referidos preceptos, destacó la obligación del Estado de ofrecer una garantía de protección a toda persona que reciba amenazas o se encuentre en alguna situación de riesgo, para ello, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar tanto su vida como su integridad personal.

En el caso del sistema regional de protección de derechos fundamentales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha extendido los alcances de la necesidad de protección para aquellos supuestos en que las amenazas de daño pongan en riesgo la integridad moral de las personas y equipara la obligación de salvaguardarlas con el derecho de llevar adelante su proyecto de vida y de cumplir con los compromisos que haya asumido como propios.

También se reconoce en este mismo sistema regional, en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la protección judicial y en el artículo 63.1, se dispone que la corte garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, así como la reparación de los daños y en el 63.2, se insta a la Corte a tomar las medidas provisionales que considere pertinentes en los casos de extrema gravedad, urgencia y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas.

En este orden de ideas, se reconoce entonces como un derecho fundamental de todo ser humano, la garantía tanto en su seguridad como en su integridad personal cuando, con motivo de su participación en el proceso penal, éstas puedan verse en peligro; y por ende, deban ser otorgadas medidas para protegerlos, a fin de que la víctima u ofendido esté en posibilidad

de continuar desarrollando sus actividades personales y laborales de manera regular; es decir, sin ningún tipo de limitación derivada por la amenaza de sufrir algún daño o consecuencia fatal, tanto en su esfera personal como en la familiar.

Es en este sentido, que dentro de este Código Nacional de Procedimientos Penales, en el Capítulo I. *Medidas de protección y providencias precautorias* contenido en el Título VI. *Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares*, se incorporan las medidas de protección, las cuales se encuentran señaladas en el artículo 137, en las que se faculta al Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad, el ordenar fundada y motivadamente su aplicación, cuando estime que el imputado representa un riesgo inminente en contra de la seguridad de la víctima o el ofendido, estableciendo para ello el siguiente catálogo:

- I. Prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido;
- II. Limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre;
- III. Separación inmediata del domicilio;
- IV. La entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima que tuviera en su posesión el probable responsable;
- V. La prohibición de realizar conductas de intimidación o molestia a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos;
- VI. Vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido;
- VII. Protección policial de la víctima u ofendido;
- VIII. Auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se localice o se encuentre la víctima u ofendido en el momento de solicitarlo;
- IX. Traslado de la víctima u ofendido a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes, y
- X. El reintegro de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.

Es de destacar, que la propia norma considera, que *dentro de los cinco días siguientes a la imposición de las medidas de protección previstas en las fracciones I, II y III, deberá celebrarse audiencia en la que el juez podrá cancelarlas, o bien, ratificarlas o modificarlas mediante la imposición de las medidas cautelares correspondientes.*

Para ello, se deben valorar los elementos de amenaza y riesgo existentes, debido a que ambos fungen como presupuesto esencial para fijar la procedencia o no, de la aplicabilidad de alguna medida de seguridad, ya que para adoptar una decisión válida y motivada, la autoridad encargada de generarla y en su caso ejecutarla, debe partir de una evaluación detallada sobre la

amplitud del riesgo, así como del nivel de amenaza de muerte o daño físico del que pudiere ser objeto la víctima o el ofendido.

Lo anterior, con la finalidad de reducir los límites de discrecionalidad y subjetividad que pudiera conllevar esta decisión jurisdiccional. Para estos casos, el juzgador deberá agotar todos los elementos para concluir, si pesa sobre la persona que debe comparecer a juicio, o sobre su familia, el riesgo de un mal grave y valorar en ese sentido, la procedencia de otorgar las medidas de protección necesarias. Ello, debido a que se ven involucrados bienes jurídicos y derechos de primer orden como son la vida y la integridad personal, al margen de si el interesado haya o no solicitado dicha protección.

Vale la pena mencionar también, que el artículo 139 del referido Código, considera que la imposición de las medidas de protección y de las providencias precautorias tendrá una duración máxima de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta días. Y que, cuando hubiere desaparecido la causa que dio origen a la medida decretada, el imputado, su Defensor o en su caso el Ministerio Público, podrán solicitar al Juez de control que la deje sin efectos.

Sin embargo, es importante destacar, sobre todo en lo que se refiere a las medidas de protección a la víctima que éstas debieran durar, en estricto sentido por el tiempo que determine el juzgador a partir del análisis de la amenaza, y no por el tiempo que dure el juicio o el previsto actualmente en el artículo referido, en virtud de poder ampliar el fin protector, mientras que la causa que le da origen no se desvanezca.

Una de las estrategias que se pueden aplicar y que se prevén en el párrafo cuarto del artículo 137, se da para aquellos delitos por razón de género, en el que se aplica de manera supletoria la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

Esta norma considera como medidas, a las órdenes de protección que se reconocen como actos de urgente aplicación en función del interés superior de la víctima que son fundamentalmente precautorias y cautelares y que deben ser otorgadas por la autoridad competente, inmediatamente que conozca de los hechos probablemente constitutivos de infracciones o delitos que impliquen violencia contra las mujeres.

Sin embargo, el alcance de las órdenes de protección son limitadas a la persona que las solicita dado que la propia ley consagra su calidad de personalísimas e intransferibles.

En cuanto a las órdenes de protección consideradas de emergencia reconoce por ejemplo: *la desocupación inmediata por el agresor del domicilio conyugal o donde habite la víctima, la prohibición inmediata al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendien-*

*tes o cualquier otro que frecuente la víctima; el reingreso de la víctima al domicilio, una vez que se salvaguarde de su seguridad, y la prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia.*

Por otro lado, la norma reconoce también órdenes de protección preventivas que abarcan: *la retención y guarda de armas de fuego propiedad del agresor o las armas punzocortantes y punzocontundentes que independientemente de su uso, hayan sido empleadas para amenazar o lesionar a la víctima; la entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima y de sus hijas e hijos; el auxilio policial de reacción inmediata a favor de la víctima, con autorización expresa de ingreso al domicilio donde se localice o se encuentre la víctima en el momento de solicitar el auxilio,* entre otras.

Cabe mencionar, que estas órdenes sólo tendrán una temporalidad no mayor de 72 horas y deberán expedirse dentro de las 8 horas siguientes al conocimiento de los hechos que las generan, por lo que en realidad la esfera de protección es muy limitada.

En este sentido, no se debe perder de vista el derecho fundamental que toda persona tiene, como miembro de la sociedad, a que sea garantizada su seguridad, como un requisito mínimo de legitimidad y justicia de los Estados democráticos y sociales de derecho.

De esta forma, es a través de estas medidas, que nuestro Estado cumple con su deber de proteger consagrado constitucionalmente y evitar con ello, que otros derechos sean violados.

Por otra parte, en el mismo Capítulo I del Código Nacional comentado, emerge otro elemento de garantía denominado providencias precautorias, como una estrategia que retoma el legislador para asegurar; por un lado, la presencia del imputado en el juicio y garantizar el correcto desarrollo del proceso, siendo la sujeción a éste lo que restringe temporalmente su libertad y primordialmente, para garantizar la reparación del daño a la víctima o al ofendido.

Así, queda previsto jurídicamente que las providencias precautorias podrán ser solicitadas ya sea por el ministerio público o, por las propias víctimas u ofendidos directamente al juez, siempre y cuando, de los datos de prueba expuestos (*por el Ministerio Público y la víctima u ofendido*), se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado sea responsable de repararlo.

A este respecto, el juez deberá decretar como providencias precautorias:

- a) El embargo de bienes, y
- b) La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

Se destaca, que una vez decretada la providencia precautoria, podrá revisarse, modificarse, sustituirse o cancelarse a petición del imputado o de terceros interesados, debiéndose escuchar para ello a la víctima u ofendido y al ministerio público.

Es importante considerar, que las providencias precautorias pueden ser canceladas si el imputado garantiza o paga la reparación del daño; si fueron decretadas antes de la audiencia inicial y el ministerio público no las promueve, o no solicita orden de aprehensión; si se declara fundada la solicitud de cancelación de embargo planteada por la persona en contra de la cual se decretó o de un tercero, o si se dicta sentencia absolutoria, se decreta el sobreseimiento o se absuelve de la reparación del daño.

Por su parte, las providencias precautorias se harán efectivas a favor de la víctima u ofendido, cuando la sentencia que condene a reparar el daño cause ejecutoria.

En este tenor, resulta trascendente destacar que la reparación del daño es un derecho victimal que reafirma la dignidad de las víctimas y reconoce en el Estado, la responsabilidad de procurar a través de los medios procesales previstos, la restitución simbólica (y fáctica) de los bienes jurídicos afectados por el delito.

Al respecto, el Estado exige al condenado la restitución de los bienes jurídicos al estado anterior a la comisión del delito y, si no fuere posible, la indemnización de los daños material y moral, así como los perjuicios ocasionados, incluyendo el pago de tratamientos curativos, que como consecuencia del delito, sean necesarios de proveer para la recuperación de la salud de la víctima.

De este modo la reparación del daño, se convierte a la vez, en una obligación del Estado y en un derecho de las víctimas.

No debe olvidarse que el fundamento jurídico de la reparación del daño, se encuentra previsto como un derecho constitucional en el artículo 20, apartado C, fracción IV, que a la letra dice:

El proceso penal será acusatorio y oral, se regirá por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediatez.

[...].

C. De la víctima o del ofendido

[...].

IV. Que se le repare el daño. En los casos que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño...

Si bien es cierto, que los daños derivados por la delincuencia se manifiestan en diversos niveles que van desde lo individual; es decir, el que lo vive de manera directa como víctima u ofendido, el impacto familiar que recae en la pareja, los hijos e hijas o los familiares más cercanos y el impacto que tiene sobre la sociedad en general.

Resulta entonces trascendente, reconocer que todos ellos estos se interrelacionan y no pueden comprenderse los unos sin los otros, ya que una medida protección o una providencia precautoria que no es exigida en tiempo y garantizada de forma adecuada, vulnera derechos, no sólo de la persona directamente afectada, sino de la sociedad en general, ya que al no verse satisfechas las garantías a la seguridad e integridad de las personas, el acceso a la justicia o a la reparación del daño, simplemente se evidencia que la norma es débil y por lo tanto, inútil.

Estos temas, dentro del contexto del nuevo Sistema Penal Acusatorio, constituyen una posibilidad más de brindar el acceso a la justicia de manera óptima, implantando las prácticas más eficaces y adaptando la legislación que sea requerida para alcanzar los fines del mismo, fortaleciendo a su vez el Sistema Nacional de Seguridad Pública, con base en el respeto irrestricto por los derechos humanos y el fomento por la cultura de la legalidad.

Es importante valorar, que el legislador evaluó, al momento de incorporar este tipo de elementos de protección y reparación del daño, tanto los compromisos que el país ha suscrito a través de instrumentos internacionales para garantizar la seguridad de sus gobernados, como de las propias las obligaciones que el Estado ha reconocido y que se encuentran previstas en el párrafo tercero del artículo primero constitucional que indica que 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.

Es bajo este espíritu, que los legisladores en un afán de proteger los derechos humanos de las víctimas, han ofrecido medidas para asegurar que las autoridades jurisdiccionales cumplan con estas obligaciones que el Estado asume en su relación con los individuos, así como en las relaciones entre todas las personas.

En este mismo sentido, la Ley General de Víctimas, reconoce determinadas obligaciones y responsabilidades, previendo la protección de las víctimas, proporcionándoles ayuda, asistencia o reparación integral.

Esta norma general, incluye una reparación integral, que abarcan medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica. Cada una de estas medidas será implementada a favor de las víctimas teniendo en cuenta la gravedad y magnitud del hecho victimizante cometido o la gravedad y magnitud de la violación de sus derechos, así como las circunstancias y características del hecho victimizante.

De esta manera, también los Estados asumen el deber de asegurar el respeto de los derechos humanos por parte de las autoridades estatales y otros representantes de la ley, los ciudadanos, corporaciones y otros actuantes no gubernamentales que operen dentro de sus límites.

Por ello, en el caso de las medidas de protección y providencias precautorias, el Estado no debe abstenerse de actuar, sino emprender la acción protegiendo a las víctimas y ofendidos, al adoptar medidas apropiadas para garantizar su seguridad, su bienestar físico y psicológico y su intimidad, así como los de sus familias, aun cuando no lo hayan solicitado en virtud de contar con elementos suficientes que le indiquen al juzgador una amenaza grave a su vida o integridad.

En esta misma Ley General, en su artículo segundo fracciones I y II, se establece la obligación del Estado de *reconocer y garantizar los derechos de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, en especial el derecho a la asistencia, protección, atención, verdad, justicia, reparación integral, debida diligencia y todos los demás derechos consagrados en ella, en la Constitución, en los Tratados Internacionales de derechos humanos de los que el Estado Mexicano es Parte y demás instrumentos de derechos humanos; así como establecer y coordinar las acciones y medidas necesarias para promover, respetar, proteger, garantizar y permitir el ejercicio efectivo de los derechos de las víctimas; así como implementar los mecanismos para que todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias cumplan con sus obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y lograr la reparación integral.*

Bajo esta lógica, los Estados de igual manera deben tomar medidas para prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, así como de reparar el derecho violado.

Este deber de reparar, puede asegurarlo el Estado mediante una pena pecuniaria, que consista en la obligación impuesta al delincuente de restablecer el *status quo ante* y la obligación de resarcir los perjuicios derivados del delito que cometió.

Es un hecho visto así, que el Estado debe velar porque en el proceso penal, se imparta justicia y se logre una reparación del daño, sin que ello dé lugar a una nueva victimización para los afectados.

## EL LUGAR DE LOS HECHOS Y LA POLICÍA ESPECIALIZADA

Luis Rafael MORENO GONZÁLEZ\*

“Lo bueno y lo breve dos veces bueno”, dejó escrito el autor de “Agudeza y Arte de Ingenio”, el jesuita-español Baltazar Gracián. Ahora bien, en virtud de que ha transcurrido el tiempo y por ser el último expositor de la primera mesa de trabajo, sólo les garantizo brevedad, que seguramente ustedes me agradecerán.

Cada lugar de los hechos tiene su propia problemática, la que debe resolverse, más que con normas fijas, con la ciencia, la experiencia y el criterio adecuado del investigador. Concepto que reúne en pocas palabras mi postura sobre el tema “El lugar de los hechos y la Policía especializada”, motivo de mi exposición. Adelantándome un poco al contenido de la misma, puedo afirmar, que el delicado y laborioso examen del lugar de los hechos exige del investigador, más que una capacitación una seria formación profesional, como a continuación haré ver.

Para ubicarnos en el tema, me voy a permitir citar la fracción VIII y IX del artículo 132 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que ponen en evidencia una absoluta falta de conocimiento de la cuestión. Asimismo, cada artículo va seguido de un breve comentario.

### Artículo 132. Obligaciones del Policía

#### Fracción:

VIII. Preservar el lugar de los hechos o del hallazgo y en general, realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios. En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades para procesar la escena del hecho y al Ministerio Público conforme a las disposiciones previstas en este Código y en la legislación aplicable;

#### Comento:

En lugar de decir “En su caso deberá dar aviso a la Policía con capacidades”, es más correcto, claro y preciso apuntar: “asimismo, de *inmediato* de-

\* Médico Cirujano por la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Ex Presidente de la Academia Mexicana de Criminalística.

berá dar aviso a la Policía con capacidades”. Incluir el término *inmediato* en la redacción es fundamental, ya que “cada minuto que pasa el delincuente se aleja y la verdad se desvanece”.

Fracción:

IX. Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos, en los términos de la fracción anterior.

Comento:

El examen del lugar o procesamiento del mismo es algo más que “Recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos...” Estos son solamente dos eslabones de la cadena investigativa, cuidando en todo el proceso garantizar la autenticidad de los elementos de prueba, es decir, la “Cadena de Custodia”.

Ignorantes los legisladores de lo delicado y de la trascendencia del examen del lugar de los hechos, base fundamental de la investigación criminalística, como a continuación veremos, lo dejaron en manos de “policías capacitados”, responsabilidad que corresponde a profesionales de la criminalística; en el presente caso a expertos en criminalística de campo.

Es de tal cuidado esta tarea que de no cumplirse como lo establecen las normas criminalísticas, el laboratorio, al que finalmente llegan los indicios para su examen, es poco lo que puede hacer. Por elemental que parezca, no debemos olvidar que en todo hecho delictuoso siempre existen indicios. Sin embargo, si no se levantan o se levantan mal se verá afectado el proceso judicial, propiciando impunidad. Efectivamente, “no hay malhechor que no deje detrás de sí alguna huella aprovechable”.<sup>1</sup> Al parecer, la ignorancia de los legisladores se debe a que no tomaron en cuenta la sentencia: “El que no sabe, que pregunte al que sí sabe”. “Elemental mi querido Watson”, diría Sherlock Holmes.

Ahora bien, un buen examen de lugar de los hechos requiere del investigador experiencia, gran control y dominio emocional, talento inductivo - deductivo, conocimientos profesionales de la materia, método y cordura en el proceder y, finalmente, gran capacidad de observación. Por algo Pavlov, el gran científico ruso, le aconsejaba a su equipo de investigadores: “Espíritu de observación y más espíritu de observación”, máxima aplicable, indiscutiblemente, a la investigación científica de los delitos, y que mandé inscribir, en 1971, en la entrada del Laboratorio de Criminalística de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

<sup>1</sup> Rou-magnac Carlos, *Elementos de Policía Científica*, Edit. Botas, México, 1923, p.10.

Prosigo el desarrollo de mi exposición, estando en total acuerdo con el comentario que hace la maestra Victoria Adato Green al artículo 132, fracción VIII y IX del Código susodicho, cito:

Respecto a las fracciones VIII y IX y las atribuciones que le dotan a la policía, se advierte que, aun cuando en la fracción XI del artículo 3o. del CNPP, se les denomine como cuerpos de policía especializados en la investigación de delitos del fuero federal o del fuero común, éstos no tienen las capacidades de un perito criminalista para: primero, garantizar la integridad de los indicios; segundo, para procesar la “Escena de los hechos”; y, tercero, para recolectar y resguardar objetos relacionados con la investigación de los delitos. Por lo que se debería dar aviso y una orden precisa para la intervención inmediata a los Servicios Periciales en Criminalística...<sup>2</sup>

Las razones por las que ciertamente estoy de acuerdo con tan distinguida maestra, las hago saber en mis siguientes comentarios:

La importancia del lugar de los hechos la señala con toda claridad E. Villanueva Cañadas, al apuntar: “La criminalística es la ciencia que estudia los indicios dejados en el lugar de los hechos, gracias a los cuales se puede establecer en los casos más favorables, la identidad del criminal y las circunstancias que concurrieron en el hecho delictivo”.<sup>3</sup>

Por su lado, los hermanos J. Antonio y Miguel Lorente Acosta destacan también su importancia, en los siguientes términos: “La llegada de las muestras al laboratorio para su procesamiento es el eslabón que viene a unir los dos fragmentos de la cadena de la investigación criminal. Por una parte, todo el estudio preliminar llevado a cabo en el lugar de los hechos o escena del crimen, y por otra el análisis científico en el laboratorio forense”.<sup>4</sup>

En tal virtud, cuando el investigador criminalista llega al lugar de los hechos, debe estar preparado para manejar y reconocer los indicios. Debe procurar hacer acto de presencia a la mayor brevedad, ya que conforme pasan las horas los indicios se destruyen, contaminan, alteran o, en el peor de los casos, desaparecen, conforme anoté en párrafos anteriores.

Nunca será excesiva la atención que se preste a las primeras indagaciones realizadas en la escena de los hechos. El doctor Locard lo observó al

<sup>2</sup> “Análisis preliminar de posibles aspectos de inconstitucionalidad e inconventionalidad del Código Nacional de Procedimientos Penales”, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de marzo de 2014, p. 86.

<sup>3</sup> Citado por Gisbert Calabuig en *Medicina Legal y Toxicología*, 4a. reimp., Edit. Masson Salvat, Barcelona, 1992, p. 975.

<sup>4</sup> *El ADN y la identificación en la investigación criminal y en la paternidad biológica*, Edit. Comares, Granada, 1995, p. 129.

expresar: “Las primera horas de la investigación son inapreciables y, en estas cosas, el tiempo que pasa representa la verdad que huye”.<sup>5</sup> Por lo tanto, proceder con método, sin precipitación y sin prejuicios, es la regla.

Debido a que no se puede observar todo detenidamente, el investigador debe discriminar e intentar seleccionar sólo lo significativo, es decir, los indicios. La mayoría del conocimiento y mucho del genio del criminalista se basa en su actitud crítica, es decir, en la habilidad que posea para seleccionar aquello que merece ser observado. Es esta una elección crucial, la cual a menudo determina el éxito o fracaso de la investigación.

En virtud de que no todo lo que está en el escenario del presunto hecho delictivo son indicios, es decir, que no todo lo que ahí existe está relacionado directa o indirectamente con los hechos que se investigan, el reconocerlos exige del investigador un excelente ojo clínico criminalístico, resultado de su preparación y experiencia. O sea, hay que saber lo que se está buscando. Aspecto que queda perfectamente definido en la frase de Bertillon: “Sólo se ve lo que se mira y sólo se mira lo que se tiene en la mente”.<sup>6</sup> Por esta razón fundamental, la búsqueda de indicios en el “lugar de los hechos” debe confiarse siempre a un especialista consagrado a esta clase de investigaciones, es decir, a un experto en criminalística.

La importancia de los indicios se debe a que “son testigos mudos que no mienten”, cuyo lenguaje no es críptico para el criminalista; a que su examen científico proporciona información objetiva y confiable; y a que proveen realidades o hechos imparciales, constituyendo el haber positivo del criminalista. En suma: porque son la base fundamental, la materia prima de la indagación técnico-científica de los delitos.

De todo cuanto he señalado, se deduce la importancia, repito, de trabajar con método y sin precipitación en el lugar de los hechos pieza maestra dentro del complejo mecanismo investigativo y fuente invaluable de información. Al respecto, Hans Gross, el padre de la criminalística, recomienda: “Hay que proceder con extraordinaria calma y tranquilidad en el lugar de los hechos, pues sin ella se malograría lastimosamente el éxito de la investigación”,<sup>7</sup> en otras palabras, hay que proceder y darle el tiempo que requiere el caso y no terminarlo precipitadamente, porque vamos a pasar por alto muchos datos, esto iría en perjuicio de la investigación. Por ello los

<sup>5</sup> Citado por Francisco Gorphe, *La apreciación Judicial de las Pruebas*. Ed. La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 271.

<sup>6</sup> Citado por J. A. Lorente Acosta en *Un detective llamado ADN*, Edit. Tanto por Saber, España, 2004, p. 117.

<sup>7</sup> *Manual del Juez*, trad. al español, Imp. Eduardo Dublán, México, 1900, p. 93 TI.

que trabajan en el lugar de los hechos deben ser expertos, deben saber lo que observan y lo qué es lo que van a buscar.

El examen forense del lugar de los hechos en búsqueda de indicios, comprende los siguientes pasos: su reconocimiento en la escena del delito, su registro documental con relación a la propia escena, su levantamiento, su embalaje, su etiquetado, su entrega al laboratorio de criminalística y, finalmente, su resguardo. En todo este procedimiento hay que cuidar la “Cadena de custodia”, que define el maestro Vivas Botero en los siguientes términos:

Procedimiento que consiste en la manipulación adecuada del elemento material de prueba o evidencia física, en procura de conservar su autenticidad y garantizar su inalterabilidad, para lo cual debe hacerse una rigurosa recolección, fijación, embalaje, etiquetado, movimiento, depósito y documentación, partiendo de quien la encuentra, hasta su disposición final.<sup>8</sup>

Es tal la importancia de esta actuación que cuando no se guarda cuidadosamente, el indicio descubierto puede perder valor procesal.

El examen del lugar requiere del investigador una gran capacidad de observación y análisis, así como inductivo-deductiva. En tal virtud, la observación, procedimiento empírico básico, juega un papel fundamental. Debe ser intencionada e ilustrada: intencionada o deliberada porque se hace con un objetivo determinado; ilustrada porque va guiada por el cuerpo de conocimientos criminalísticos. Asimismo, metódica, completa, minuciosa y objetiva. Son sus fines comprobar la realidad de un hecho delictuoso, así como encontrar suficientes indicios que permitan, por una parte, identificar al autor o autores, y, por otra, conocer las circunstancias de su participación. Efectivamente, es importante señalar “que sólo encuentra en el lugar de los hechos el que sabe lo que busca” y sólo sabe lo que busca, el que tiene conocimientos de criminalística, es decir, expertos en criminalística y no policías capacitados.

De esta manera, los datos de observación del lugar, junto con los del laboratorio, permiten, debidamente evaluados, conocer la forma en que sucedieron los hechos, así como la identidad de su autor (es). O sea, es una labor conjunta de profesionales de la investigación científica de los delitos, es decir, de criminalistas, no de policías capacitados, cuyos juicios comprometen a la justicia y sonrojan a la ciencia.

El investigador criminalista dará por terminada su responsabilidad, redactando el respectivo dictamen en forma clara y precisa, que contenga la

<sup>8</sup> *El lugar de los hechos*, Edit. Leyer, Colombia, 2006, p. 308.

naturaleza y circunstancias de todos y cada uno de los indicios. La evaluación metódica de la información, es decir, de los datos producto de la observación, es de básica importancia, pasando a ser la criminalística de una simple técnica a una disciplina técnico-científica. En otros términos, una vez obtenidos y debidamente verificados los indicios, resta interpretarlos para atribuirles su sentido y alcance: ésta es la tarea esencial que resulta delicada, en mayor o menor medida.

En resumen: El lugar de los hechos, como un libro lleno de información significativa (indicios), relata la historia de lo sucedido, que en manos de un lector inhábil se convierte en un libro frágil, cuyas hojas pueden perderse sin posibilidad de restauración. Pero todo ese caudal de información objetiva que encierra, sólo es aprovechable cuando se ha conservado la originalidad de la escena del suceso, preservación que está dirigida a prevenir modificaciones o cambios sustanciales, capaces de dañar o producir importantes alteraciones en los elementos de convicción, o sea, los indicios.

Hoy en día apunta con acierto J. A. Lorente Acosta,

...se está trabajando con equipos y programas informáticos que permiten un estudio y grabación tridimensional de la escena del crimen y su posterior recreación a escala milimétrica, igualmente en tres dimensiones. En estos casos un robot teledirigido penetra con una cámara especial en la escena del crimen sin perturbar la misma y toma las imágenes para su posterior estudio.<sup>9</sup>

Indiscutiblemente, tecnología de punta, como podemos observar, que sólo conocen y saben aplicar, tan importante avance, los expertos en criminalística de campo.

En pocas palabras, el examen del lugar de los hechos, es responsabilidad de los profesionales de la criminalística, *no de los policías capacitados* que carecen de una seria formación criminalística y que, por lo tanto, bien podrían ocuparse, por ser de los primeros en llegar a la escena de los hechos, de su preservación. Existe un gran abismo entre el profesional de la criminalística que actúa con todo rigor científico y el policía capacitado, cuyas desafortunadas actuaciones, por las razones expuestas, generarían impunidad.

En suma, “en criminalística, dejó escrito Hans Gross, el más leve detalle, lo que más baladí parece, suele ser en ocasiones la clave que conduce a la averiguación de la verdad”.<sup>10</sup> Ahora bien, este leve detalle sólo es perceptible a los ojos experimentados del profesional de la criminalística, no al de los ojos ciegos para estos menesteres del policía capacitado.

<sup>9</sup> *Op. cit.*, p. 117.

<sup>10</sup> *Op. cit.*, p. 97.

Termino, para poder contestar la 7 preguntas de oro de la investigación criminalística: qué, quién, cuándo, cómo, dónde, con qué y por qué, así como para descubrir las relaciones entre el lugar de los hechos y el delincuente, es preciso aplicar con rigor científico el método y las técnicas criminalísticas conducentes, sólo posible para los profesionales de la criminalística.

## DETENER PARA INVESTIGAR

Luis de la BARREDA SOLÓRZANO\*

Porque parece que en el presente sistema criminal, según la opinión de los hombres, prevalece la idea de la fuerza y de la prepotencia a la de la justicia; porque se arrojan confundidos en una misma caverna los acusados y los convictos.

Cesare BONESANA,  
MARQUÉS DE BECCARIA

SUMARIO: I. *Prisión sin condena*. II. *Cuándo detener*. III. *Una excepción*. IV. *La Suprema Corte burlada*. V. *Reprobación*. VI. *Aplicación desmedida*. VII. *Restricciones constitucionales*. VIII. *Un nuevo arraigo ad infinitum*.

### I. PRISIÓN SIN CONDENADA

La prisión preventiva es la manifestación más clara y más brutal de aquello que deploró Francesco Carnelutti en *Las miserias del proceso penal*: “Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes... la tortura, en las formas más crueles, ha sido abolida, al menos en el papel; pero el proceso mismo es una tortura”.

De todos los males que se hacen sufrir al inculpado durante el procedimiento, ninguno tan grave y tan injusto como la pérdida de la libertad. Grave porque, por decirlo con palabras de Don Quijote en la inmortal obra de Miguel de Cervantes, “el cautiverio es el mayor mal que puede venir a los

\* Doctor en Derecho por la UNAM. Coordinador del Programa Universitario de Derechos Humanos de la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

hombres”; injusto porque se impone a una persona de la que aún no se sabe si es culpable o inocente del delito de que se le acusa, ya que el juzgador todavía no dicta su sentencia, esto es, porque es una pena —nada menos que la privación de la libertad— sin condena, claramente contraria al principio de presunción de inocencia.

La prisión preventiva se ha justificado en la necesidad tanto de asegurar la comparecencia del inculcado durante todo el proceso y garantizar el cumplimiento de la eventual pena privativa de libertad que pueda imponérsele en la sentencia, como en el peligro que ciertos inculcados representan para la comunidad.

En el siglo XVIII, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, advirtió en su Tratado de los delitos y de las penas: “... siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia sino cuando la necesidad lo pide. La cárcel, por tanto, es la simple custodia de un ciudadano mientras al reo se le juzga; y esta custodia, siendo como es, esencialmente penosa, debe durar el menor tiempo posible y además debe ser lo menos dura que se pueda”.

El artículo 9o. de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estableció: “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable. Si se juzga que es indispensable arrestarlo, todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona debe ser severamente reprimido por la ley”.

Por su parte, el artículo 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 dispone: “La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.

Ahora bien, la imposición de la prisión preventiva requiere al menos que el inculcado haya sido sometido a proceso por resolución judicial, para lo cual es indispensable que existan pruebas que hagan probable su responsabilidad penal en el delito por el cual se le juzga. Sin esas pruebas no puede ser sometido a proceso y, por tanto, no puede imponérsele la prisión preventiva.

Por injusta que jurídicamente pueda considerarse, la prisión preventiva ha existido y existe en todas las legislaciones del mundo: no hay país que la haya abolido. Y nadie niega seriamente su necesidad. Lo que ha sucedido en los países con legislación penal respetuosa de los derechos humanos, garantista, es que la prisión preventiva se aplica, como ordena el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, como excepción y no como regla general.

Entre las conquistas democráticas de los gobernados frente al poder del Estado, específicamente frente a las autoridades policíacas y las persecutoras de los delitos, están el derecho a no ser detenido arbitrariamente y el derecho a que la duración de la retención del detenido previa a su puesta a disposición ante un juez sea razonablemente breve.

Es clara la importancia de estos derechos: sin ellos, cualquiera podría ser detenido una y otra vez sin que hubiera elementos probatorios que lo ameritaran, las retenciones sin juicio podrían alargarse ad infinitum, y si esas detenciones fueran reiteradas al afectado se le convertiría en un personaje más desdichado que los más desdichados de Kafka.

La significación de estos derechos ha sido expresada en una sentencia breve y elocuente: en los regímenes autoritarios se detiene para investigar; en las democracias se investiga para detener.

## II. CUÁNDO DETENER

Hasta antes de la reforma de 2008, la Constitución mexicana enumeraba los siguientes supuestos en que una persona podía ser detenida:

- a) Por orden del juez competente, que sólo puede dictarse si obran datos que comprueben que se ha cometido un delito y establezcan la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe. En este caso la detención la hace la policía de investigación y el indiciado debe ser puesto de inmediato a disposición del juez que dictó la orden;
- b) En flagrancia, esto es en el momento en que el sujeto está cometiendo el delito o inmediatamente después. En esta hipótesis cualquier persona puede realizar la detención, y debe entregar al detenido sin demora a la autoridad más cercana, y ésta, igualmente sin tardanza, debe ponerlo a disposición del Ministerio Público;
- c) En casos urgentes, cuando se trate de delito grave y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, el Ministerio Público está facultado, bajo su responsabilidad, a ordenar la detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, y
- d) Tratándose de infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, procede la detención si el infractor es sorprendido en flagrancia, y la sanción máxima es de arresto hasta por 36 horas.

En los supuestos b) y c), el Ministerio Público cuenta invariablemente con un plazo de 48 horas para consignar al detenido ante un juez, plazo que puede duplicarse (96 horas) en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Si en ese lapso el Ministerio Público no consigue pruebas de que se ha cometido un delito y de la probable responsabilidad del detenido como autor o partícipe, debe dejarlo en libertad.

En ningún caso la detención prejudicial podía prolongarse más de 48 horas, o de 96 si se trataba de delincuencia organizada. Así quedaba debidamente protegido el derecho de toda persona a no ser detenida injustificadamente ni retenida por un lapso excesivo. Hasta que...

### III. UNA EXCEPCIÓN

Del latín *ad*, y *radicare*, arraigar significa, en la acepción que aquí interesa — dice el Diccionario de la Real Academia Española —, notificar judicialmente a alguien que no salga de la población, bajo cierta pena.

En los procesos civiles, el arraigo — medida cautelar cuyo propósito es asegurar el objeto y la buena marcha del proceso — procede, a petición de parte, cuando existe el temor de que se ausente u oculte la persona que vaya a ser o haya sido demandada, a fin de que no abandone el lugar del juicio sin dejar representante o abogado que pueda intervenir en aquél y afrontar sus consecuencias.

En el procedimiento penal lo que interesa asimismo es el que el inculpado comparezca ante la autoridad investigadora o ante la autoridad judicial y no escape a la acción de la justicia. Tradicionalmente se ha entendido que arraigar a una persona es ordenarle que permanezca dentro de la circunscripción territorial correspondiente al ámbito de competencia de la autoridad que persigue el delito o aquélla ante la que se realiza el proceso. Se entiende que dentro de ese territorio el arraigado es libre de desplazarse a discreción.

En concordancia con esa conceptualización, los códigos de procedimientos penales, federal y del fuero común, contemplaban el arraigo como la prohibición de abandonar el lugar del procedimiento o del proceso. En cambio, el artículo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada de 1996 dispuso que el juez podrá dictar el arraigo, a solicitud del Ministerio Público, en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud. En el mismo sentido, en 1999 se reformó el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de que el juez, a petición del Ministerio Público, pueda “decretar el arraigo domiciliario”.

El arraigo se convirtió entonces, contrariando su contenido semántico, en una privación de libertad, y no era precisamente domiciliario: el arraigado es recluso en el lugar solicitado por el Ministerio Público y no en su domicilio. Esa privación de la libertad procede sin que se esté en presencia de flagrancia ni haya datos que establezcan que existe la probabilidad de que el indiciado sea autor o partícipe de un delito, es decir los datos que justificarían una orden judicial de aprehensión.

Reformas similares se llevaron a cabo en los diversos códigos procesales de las entidades federativas. Nació en nuestra legislación penal, con la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, lo que Sergio García Ramírez llamó el bebé de Rosemary, evocando la cinta de Roman Polanski en la que el demonio engendra un hijo.

Esa medida cautelar, aplicable sin que necesariamente existan pruebas que permitirían al juez dictar una orden de aprehensión, tenía diversos períodos de duración en los distintos códigos, llegando hasta noventa días, lapso más que suficiente para arruinarle la vida al afectado. ¡90 días de privación de la libertad sin que haya pruebas para iniciar un proceso!

#### IV. LA SUPREMA CORTE BURLADA

En su resolución de 19 de septiembre de 2005, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consideró anticonstitucional la figura del arraigo con el siguiente razonamiento:

...en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.

Esa importantísima resolución de nuestro máximo tribunal fue burlada. Para evadir la inconstitucionalidad de la figura del arraigo, el Poder Constituyente Permanente (el Congreso de la Unión y las legislaturas de los estados) la introdujo en la Constitución. Al ser incluida en la Constitución, ya no podía ser inconstitucional.

La reforma de 2008 adicionó el siguiente párrafo al artículo 16 de la ley suprema:

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

Además, el artículo decimoprimer transitorio del decreto por el que se publicó la reforma dispone que la medida será también aplicable, desde que entró en vigor la reforma hasta 2016, a los delitos considerados graves en la legislación penal.

Así, el atraco se constitucionalizó. Una persona contra la que no hay las pruebas que justificarían una orden judicial de aprehensión y el inicio de un proceso, es decir, un mero sospechoso, puede estar preso —pues no otra cosa es permanecer coactivamente en un sitio designado unilateralmente por la autoridad— hasta por ochenta días, lapso en muchos casos más que suficiente para arruinar la vida profesional, la vida familiar, la vida amorosa y aun la fortaleza espiritual y el buen ánimo de una persona.

## V. REPROBACIÓN

El arraigo ha sido reprobado por organismos nacionales e internacionales de derechos humanos.

El Comité contra la Tortura de la ONU expresó el 7 de febrero de 2007 preocupación por

...la figura del “arraigo penal” que, según la información recibida, se habría convertido en una forma de detención preventiva con el uso de casas de seguridad (casas de arraigo) custodiadas por policías judiciales y agentes del Ministerio Público, donde se puede detener indiciados durante 30 días —hasta

90 días en algunos Estados— mientras se lleva a cabo la investigación para recabar evidencia, incluyendo interrogatorios.

Y propuso al Estado mexicano “garantizar que la figura del arraigo desaparezca tanto en la legislación como en la práctica, a nivel federal así como a nivel estatal”.

El Subcomité para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes de la ONU consideró en el informe sobre su visita a México que “la figura jurídica del arraigo puede llegar a propiciar la práctica de la tortura al generar espacios de poca vigilancia y vulnerabilidad de los arraigados, quienes no tienen ninguna condición jurídica claramente definida para poder ejercer su derecho de defensa”.

El Comité de Derechos Humanos de la ONU lamentó el 22 de marzo de 2010 la falta de aclaraciones sobre el nivel de pruebas necesarias para una orden de arraigo y recomendó al Estado mexicano la eliminación de esa figura jurídica.

La Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados señaló, al concluir su visita a México en octubre de 2010, que la figura del arraigo es resultado del mal funcionamiento del sistema de investigación y procuración de justicia, pues coloca los incentivos en una dirección contraria al fortalecimiento de la capacidad investigativa de la autoridad y viola el principio de presunción de inocencia.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), en su Recomendación 2/2011, consideró que “con la solicitud y otorgamiento de las órdenes de arraigo se prolongan privaciones de la libertad de las personas, sin controlarse la legalidad de la detención, lo cual viola el derecho a la libertad personal consagrado en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano”, y que “el modelo de la reforma de 2008, al establecer en la Constitución el arraigo, se alejó de la concepción del derecho penal ciudadano y lo aproximó a modelos represivos de restricciones a los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos en diversos instrumentos internacionales. A través del arraigo se establece un régimen de excepción...”.

## VI. APLICACIÓN DESMEDIDA

En su origen, el arraigo se pretendió justificar como una medida cautelar que impediría que un sospechoso evadiera la acción de la justicia, dañara al denunciante o a los testigos, o destruyera pruebas. En la legislación se permite su aplicación sólo en esos casos. En los hechos se ha aplicado abusivamente

sin que se presente ninguno de esos supuestos. El Ministerio Público frecuentemente lo ha solicitado sin medida y ciertos lamentables jueces sumisos han aceptado esas solicitudes sin justificación jurídica.

El arraigo frecuentemente se ha concedido con base solamente en la declaración de un testigo protegido. Esta expresión se emplea para denominar a testigos que no sólo reciben protección de las autoridades sino que son pagados por el órgano de la acusación: declarantes que cobran por su declaración. Algunos pájaros de cuenta, incluso delincuentes condenados judicialmente, han hecho de la venta de sus imputaciones un *modus vivendi* declarando en numerosas indagatorias exactamente lo que sus pagadores querían escuchar.

Las cifras son elocuentes. En el período de diciembre de 2006 a noviembre de 2012 —el gobierno del presidente Felipe Calderón—, exclusivamente en el fuero federal, la Procuraduría General de la República solicitó 2,337 órdenes de arraigo contra 8,109 personas.

Los jueces que resolvieron acerca de esas peticiones fueron, en general, sumamente obsequiosos: otorgaron 2,227 mandatos contra 7,739 indiciados, es decir el 95% de los solicitados.

¿El uso desmesurado de la figura mejoró la procuración de justicia, al concederse al órgano de la acusación un plazo extremadamente largo para integrar una buena averiguación previa con detenido? No. De las personas arraigadas solamente se consignó al 5%. Contra el 95% restante nunca se consiguieron las pruebas que acreditaran su presunta responsabilidad en el delito o los delitos que se les imputaban. Esas cifras sugieren que la gran mayoría de los jueces no cumplieron con su función de proteger los derechos de los indiciados.

En un país con una cultura sólida de respeto a los derechos humanos, este abuso reiterado habría generado un escándalo. No en el nuestro. Ni la prensa, ni los legisladores, ni los partidos de oposición ni la Comisión Nacional de los Derechos Humanos parecen incómodos. Por el contrario, la aplicación desmedida del arraigo encuentra condiciones propicias en una opinión pública sobreexcitada por el tema de la inseguridad ciudadana.

En efecto, la opinión pública mayoritariamente prejuzga que la persona detenida por la policía es responsable de un delito, y, por tanto, el arraigo no sería más que un adelanto de la pena que ha de merecer. Los medios de comunicación dan a entender que dejar en libertad a un indiciado en lo que se concluye la investigación es dejarlo impune del delito por el cual mediáticamente ya se le ha juzgado. Se trata de un proceso paralelo en el cual al inculcado no se le concede la presunción de inocencia ni ninguno otro de los derechos que le corresponderían en el procedimiento penal. Contra lo

que quizá supondría una postura izquierdista, el arraigo no sólo se aplica excesivamente en contra de los pobres sino también en contra de personajes encumbrados, ricos o famosos, con apoyo en el discurso de que nadie está por encima de la ley.

Si al final no se puede condenar al procesado, al menos el arraigo cumple en el imaginario social la función de hacer creer que algo se hizo contra la impunidad. La presunción de inocencia no es un principio que esté firmemente arraigado en la conciencia de la gran mayoría de los ciudadanos.

## VII. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES

Ocho años después de su propia resolución que declaró inconstitucional el arraigo, y cinco después de la reforma que lo constitucionalizó, la Suprema Corte tuvo la ocasión de expulsar esa figura cautelar de nuestro universo jurídico.

Otra reforma a la Constitución, la de 2011, modificó el artículo 1o., cuyo párrafo 2, quedó en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales en la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

La disposición no establece, en materia de derechos humanos, jerarquía alguna entre la Constitución y los tratados internacionales: es aplicable la norma que, independientemente de que forme parte de aquélla o de éstos, tutele más ampliamente tales derechos.

Lo que el texto citado ha introducido en la Constitución es el principio que la doctrina denomina *pro homine* o *pro persona*, en virtud del cual queda superada la antigua polémica sobre jerarquía normativa. Prevalece la norma que brinde mayor protección a los individuos.

Con base en dicho principio, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen jerarquía supraconstitucional cuando sus normas son más benéficas para la persona, pero la Constitución tiene una jerarquía superior a la de los tratados cuando la disposición constitucional le otorga mayor protección al individuo.

Al decidir sobre el alcance del reformado artículo 1º constitucional, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, por diez votos contra uno, que los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales o en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos pueden restringirse si así lo establece una disposición constitucional. El único voto en contra fue el del ministro José Ramón Cossío.

La resolución contraría el texto del artículo 1o., que inequívocamente dispone que las normas deben ser interpretadas de la manera en que mejor protejan los derechos humanos.

La resolución de la Suprema Corte supone la inaplicación del principio pro homine o pro persona siempre que un texto constitucional restrinja los derechos consagrados en los tratados internacionales, no obstante la redacción inequívoca del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “los Estados Partes no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Desde luego, los tratados en la materia expresan el estándar mínimo para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos. Las legislaciones internas pueden extender ese reconocimiento y ampliar esa protección.

Como lo expresó el ministro Cossío al argumentar su voto en contra, con la resolución de la Suprema Corte —garante de los derechos humanos— van a prevalecer las restricciones que la Constitución imponga a los derechos convencionales —los contenidos en convenciones o tratados—, con lo cual el principio pro persona ya no jugará como un equilibrador o como un universalizador.

Burlada su resolución que declaró inconstitucional el arraigo, la propia Suprema Corte decidió dejar intocada esa medida cautelar y hacerla intocable por los tratados internacionales de derechos humanos. Una decisión lamentable.

¿Qué motivó la resolución? ¿Fue acaso la consideración de que es preciso restringir los derechos humanos en aras de mejorar la eficacia de la procuración de justicia? Más allá de que sería impropio de la Corte hacer tal tipo de consideraciones, no parece esa la vía para lograrlo. Ya quedó dicho que el arraigo no ha contribuido a la consecución de tan anhelado objetivo, y, en cambio, ha generado gravísimos abusos de poder.

## VIII. UN NUEVO ARRAIGO AD INFINITUM

La expedición de un código nacional de procedimientos penales —fundamento para el establecimiento en todo el país del sistema penal acusatorio ordenado en la reforma constitucional de 2008— generó grandes esperanzas. Se cuenta ahora, por primera vez, con un ordenamiento que pondrá fin a la dispersión legislativa en la materia estableciendo el enjuiciamiento penal acusatorio en todo el país, tanto en el fuero federal como en el fuero común,

dentro del plazo concedido en la reforma constitucional, que vence en junio de 2016.

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de marzo de 2014 —que entrará en vigor gradualmente—, contiene disposiciones plausibles pero también normas contrarias a los principios democráticos y de derechos humanos de un enjuiciamiento penal. Una de esas normas es la más inadmisibile.

El arraigo —la medida cautelar más abusiva porque, contrariando los más elementales principios de la justicia y los derechos humanos, como aquí ha quedado apuntado, permite que se detenga por largo tiempo a una persona sin pruebas de que probablemente haya cometido un delito— no se menciona en el articulado del código, pero, al disponerse que no quedan derogadas las normas de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, esa figura seguiría vigente en apariencia sólo para los delitos previstos en dicha ley.

Sin embargo, una disposición del código instaaura, sin atreverse a decir su nombre, un arraigo mucho más abusivo.

#### Artículo 155. Tipos de medidas cautelares

A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

[...].

VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a (*sic*) institución determinada;

[...].

Esta medida cautelar no se limita a cierta clase de delitos —graves, federales, de delincuencia organizada—, por lo que podrá ser aplicada a todo imputado independientemente del delito de que se trate. Por otra parte, su duración no ha quedado señalada, por lo que dependerá exclusivamente del arbitrio del juez.

En consecuencia, esta medida resulta peor que el anterior arraigo porque puede aplicarse sin que importe la clase del delito imputado y no tiene plazo de duración por lo que puede prolongarse indefinidamente durante todo el procedimiento. En cambio, el arraigo previsto en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que es el que permite el artículo 16 constitucional, se aplica solamente a los delitos llamados de delincuencia organizada enlistados en las siete fracciones del artículo 2o. de dicha ley, y tiene un plazo máximo de duración de ochenta días (artículo 12).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad contra otras disposiciones del nuevo código, pero extrañamente no contra esta nueva medida cautelar.

Es inadmisibles que dicha medida anticonstitucional y desmesurada permanezca en el código y pueda aplicarse en los nuevos procedimientos acusatorios a los que contaminaría gravemente por ser una flagrante contradicción al enjuiciamiento penal auténticamente acusatorio propio de un sistema democrático y respetuoso de los derechos humanos.

El arraigo debe eliminarse de la legislación penal mexicana, pero particularmente urgente es que el Congreso de la Unión derogue este nuevo arraigo ad infinitum y sin restricciones del Código Nacional de Procedimientos Penales. Así lo solicitó el Programa Universitario de Derechos Humanos de la Universidad Nacional Autónoma de México (PUDH-UNAM) al Congreso de la Unión en mayo de 2014. No ha recibido respuesta alguna.

## LA INVESTIGACIÓN EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Jorge NADER KURI\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Génesis del CNPP.* III. *Responsables de la investigación.* IV. *Priorización en la investigación.* V. *Políticas públicas sobre la investigación.* VI. *Fases de la investigación.* VII. *Objetivos de la investigación.* VIII. *Técnicas y actos de investigación.* IX. *Otras diligencias en la investigación.*

### I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este estudio es exponer una breve génesis del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP),<sup>1</sup> así como las características más importantes y los elementos principales de la investigación que regula.

Es primordial considerar que, como se sabe, El CNPP no ha entrado en vigor en toda la República y en las entidades federativas en que es vigente, ya total o ya parcialmente, aún es temprano para evaluar sus contenidos, alcances interpretativos y utilidad práctica. Por lo tanto, el presente es, en todo caso, una descripción introductoria acerca de la investigación. Aún más, cabe señalar que, si bien la investigación es una actividad circular de obtención, análisis y procesamiento de información, cuyos productos esenciales son datos y medios de prueba,<sup>2</sup> sobre éstos tampoco abunda el presente estudio, al no ser su objeto.

\* Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Director General del Centro de Análisis y Desarrollo del Derecho, CADDE.

<sup>1</sup> Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014 que, a la fecha, ha entrado total o parcialmente en vigor en 18 entidades federativas y, en el ámbito federal, en Durango y Puebla.

<sup>2</sup> El art. 261 del CNPP define lo que éste entiende por dato de prueba, medio de prueba y prueba.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que con fecha 25 de noviembre de 2014, senadores de la República suscribieron una amplia iniciativa de reformas al CNPP de cuyo procesamiento surgirán adecuaciones a las distintas etapas del procedimiento y lo que ocurre en cada una de ellas, incluyendo, desde luego, la etapa de la investigación. Por ejemplo, se plantea introducir la *recompensa* como técnica de investigación que no requiere autorización judicial. No obstante, a pesar de la amplitud de la iniciativa que aquí se refiere, sin embargo, la investigación quedará intocada en su esencia y características y, por tanto, con las salvedades que puedan surgir al término del proceso legislativo en curso, el contenido del presente estudio quedará vigente.

## II. GÉNESIS DEL CNPP

No era reciente la idea de unificar la materia procesal penal en nuestro país. El fenómeno de la delincuencia y el impacto que por décadas había tenido en la sociedad mexicana era -y en buena medida sigue siendo- significativamente negativo. En los inicios de 2013 no cabía ya la menor duda de que la dispersión de sistemas estatales de justicia penal, era insostenible: se abrió paso en definitiva la idea de transitar de una pretendida *armonización*, a una liberal *unificación*.

Para ese entonces, el Senado de la República discutía tres iniciativas para la emisión de un nuevo Código Federal de Procedimientos Penales; de modo que, ante la idea unificadora y su impulso gubernamental, pero también de organizaciones de la sociedad civil —como SOS—, el 7 de febrero de 2013 la Comisión de Justicia del Senado de la República emitió una convocatoria y metodología para la celebración de cuatro audiencias públicas respecto de las iniciativas presentadas en torno a la expedición del nuevo Código Federal de Procedimientos Penales a efecto de enriquecer el trabajo legislativo con opiniones de expertos, autoridades, profesionales y representantes de la sociedad civil y se instauró un Consejo Técnico conformado por personas con reconocida experiencia y especialidad en la materia.

A partir del 6 de marzo de 2013 se fueron celebrando las audiencias, en las que se analizaron las coincidencias y divergencias estructurales entre las iniciativas e intentó definir un modelo general, actos procedimentales y criterios para la investigación de los delitos; la viabilidad y formas idóneas para aplicar mecanismos alternativos de solución de conflictos y, desde luego, todo lo relativo al proceso penal. También se delinearon los principios generales que regirían la audiencia de juicio oral, así como los procedimientos especiales.

Fue durante estas audiencias públicas, que no solamente los integrantes del Consejo Técnico, sino múltiples comparecientes, enfatizaron la necesidad y la importancia de contar con una legislación única en materia procedimental penal para, entre otros objetivos, acelerar el proceso de implementación del nuevo Sistema de Justicia Penal, pues se observó que la sola reforma constitucional de 2008, aunada a las necesarias reformas a constituciones y legislación secundaria local y federal, no era, ni sería, suficiente para lograr los objetivos deseados por el Constituyente Permanente, entre otras, por las siguientes razones:

- a) Nuestro país contaba con un código procesal penal para cada entidad federativa, uno para el Distrito Federal y otro para el ámbito federal; es decir, 33 códigos procesales en materia penal en total (sin contar el de justicia militar), con las consecuentes inconsistencias, vacíos e incluso contradicciones.
- b) Por otro lado, a raíz de la reforma constitucional de 2008, algunas entidades federativas habían ya modificado su sistema procesal penal, dando pie a diversidad de criterios con relación a algunos contenidos constitucionales y sus alcances, así como del modelo procesal acusatorio y oral a seguir. Estos nuevos códigos se sumaban a los 33 ya existentes.

Así entonces, el debate sobre la conveniencia de unificar la legislación penal y en particular la procesal, retomó fuerza en distintos foros, tanto políticos como académicos, ya que era evidente la falta de paridad entre normas adjetivas de carácter penal. Se pensó que una codificación procesal penal única permitiría unificar las reglas de actuación de los operadores del sistema de justicia penal, contribuyendo a la equidad al ofrecer al ciudadano la misma respuesta ante situaciones idénticas, facilitando la sustanciación de los procedimientos en todo el territorio.

Ante esto, resultaba obvio que la unificación de las leyes penales procedimentales no sería factible sin otra reforma constitucional al artículo 73. Pero tal obviedad no era tan sencilla en su realización: se debatía la cuestión del federalismo bajo cierta perspectiva de que, con la distribución de competencias establecida constitucionalmente, el dotar de competencia a la Federación para regular la materia procesal penal estatal se consideraba como una invasión a la soberanía de las entidades federativas. Finalmente prevaleció la idea de que, en realidad, las entidades federativas, autónomas, bien podían decidir el unificar su normatividad para garantizar al ciudadano la misma calidad y protección en la impartición de justicia penal.

En congruencia con lo anterior, se presentaron tres iniciativas cuyo objetivo fue dotar al Congreso de la Unión de facultades para emitir un código único en materia procedimental penal y también leyes nacionales en materia de ejecución de sanciones y mecanismos alternativos de solución de controversias; objetivo que se logró con fecha 5 de septiembre del 2013 en que la Cámara de Diputados realizó la declaratoria de constitucionalidad de la reforma que adicionó el artículo 73 con la facultad del Congreso de la Unión para expedir un Código Nacional de Procedimientos Penales.

Fue así que la Comisión de Justicia del Senado de la República celebró la primera reunión plenaria del Consejo Técnico y, a partir de esa fecha y hasta agosto del 2013, llevó a cabo doce reuniones previas y seis reuniones plenarias, en las que se discutieron las principales temáticas que se integrarían al nuevo Código Nacional, a saber: naturaleza y función; principios y reglas de interpretación; competencia y jurisdicción; actos procesales; sujetos procesales; relación Ministerio Público y policías; formas anticipadas y criterios de oportunidad; providencias precautorias y medidas cautelares; fases del procedimiento; prueba; procedimientos especiales; recursos; métodos alternos de resolución de conflictos; régimen transitorio y dimensiones de implementación; y ejecución de sentencias.

Sobre cada temática, los especialistas formulaban recomendaciones, cuya aprobación era votada por los consejeros. La votación se realizó con la metodología de construcción de consensos del programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Posteriormente, el 17 de octubre de 2013, se presentó el anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda, por el que se expide el CNPP, y al mismo tiempo se emitió una convocatoria y metodología para la celebración de audiencias públicas con la finalidad de enriquecer el trabajo legislativo con opiniones técnicas y la participación de expertos, autoridades, profesionistas y representantes de la sociedad civil. Las opiniones técnicas que se recibieron, se hicieron públicas a través de un *micro sitio* de la Comisión de Justicia.

Por otro lado, se aprobó la realización de un simulador en materia procedimental penal, para facilitar la búsqueda de posibles inconsistencias en el anteproyecto de Dictamen. El simulador se ejecutó por jueces, ministerios públicos y defensores, quienes pusieron en escena ejemplos de procesos y casos tomados de la realidad. Además, se invitó a participar a otros jueces, defensores y ministerios públicos de las entidades federativas que ya habían puesto en marcha el sistema de justicia penal acusatorio, a fin de conocer sus puntos de vista.

Con las conclusiones de las audiencias públicas y la experiencia del simulador, resultó una nueva versión del anteproyecto de Dictamen del CNPP.

Sin duda, los trabajos y esfuerzos relatados, realizados por el Senado de la República, se caracterizaron por haber garantizado una sana apertura del proceso legislativo, gracias a la cual toda persona interesada tuvo acceso a la información generada. Además, se invitó a distintos actores del sistema penal en nuestro país, que representaron a los sectores académico, jurídico, judicial; abogados postulantes y sociedad civil en general. Se privilegió el debate, la discusión, el análisis y la reflexión.

Fue así que el Dictamen del Senado de la República, finalmente aprobado por el Pleno (y posteriormente por la Cámara de Diputados, sin cambio ninguno), presentaba un CNPP que, al establecer las bases para la investigación, procesamiento y sanción de los delitos, tanto del fuero común como del federal, fijó los lineamientos indispensables para lograr el esclarecimiento de los hechos, procurar que el culpable no quede impune, proteger a víctimas e inocentes y buscar que se repare el daño causado, sin descuidar en ningún momento el irrestricto respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.<sup>3</sup>

En el mismo orden de ideas, se reglamentaron los actos de investigación que ocasionan molestia y que pudieran relacionarse con una posible violación a derechos humanos afectando el debido proceso, como, por ejemplo, cateos, intervención de comunicaciones privadas o tecnologías de la información, órdenes de aprehensión o detención, toma de muestras sin el consentimiento del imputado, registro de la investigación, descubrimiento de la investigación, inspecciones corporales, entrevistas a testigos e imputado e identificación de sospechoso.

En cuanto a las medidas cautelares que implican una restricción a la libertad del imputado, se estableció la necesidad de una audiencia ante el Juez de Control para su ratificación, modificación o cancelación. Además, que toda imposición de medidas de protección y de providencias precautorias, así como su duración, deberán estar debidamente fundadas y motivadas y tendrán una duración máxima.

Con miras a la protección de los derechos humanos, sobre todo de grupos vulnerables y de miembros de comunidades indígenas, se establecieron los ajustes razonables al procedimiento, incluyendo mecanismos para el reconocimiento de decisiones de sus autoridades, así como de sus efectos.

<sup>3</sup> Ejemplo de ello es la determinación de que las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales deben ser declaradas nulas oficiosamente, sea cual sea la etapa en la que se encuentre el procedimiento.

En cuanto al valor de los datos y medios de prueba, se estableció que será el órgano jurisdiccional el que asigne libremente el valor correspondiente a cada uno de ellos, de manera libre y lógica. En todos los casos, deberá justificar adecuadamente el valor otorgado a las pruebas y explicará y justificará su valoración con base en la apreciación conjunta, integral y armónica de todos los elementos probatorios.

Acorde con las bases del sistema de justicia penal acusatorio, el CNPP regula los criterios de oportunidad, mismos que hace consistir en acotados márgenes de discrecionalidad a través del cuales el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado, como una herramienta para aumentar la efectividad del sistema de justicia en la persecución de los delitos de alto impacto.

Por otra parte, si bien los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso son de cierta forma mecanismos alternativos de solución de controversias y serán regulados en una legislación especial, al estar íntimamente ligados al procedimiento penal, el CNPP incluye una definición general de los mismos, así como los casos en los que procederán.

Una innovación importante es que la víctima y el ofendido podrán ejercer la acción penal, si bien solamente en los delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión, así como en aquellos otros casos que el Ministerio Público lo autorice en los términos de la legislación orgánica aplicable.

Finalmente, por lo que respecta a los recursos, se establecen los de revocación y apelación, en el entendido de que las partes sólo podrán impugnar las decisiones judiciales que pudieran causarles agravio, siempre que no hayan contribuido a provocarlo.

No cabe duda de que el CNPP, si bien es un cuerpo normativo desde luego perfectible, ciertamente recoge el pensamiento, ideología y criterios jurídicos de destacados juristas; atiende las demandas sociales y fue elaborado con pulida e incluyente técnica legislativa. También fortalece la probabilidad de éxito en las labores del Ministerio Público, sienta las bases de la necesaria colaboración entre éste y las policías para la investigación de los delitos y constituye sin duda un avance trascendental y un hito en la historia de la procuración e impartición de justicia penal en México.

### III. RESPONSABLES DE LA INVESTIGACIÓN

Pese a los importantes elementos procedimentales que introdujo la reforma constitucional penal de 2008, el artículo 102 permaneció tal cual en lo to-

cante al operador de la investigación de los delitos: le corresponde Ministerio Público (MP) y, si bien, se agrega que también a las policías, inmediatamente aclara que éstas actuarán bajo la conducción y mando de aquél en ejercicio de tal función. Claro está que la investigación, especialmente la policial, no se reduce a la recolección de datos y de medios de prueba que puedan servir al esclarecimiento de los hechos sin más, sino que, sobre todo, debe servir al proceso propiamente jurisdiccional; de allí que el texto del artículo 102 Apartado A Constitucional agregue que incumbe al MP la persecución de todos los delitos ante los tribunales.

En consecuencia, si bien la policía puede investigar los delitos, ello debe entenderse en un sentido amplio considerando la función primordial que tiene el MP al ejercer la acción penal ante un órgano judicial; función en la que, dadas las reglas de desahogo probatorio del sistema acusatorio, el policía tiene un papel muy relevante (como testigo de calidad) y por tanto su responsabilidad no solo implica que realice sus actividades con estricto apego a las disposiciones normativas y respeto a los derechos humanos, sino también que colabore con el MP en la acreditación de sus pretensiones brindándole información de calidad y procesalmente útil, así como al declarar en juicio.

Tanto es así que, incluso, por decisión expresa del legislativo, el CNPP no detalla los pormenores de la coordinación entre MP y policías pues “al ser el Código una regulación explícita de lo que deberá entenderse por debido proceso, las consecuencias de no atender alguna de sus disposiciones resultan, ni más ni menos, que en la nulidad de los actos procesales”.<sup>4</sup>

Es así que el CNPP regula una investigación de los delitos que es responsabilidad del MP y de las policías siempre bajo su conducción y mando, en la que y aquél será quien dirija la investigación —sin que necesariamente tenga que estar presente o participe activamente en los actos materiales de investigación, ni mucho menos de *fe* de ellos— y éstas serán quienes investiguen de forma material a partir de una metodología científica y de operación y recopilen la información que sustente a la propia investigación para los fines propios de ésta, así como para su utilidad procedimental.

Es importante destacar que, si bien, no en carácter de policía investigador, los peritos adscritos a las instituciones de procuración de justicia también podrán realizar actos materiales de investigación, en calidad de auxiliares del MP, con independencia de que los servicios periciales formen parte de la estructura de la policía (como ocurre en el caso de la PGR en que la Agencia de Investigación Criminal adscribe a la Policía Ministerial,

<sup>4</sup> Dictamen del Senado de la República por el que expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, aprobado por el Pleno y, posteriormente, en sus términos, por la Cámara de Diputados.

a los Servicios Periciales y a los servicios de Inteligencia), sean independientes de ella pero operen dentro de la institución de procuración de justicia (como ocurre en prácticamente todas), o bien sean independientes (como, por ejemplo, ocurre en el caso de Jalisco).

Como quiera que ocurra, todo acto material de investigación debe ser registrado en actas y agregado a una carpeta, que se ha dado en denominar “*carpeta de investigación*”, misma que adquiere una dimensión completamente diferente al “*expediente*” o “*averiguación previa*” del sistema tradicional pues no tiene sus alcances, ni se integra con sus formalidades, ni mucho menos adquiere, como tal, valor probatorio alguno.

#### IV. PRIORIZACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN

A diferencia de lo que ocurre con la casi extinta averiguación previa, la cual es prácticamente una *cuasi* instrucción en la que una de las partes preconstituye la prueba que posteriormente es avalada por el juez, la investigación en el sistema acusatorio sólo está orientada a la obtención de información y de medios de prueba que, para poder ser valorados desde el punto de vista de su resultado, deben ser desahogados y sometidos a un control de contradicción e inmediatez en la audiencia de juicio oral frente a jueces imparciales o, cuando corresponda y con sus respectivos alcances —sobre suficiencia y pertinencia—, en las audiencias previas ante jueces de control en las que se requiera el dato o el medio de prueba como elemento sustentador de la decisión judicial de que se trate.

Teniendo en cuenta lo anterior, la investigación debe ser libre pero está disciplinada por el principio de licitud y de libertad probatoria, así como los de reserva y registro, y se regula de forma tal que se incluye como un procedimiento de obtención libre de la información, no sujeta a formalismos pero sí a su debida reserva y a su necesario registro, y encauzada a la obtención de resultados útiles para el esclarecimiento de los hechos, por lo que cualquier dato o medio que haya sido obtenido sin vulnerar derechos fundamentales, puede ser utilizado, aún y cuando su procedimiento o regulación no se contenga expresamente en la legislación procesal.

En palabras del CNPP, la investigación

deberá realizarse de manera inmediata, eficiente, exhaustiva, profesional e imparcial, libre de estereotipos y discriminación, orientada a explorar todas las líneas de investigación posibles que permitan allegarse de datos para el esclarecimiento del hecho que la ley señala como delito, así como la identificación de quien lo cometió o participó en su comisión” (art. 212).

## V. POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE LA INVESTIGACIÓN

Un componente adicional que transforma substancialmente la manera en que se desarrolla la investigación, es que permite que el MP articule una política de persecución penal de naturaleza estratégica. De lo que se trata es de que a partir de un análisis de la información de cada uno de los casos se pueda determinar, desde una perspectiva que se oriente al resultado, las posibilidades de éxito que tiene la persecución penal.

Ello permite que se establezca una metodología de priorización en la investigación para evitar el enorme volumen de casos, muchos de los cuales no podrán esclarecerse por la falta absoluta de información y la ineffectividad implicaría iniciar diligencias de investigación que eventualmente serán obstáculos para la tramitación de aquellos otros asuntos que tienen buenas oportunidades de poder ser perseguidos con resultados.

Las ideas centrales para lograr lo anterior, que inspiran la investigación del CNPP son: flexibilidad y des formalización.

## VI. FASES DE LA INVESTIGACIÓN

En el sistema acusatorio que regula el CNPP, la investigación es una; comienza a partir de la *noticia criminis* y se agota a más tardar una vez concluido el plazo que conceda el juez de control para su complementación. No obstante, siendo una, tiene dos fases o momentos destacados (art. 211):

- a) Antes de que el imputado quede a disposición del juez de control para la formulación de la imputación, a la que el CNPP denomina “*investigación inicial*”, y
- b) A partir de la formulación de la imputación y hasta que se haya cerrado la investigación, a la que se le llama “*investigación complementaria*”.

Cabe señalar que la investigación no se interrumpe o suspende durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión ni durante la audiencia inicial, hasta su conclusión. Tampoco, una vez ejercida la acción penal, lo cual inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante el juez de control o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia. En este sentido, es de tenerse en cuenta que el ejercicio de la acción penal no se agota en tanto ocurra cualquiera de las actuaciones antes señaladas sino que se extiende en el tiempo; de allí que, a

pesar del *inicio* del ejercicio de la acción penal, el MP no pierde en lo posterior la dirección de la investigación (art. 211 penúltimo párrafo).<sup>5</sup>

## VII. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación *inicial* tiene el objetivo principal de que el MP reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos, así como datos y medios de prueba para sustentar el inicio del ejercicio de la acción penal. Es un deber del MP (art 212) tan pronto reciba la *noticia criminis* y su conclusión natural está marcada el hecho de quedar el imputado a disposición del juez de control para que se formule la imputación (art. 211, f. I, a). No obstante, puede concluir antes bajo cualquiera de las siguientes razones: abstención de investigar, archivo temporal, no ejercicio de la acción penal o aplicación de algún criterio de oportunidad (arts. 253 al 257).

Por su parte, la investigación *complementaria* tiene el objetivo de que el MP reúna los datos y medios de prueba que le hagan falta para sustentar la acusación y la reparación del daño, o bien alguna solución alterna o forma de terminación anticipada, pero ello ya limitado, por mandato constitucional, forzosamente al hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso (art. 19 antepenúltimo párrafo Const.). Una vez concedida por el juez de control, la investigación complementaria es obligatoria como carga procesal para las partes que la hayan solicitado y deberá concluirse a más tardar en el término de plazo o prórroga (art. 321); su conclusión natural ocurre cuando el MP declara agotada la investigación antes

<sup>5</sup> El concepto de acción penal y su ejercicio es distinto al que se concibe en el sistema tradicional. En el acusatorio no se puede establecer que el MP ejerce acción penal en un solo acto -como pudiera ser la imputación o la solicitud de vinculación a proceso durante la audiencia inicial. Los conceptos, objetivos y contenido de la imputación, vinculación a proceso y acusación, deben entenderse como sigue:

a) Imputación: El MP hace del conocimiento al imputado el hecho en concreto por el cual se le investiga, la calificación jurídica del mismo, su grado de participación o intervención y la mención de las personas que deponen en su contra con el fin de que se pueda generar una adecuada defensa a partir del principio de congruencia.

b) Vinculación a proceso: Es la petición que realiza el MP de forma argumentativa y con base en los antecedentes, considerando que el hecho por el cual imputó, la ley lo señala como delito y que el imputado participó o intervino en él de forma probable.

c) Acusación: Posterior al cierre de investigación, el MP considera que tiene información suficiente dentro de la investigación para ir a juicio y por tanto formaliza dicha pretensión acusando. Así, con la presentación de la acusación se da inicio a la etapa intermedia, estableciéndose en ella de forma enunciativa el hecho que investigó y será el que defina la calificación jurídica, medios de prueba que solicite sean admitidos para desahogarse en juicio, la pena y la reparación del daño en concreto.

del plazo o bien por ministerio de ley cuando fenece éste, todo lo cual marca el cierre de la investigación con lo cual el MP cesa en sus atribuciones de investigar el delito establecido en el auto de vinculación.

A partir de su conclusión y dentro de los quince días siguientes, el MP puede formular la acusación y con ello dar inicio la segunda etapa del procedimiento penal (art. 211 f. II).

### VIII. TÉCNICAS Y ACTOS DE INVESTIGACIÓN

A lo largo de la investigación, pueden ocurrir *técnicas de investigación* y *actos de investigación*, que el CNPP distingue, aunque de manera deficiente pues no lo hace bajo una metodología técnicamente sustentada e incluso resulta imprecisa al regular unos en donde habla de otras; baste ver que, en el capítulo destinado a las *técnicas de investigación* el CNPP señala los listados de los *actos* que requieren y de los que no requieren autorización judicial, que más adelante retoma al reglamentar, en título aparte, dichos actos. La dificultad deriva de la reforma constitucional penal 2008 en la parte que establece, en el artículo 16, que los jueces de control resolverán las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran autorización judicial. Así entonces, las *técnicas* vienen a ser los procedimientos, pericias y habilidades que deberá aplicar el MP o las policías en la realización de los *actos*; algunas de ellas requieren de previa autorización judicial, otras no.

Teniendo en consideración lo anterior, para el CNPP son *técnicas de investigación*: la cadena de custodia; el aseguramiento de bienes, instrumentos, objetos o productos del delito; y el decomiso. A cada una de ellas destina su propia regulación, de forma más amplia en tratándose del aseguramiento (arts. 227 a 250).

Y son *actos de investigación* los siguientes: inspección del lugar del hecho o del hallazgo; inspección de lugar distinto al de los hechos o del hallazgo; inspección de personas; revisión corporal; inspección de vehículos; levantamiento e identificación de cadáver; entrega vigilada y operaciones encubiertas; entrevista a testigos y las demás que sirvan a los fines de la investigación (art. 251). También, los peritajes (art. 272), aportación de comunicaciones entre particulares (art. 276), reconocimiento de objetos, voces, sonidos y cuanto pueda ser objeto de percepción sensorial (arts. 280 y 281), cateo (art. 282) y localización geográfica en tiempo real (art. 303). Ninguna de los señalados actos requiere previa autorización judicial

En cambio, los actos de investigación que *si* requieren previa autorización judicial, son: exhumación de cadáveres; órdenes de cateo; intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, siendo el inculpado, se niegue a proporcionarla; reconocimiento o examen físico de alguna persona cuando se niegue a ser examinada; y otras que señalen las leyes aplicables.<sup>6</sup>

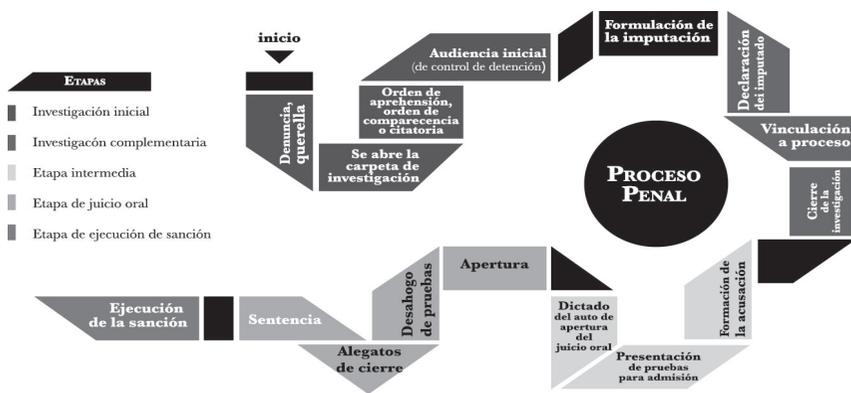
Cualquier *técnica* o *acto* es procedente durante la investigación en ambas fases, con las condiciones aplicables en cada caso de acuerdo a la situación en específico de que se trate; y ello marca una diferencia notable con respecto al procedimiento tradicional en tanto que en éste, una vez dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el MP y la policía dejan de tener facultades para seguir investigando los hechos motivo del proceso y de aportar pruebas que después haya logrado en la misma averiguación previa. En cambio, en el modelo acusatorio nacional, durante la investigación complementaria, que parte del presupuesto de que se ha pronunciado un auto de vinculación a proceso, el MP y la policía si pueden seguir investigando los mismos hechos por los que formuló imputación si éstos fueron recogidos en el auto de vinculación a proceso, incluso si el imputado se encuentra en prisión preventiva o bajo alguna medida de protección, providencia precautoria o medida cautelar.

## IX. OTRAS DILIGENCIAS EN LA INVESTIGACIÓN

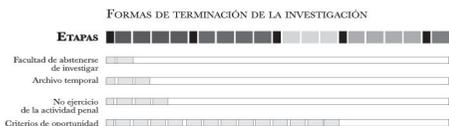
Por último, cabe tener en consideración que, según el CNPP, durante la investigación no sólo se realizan actos y aplican técnicas para la obtención, análisis y procesamiento de información. También pueden darse las siguientes situaciones: ordenación por el MP de medidas de protección (art. 137), decretamiento de providencias precautorias de embargo e inmovilización de cuentas y valores (art. 138), detención del imputado por flagrancia o caso urgente (arts. 146 y 150) y decretamiento de su libertad (art. 140), emisión de alguna forma de conducción del imputado al proceso penal (141), desistimiento de la acción penal (art. 144), imposición de una o varias de 14 posibles medidas cautelares (arts. 153 y 155) y el planteamiento y decisión de algún mecanismo alternativo de solución de controversias o de alguna forma de terminación anticipada, a saber: suspensión condicional del proceso o proceso abreviado (arts. 183 y 184); todo ello sin que la investigación cese o sea suspendida.

<sup>6</sup> A la fecha, ninguna otra.

## ETAPAS DEL PROCESO PENAL



**INTERRUPTIONES** A lo largo del proceso existen filtros, salidas alternativas y momentos específicos que permiten controlar el cumplimiento adecuado del proceso y ofrecer soluciones eficientes dependiendo de las circunstancias.



## CUESTIONES SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Marco Antonio DÍAZ DE LEÓN\*

SUMARIO: I. *Introito*. II. *Surgimiento del Código Nacional de Procedimientos Penales*. III. *Concepto*. IV. *Esquema*. V. *El procedimiento abreviado*.

### I. INTROITO

Nada fácil parece hacer variar el entendimiento político que, históricamente, se ha dado a la división de poderes en nuestro país; se trata de una situación gubernativa ancestralmente arraigada en el pueblo –como elemento soberano del Estado–, que se halla en las Constituciones de Apatzingán de 1814,<sup>1</sup> de 1824<sup>2</sup> y 1857<sup>3</sup>. De ninguna manera es posible, pues, que uno de los tres poderes: ejecutivo, legislativo o jurisdiccional usurpe, inconstitucionalmente, facultades a alguno de los otros, para auto atribuírselo a sí mismo. De esta forma, no es lícito que al poder jurisdiccional se le prive del mandato de: “*la imposición de las penas es propia y exclusiva del poder judicial*”, como lo prevén los artículos 21<sup>4</sup>

\* Magistrado Numerario del Tribunal Unitario Agrario del Distrito Federal (Dto. 8). Miembro del Instituto Mexicano de Derecho Procesal. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> Artículo 12. Estos tres poderes Legislativo, Ejecutivo, y Judicial no deben ejercerse, ni por una sola persona, ni por una sola corporación.

<sup>2</sup> Artículo 6o. Se divide el Supremo poder de la federación para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial.

<sup>3</sup> Artículo 50. El Supremo poder de la federación se divide para su ejercicio en legislativo, ejecutivo y judicial. Nunca podrán reunirse dos o más de estos poderes en una persona o corporación, ni depositarse el legislativo en un individuo.

<sup>4</sup> Artículo 21. [...].

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

y 22<sup>5</sup> constitucionales. De no cumplirse tal principio de *división de poderes*, se quebrantará flagrantemente el artículo 49<sup>6</sup> constitucional, se violarán los derechos humanos y se aplicarán los artículos 1o.<sup>7</sup> y 133<sup>8</sup> de nuestra Carta Magna en lo relativo a los principios de supremacía constitucional, de control difuso y de convencionalidad<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Artículo 22. ...toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

<sup>6</sup> Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

<sup>No</sup> podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

<sup>7</sup> Artículo 1o. [...].

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.

<sup>8</sup> Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

<sup>9</sup> Control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción 1, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados

El derecho procesal *in genere* tiene para nosotros, como presuposición propia, la normatividad constitucional regulante de uno de los tres poderes del Estado —jurisdicción—, el que evita la venganza privada y emite la verdad legal, o sea, como *deber ser*, deberá ser siempre dicha verdad jurisdiccional; ésta conlleva a la seguridad jurídica y a la paz social, como principios y fines globales indiscutibles de una las funciones más delicadas del Estado, cánones a su vez de la ciencia política y del derecho constitucional protector del derecho humano de la justicia pronta, imparcial, dictada por tribunales; o sea, es condición de esta verdad legal, que se respete el poder de jurisdicción, cuyo ejercicio honesto por parte del Magistrado, se ejerce no tanto como poder cuanto como función.

Dentro de la división de poderes, el poder estatal que organiza y pone fin por materia a litigios, que resuelve conflictos mediante sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, y que da seguridad jurídica a los gobernados que viven en un determinado territorio es, por su función, poder jurisdiccional.

El Estado no subsistiría, como tal, como organización social de más alta humanidad, en un mundo incivilizado de venganza privada; la justicia de propia mano sólo ordena la conducta de los hombres a través de potencias meta procesales, que son inseguras: cada quien busca egoístamente tener la razón por su propia fuerza, que en muchas ocasiones resulta insuficiente, para ganar o repeler agresiones.

El Estado sólo mantiene vigencia mientras se observa el orden jurídico, en tanto sus integrantes solucionan sus querellas de manera cierta, pacífica, por obra de la jurisdicción. Precisamente por ello, en su estructura orgánica de división de poderes se requiere, de ese poder, de reconocerle en plenitud la fuerza que debe tener en sus sentencias, pues, de prevalecer sobre éste la influencia o determinación de los otros dos, principalmente del ejecutivo, tal vacío de poder envilecerá, no tanto al proceso, cuanto al Estado y hará que los individuos no crean en aquél, se subleven contra éste y regresen a la citada venganza. Para que el Estado subsista como tal, necesita de la división de poderes, para que el poder controle al poder.

Lejos ya de las monarquías absolutistas, de las oligarquías y de las autoridades tiránicas, hoy las democracias modernas, soporte del poder político,

internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Primera Sala; 10a. Época; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 420.

sólo se conciben si el Estado bajo el principio de legalidad mantiene una distribución de competencias en sus tres órganos de gobierno –legislativo, ejecutivo y jurisdiccional– que, además, respeten los derechos humanos; no cabe, pues, que uno de estos poderes invada cualesquiera de las funciones atribuidas constitucionalmente a alguno de los otros dos.

Debemos reiterar, que el jurisdiccional es uno de los tres poderes más importantes del Estado, que tiene como principal función dirimir controversias mediante proceso y sentencias que adquieran la calidad de cosa juzgada; en materia penal además, constitucionalmente, le corresponde imponer las penas dentro del margen del mínimo y máximo que establezca la ley penal (artículo 21), conforme a la culpabilidad del sentenciado (artículo 20 apartado A, fracciones V y VIII), y de manera proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado (artículo 22).

La Constitución Política de México, registra tales principios de división de poderes, de competencia y de legalidad, en sus artículos 17, 20, 21, 22, 40 y 49; al respecto, los artículos 49, 21 y 22 establecen:

Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Artículo 21. [...].

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Artículo 22. ...toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

## II. SURGIMIENTO DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Lo más nuevo que se ha legislado en México sobre el proceso penal oral acusatorio, comprensivo del procedimiento abreviado, es el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Tal Código no es producto de una sola iniciativa de los legisladores, sino, resultante de una serie de estudios y planteamientos para su elaboración y aprobación en el Congreso de la Unión.

El 8 de octubre de 2013 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>10</sup> que autoriza al Congreso a expedir el Código Nacional de Procedimientos Penales; finalmente, en el *Diario Oficial de la Federación* de 5 de marzo de 2014, se publicó el Código Nacional de Procedimientos Penales.

De esta forma, pues, México aceptó incorporar el proceso oral acusatorio en su régimen de justicia penal, después de considerar que el enjuiciamiento inquisitivo tradicional —vigente a partir de la Constitución de 1917—, ya era caduco y abrió las puertas a la tendencia de muchos Estados de Derecho, como el nuestro, de implementar un sistema oral y acusatorio que permitiera a los gobernados defender mejor sus derechos de manera más participativa, llegando inclusive, para ciertas hipótesis, que éstos ejerciten directamente la acción penal privada, como lo establece el párrafo segundo del artículo 21 constitucional.<sup>11</sup>

Lo anterior es explicable, dado es de entenderse que una de las principales medidas con que cuenta el Estado, a fin de evitar la venganza privada, preservar la paz social y su integridad como organización política, es, sin duda, sostener fuerte, sin dilación y sin corrupción, al proceso, para

<sup>10</sup> Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XX. [...].

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales;

XXII. a XXX. [...].

<sup>11</sup> Artículo 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.

que el pueblo y el gobernado tengan confianza en el gobierno y no se subleven.<sup>12</sup>

Cualquiera sea la posición política de que se parta, de manera invariable se llegará a la idea de que el Estado se apoya en el poder público para cumplir sus cometidos. Dentro de éstos, sin duda alguna, de capital importancia es el poder jurisdiccional, dado, con las sentencias de éste trata de impedir que uno de sus elementos, el pueblo, provoque su destrucción en lo interno por vía de la autodefensa.

El Estado moderno con gobierno democrático advierte que para mantener su vigencia jurídica, en materia de justicia, es menester, antes que *vencer* con la fuerza, *convencer* con los fallos definitivos que dicten prontamente sus tribunales y, después de ello, con modestia, admitir que éstos nunca tienen porqué considerarse infalibles: sólo así impedirá la justicia de propia mano.<sup>13</sup>

De esta manera emerge a la positividad el aludido Código Nacional de procedimientos Penales (D.O.F. de 5 de marzo de 2014), estableciente del proceso oral acusatorio y, dentro de este, del *procedimiento abreviado*.

### III. CONCEPTO

El procedimiento abreviado, es un novedoso mecanismo adjetivo especial que se da en el marco adjetivo del proceso penal oral acusatorio; éste, lejos ya del sistema inquisitivo, emerge de la reciente Reforma constitucional efectuada mediante decreto de 17 de junio de 2008; el mismo comprende varias etapas, dentro de las cuales destaca el denominado *procedimiento abreviado*.

El citado proceso penal oral acusatorio surge con el fin de establecer una fórmula de conocimiento judicial simplificada, con seguridad jurídica y con mayor economía procesal, en pro de alcanzar el conocimiento verdadero de los hechos que la ley penal señale como delito, la probabilidad de que el imputado intervino —como autor o partícipe— en los mismos, la imposición de una pena justa, todo ello con legalidad y equidad. Los casos menos difíciles habrán de resolverse a través de medios alternativos de justicia.

En el Título I, del Libro Segundo de este Código Nacional, denominada “*soluciones alternas y formas de terminación anticipada*”, se inicia propiamente

<sup>12</sup> Cfr., Díaz de León, Marco Antonio, *El Derecho Procesal Penal y la Procuración de Justicia*, ed., Inacipe, Revista Mexicana de Justicia, núm. 4, vol., VIII, octubre-diciembre 1990, México, 1991.

<sup>13</sup> Cfr., Díaz de León, Marco Antonio, *El juicio sumario y la oralidad en el proceso penal*, XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, ed., UNAM, México, 1998.

la actividad instrumental del Código, en tanto autoriza medios para solventar el litigio penal. Se trata de transacciones entre los sujetos activo y pasivo, en aras de una amigable composición sobre las consecuencias del delito, o bien entre el Ministerio Público y el inculpado, para que este se eche la culpa del delito imputado a cambio de una reducción de pena.

La forma de terminación anticipada del proceso, denominada *procedimiento abreviado*, es considerada como medio para dar por finiquitada la instancia criminal en que se actúe —el Ministerio Público— podrá solicitar la apertura de este procedimiento, después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral; tal forma de concluir el proceso, al estilo *common law*, otorga posibilidad de poder negociar la pena a cambio de que el imputado se eche la culpa del delito por el cual se le acusa. Quiere decir, que de lo que se trata es de resolver el asunto sin llegar al proceso —después de que se dicte el auto de vinculación y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral—, sin olvidar que el procedimiento abreviado es en sí mismo un *proceso* —pues, se establece debate entre partes y se dicta sentencia definitiva—, por lo que no es un *procedimiento*, como inadecuadamente se le denomina en el artículo 201 del Código, lo cual evidencia que en este no se tiene precisión sobre los contenidos y conceptos básicos de lo que es la *acción*, la *jurisdicción*, el *proceso*, el *procedimiento* y el *juicio*.

Dentro del enjuiciamiento acusatorio y oral, el procedimiento abreviado es un método adjetivo penal tendiente a solventar válidamente el conflicto derivado del delito de manera pronta. Su naturaleza jurídico-procesal prorrumpe en nuestra legalidad por ser medio de justicia real y verdadera, cuya diagnosis se identifica mediante la tramitación sumaria de medio para impartir justicia, dentro del género del proceso penal acusatorio, cuyos signos propios son la eficacia, la prontitud y la negociación del ministerio público y el imputado, relativa al cambio: de confesión por menos pena.

Como quiera que sea, seguramente pueden existir otras motivaciones e intereses en esta forma de concluir el proceso, que no se pueden prever, pues se trata de una negociación de la pena y de la instancia penal mediante acuerdos de voluntad normalmente onerosos donde un delincuente pacte la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, a cambio de admitir su responsabilidad por el delito que se le imputa (artículo 202 CNPP).<sup>14</sup> Lo ante-

<sup>14</sup> Artículo 202. Oportunidad.

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

rior trastoca el imperativo constitucional de que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial (violando, así, el artículo 21 de la Constitución Política del país), dado, el párrafo segundo del artículo 206 de este Código indica que: “*No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado*”, lo cual impide al juzgador hacer efectivo su arbitrio judicial de imponer la pena —entre el mínimo y máximo— de manera proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado, vulnerando con ello además el artículo 22 constitucional.

Esto es, si bien es cierto la fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional indica, sobre la terminación anticipada del proceso penal, que: “*La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad*”, también lo es que estos “*beneficios*” no pueden llevarse en interpretación extrema y llegar al grado de que se otorguen con transgresión a lo establecido en la propia Constitución; es decir, la ley ordinaria (como lo es el Código Nacional de Procedimientos Penales), está por debajo de la Carta Magna y, por tanto, no puede infringirla, contradecirla ni, menos aún, pasar por encima de ella y violarla, estableciendo disposiciones abiertamente en contradicción a lo expresamente ordenado en el Texto Político, v. g., afectar la división de poderes (artículo 49), invadir la esfera de competencia exclusiva del poder judicial de imponer penas, con base a sus mínimos y máximos, de manera proporcional al delito de que se trate y la lesión del bien jurídico (artículos 21 y 22).

Y es el caso que el denominado *procedimiento abreviado*, en nuestro país, vulnera la Constitución Política, pues, por ejemplo, en este es el legislador

A la audiencia se deberá citar a todas las partes. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Juez de control se pronuncie al respecto.

Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente Capítulo.

El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.

ordinario quien predetermina una pena fija en la ley, a lo que debe someterse el juzgador sin arbitrio judicial, como ocurre en las entidades federativas que ya contemplan el proceso penal acusatorio, estableciendo el *procedimiento abreviado* y que coinciden entre sí sobre algunos determinados aspectos, como, v. g., la idea de transigir sobre el canje de la confesión por la disminución pena. Así, por ejemplo, los artículos 388 y 389 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México refieren dicho procedimiento de la manera siguiente:

Artículo 388. El procedimiento abreviado se tramitará a solicitud del ministerio público en los casos en que el imputado admita el hecho que se le atribuya en la acusación y consienta en la aplicación de este procedimiento y el acusador coadyuvante, en su caso, no presente oposición fundada.

También, podrá formular la solicitud el imputado siempre y cuando se reúnan los requisitos del párrafo anterior y no exista oposición del ministerio público.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. Se escuchará a la víctima u ofendido de domicilio conocido, a pesar de que no se haya constituido como acusador coadyuvante, pero su criterio no será vinculante. La incomparecencia 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.

Artículo 389. El ministerio público podrá presentar la acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado desde la audiencia en la que se resuelva la vinculación del imputado a proceso, hasta antes del pronunciamiento del auto de apertura de juicio oral.

En caso de que el juez de control rechace la apertura del procedimiento abreviado, el ministerio público podrá retirar su acusación y solicitar al juez que fije un plazo para el cierre de la investigación, que no podrá exceder del originalmente señalado.

El ministerio público manifestará su deseo de aplicar el procedimiento abreviado al formular su acusación por escrito, o verbalmente, en la misma audiencia intermedia.

En caso de dictarse sentencia de condena, se aplicarán las penas mínimas previstas por la ley para el delito cometido, reducidas en un tercio, sin perjuicio de cualquier otro beneficio que proceda en términos del código penal.

Tratándose de los delitos de secuestro, homicidio doloso con modificativas que lo califiquen o lo agraven, el homicidio culposo de dos o más personas, violación, robo que ocasione la muerte, robo de vehículo automotor con violencia y robo cometido a interior de casa habitación con violencia, solamente se aplicarán las penas mínimas previstas por la ley para el delito cometido, con exclusión de cualquier otro beneficio.

Por otro lado, los párrafos, tercero y cuarto del artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales plantean dos hipótesis donde se da el procedimiento abreviado, al indicar:

#### Artículo 202. Oportunidad

El Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

A la audiencia se deberá citar a todas las partes. La incomparecencia de la víctima u ofendido debidamente citados no impedirá que el Juez de control se pronuncie al respecto.

Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años, incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

En cualquier caso, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión. Si al momento de esta solicitud, ya existiere acusación formulada por escrito, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia donde se resuelva sobre el procedimiento abreviado y en su caso solicitar la reducción de las penas, para el efecto de permitir la tramitación del caso conforme a las reglas previstas en el presente Capítulo.

El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador.

La primera de las citadas hipótesis opera, para *primo delinquentes* y la pena de prisión sea de término medio aritmético que no exceda de cinco años, incluidas las calificativas. La segunda, procede indiscriminadamente para cualquier tipo de delito —secuestro, narcotráfico, etcétera, como señala el precitado párrafo cuarto del artículo 202: “*En cualquier caso...*”—, con “reducción de hasta un tercio de la mínima en los casos de delitos dolosos y hasta en una mitad de la mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión”. Es de concluirse que el legislador ordinario carece competencia, para preestablecer en la ley que el juez imponga penas fijas como se indica en el inconstitucional procedimiento abreviado.

Ahora bien, la citada fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional indica, no puede interpretarse al extremo de pasar por alto lo dispuesto en los aludidos artículos 20, 21 y 22 constitucionales, dado, debe recordarse que la imposición de las penas es de esencia eminentemente pública, o sea, propia del Estado, por tanto, el legislador ordinario está impedido para preestablecer en la ley ordinaria reducción de penas que, en todo caso, corresponden imponerse en sentencia por el juzgador de manera proporcional al delito de que se trate, calculando el monto a partir de la mínima, de acuerdo al arbitrio judicial que le otorgan los referidos preceptos constitucionales.

Es decir, si las penas deben imponerse proporcionalmente al delito que sancionan, conforme al artículo 22, por lo mismo, no puede el legislador ordinario quebrantar esta disposición indicando en la ley secundaria –procedimiento abreviado- que se puede disminuir la pena por el hecho de la confesión del inculpado, sin considerar antes que la Doctrina Procesal universalmente aceptada ha establecido que la confesión ya no es la *Reyna de las pruebas*, y tanto es así, que la mencionada fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional exige, además de la confesión, que existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.<sup>15</sup>

En este contexto el procedimiento abreviado responde a la idea, pues, de implementar un sistema instancial compactado, tendiente a resolver de manera pronta la relación jurídico procesal, inherente al ilícito penal sometido al conocimiento del juzgador; desde luego, su eficacia está garantizada en una serie de actos procesales concatenados entre sí que tienden, mediante prueba idónea y suficiente, a la imposición de la pena, aunque no ajustada a los daños causados, pues, según lo establece el artículo 22 constitucional: “*Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado*”, y en el caso del procedimiento abreviado la pena no es proporcional al delito, sino, inversamente, se reduce en un porcentaje partiendo de la mínima a cambio de que confiese el imputado haberlo cometido.

Podemos definir al procedimiento abreviado, como una instancia simplificada del proceso penal acusatorio, mediante el cual se decide en definitiva el conflicto penal cometido a la decisión del juzgador, en el fallo de-

<sup>15</sup> Artículo 20, apartado A, fracción VII: “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”.

finitivo; en esencia consiste en una forma de dar por terminado el proceso en el menor tiempo posible, mediante la libre aceptación del imputado de haber intervenido, de alguna manera —autoría o participación—, en el hecho delictivo que la ley señale como delito y que se le atribuye, por lo cual en retribución se le impone una pena atenuada.

#### IV. ESQUEMA

Dentro del enjuiciamiento acusatorio y oral, el *procedimiento abreviado* es un método adjetivo penal tendiente a solventar válidamente, en conclusión, el conflicto derivado del delito de manera pronta. Su naturaleza jurídico-procesal prorrumpe en nuestra legalidad por ser medio de justicia real y verdadera —en oposición a quimérica o simplemente normativa—, cuya diagnosis se identifica mediante la descripción característica y diferencial abreviada de una especie de impartir justicia, dentro del género del proceso penal acusatorio, cuyos signos propios son la eficacia, la prontitud y la negociación del ministerio público y el imputado, relativa, procesalmente hablando, al trueque de confesión por disminución de pena.

Se debe a una de las aspiraciones de justicia que más preocupa a la sociedad y al individuo, que es —conforme al artículo 17 constitucional— la justicia pronta y eficaz, a veces sin obstar que ello se logre mediante intereses particulares degenerados, con desmedro del interés público; además, que los litigios y las causas criminales se resuelvan con el mínimo de inversión de tiempo, dinero y energías.

En cierto modo algunos de estos anhelos de justicia, sólo por lo que respecta a la urgencia, están vigentes en determinados textos constitucionales, como, *v. g.*, los artículos 16 párrafos VII y X, 17, 19 y 20 constitucionales, aunque sin comprometer la titularidad del Estado sobre el *ius puniendi*.

Tales previsiones de carácter constitucional establecientes de la justicia pronta, se encuentran inclusive garantizadas en su cumplimiento por lo establecido en los artículos 215 fracción IV, y 225 fracción VI del Código Penal Federal, al tipificar como delito contra la administración de justicia, cometido por servidores públicos, no actuar dentro de los plazos establecidos en la ley, u “omitir dictar una resolución de trámite, de fondo o de sentencia definitiva lícita, dentro de los términos dispuestos en la ley”.

Este trabajo contempla, como objeto de conocimiento, el análisis adjetivo de la instancia abreviada a que alude la fracción VII, apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política del país y que deviene del proceso penal acusatorio y oral, surgido de la reforma constitucional en decreto de 17 de junio de 2008, que se ha hecho efectiva en algunas leyes secundarias

como, por ejemplo, la del Estado de México, o que están en vías de legislarse como, *v. g.*, los Proyectos de Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal.

## V. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Como esbozo introductorio de nuestro objeto de conocimiento, debemos señalar que normalmente cada una de las entidades federativas que ya contemplan el proceso penal acusatorio, establecen formas de enjuiciar mediante *procedimiento abreviado* que coinciden entre sí sobre algunos determinados aspectos, como, *v. g.*, la idea de transigir sobre el trueque de la confesión por la disminución pena. Así, por ejemplo, los artículos 388 y 389 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México refieren dicho procedimiento de la manera siguiente:

Artículo 388. El procedimiento abreviado se tramitará a solicitud del ministerio público en los casos en que el imputado admita el hecho que se le atribuya en la acusación y consienta en la aplicación de este procedimiento y el acusador coadyuvante, en su caso, no presente oposición fundada.

También, podrá formular la solicitud el imputado siempre y cuando se reúnan los requisitos del párrafo anterior y no exista oposición del ministerio público.

La existencia de coimputados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos. Se escuchará a la víctima u ofendido de domicilio conocido, a pesar de que no se haya constituido como acusador coadyuvante, pero su criterio no será vinculante. La incomparecencia 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.

Artículo 389. El ministerio público podrá presentar la acusación y solicitar la apertura del procedimiento abreviado desde la audiencia en la que se resuelva la vinculación del imputado a proceso, hasta antes del pronunciamiento del auto de apertura de juicio oral.

En caso de que el juez de control rechace la apertura del procedimiento abreviado, el ministerio público podrá retirar su acusación y solicitar al juez que fije un plazo para el cierre de la investigación, que no podrá exceder del originalmente señalado.

El ministerio público manifestará su deseo de aplicar el procedimiento abreviado al formular su acusación por escrito, o verbalmente, en la misma audiencia intermedia.

En caso de dictarse sentencia de condena, se aplicarán las penas mínimas previstas por la ley para el delito cometido, reducidas en un tercio, sin perjuicio de cualquier otro beneficio que proceda en términos del código penal.

Tratándose de los delitos de secuestro, homicidio doloso con modificativas que lo califiquen o lo agraven, el homicidio culposo de dos o más personas, violación, robo que ocasione la muerte, robo de vehículo automotor con violencia y robo cometido a interior de casa habitación con violencia, solamente se aplicarán las penas mínimas previstas por la ley para el delito cometido, con exclusión de cualquier otro beneficio.

De esta manera, se ha establecido un mecanismo adjetivo abreviado en el cual, a cambio de confesar el inculpado haber intervenido en el hecho que la ley señala como delito, se le disminuye un porcentaje de la pena relativa. Esta última situación, o sea la reducción de la sanción penal, no la establece la fracción VII, apartado A, del artículo 20 de nuestro texto político, que indica: “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”.

En tal virtud, como lo ordena esta fracción VII, para que opere el procedimiento abreviado se requiere que existan pruebas “suficientes para corroborar la imputación”; luego entonces, carece de razón el legislador ordinario, para aminorar la pena, habida cuenta es innecesaria la citada confesión, dado, se supone ya existen en la causa relativa medios de convicción idóneos y suficientes, para establecer la culpabilidad del indiciado y condenarlo, sin necesidad de que el imputado admita su intervención en el delito; es decir, por esta situación no se justifica reducir la pena que es proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Surge la interrogante del ¿por qué, y para qué? el legislador ordinario establece una regla que contraviene la carta magna, disminuyendo la proporcionalidad de la pena, sólo por que el inculpado confiese haber cometido el delito —el que, como antes vimos, debe encontrarse probado por otros medios distintos de la confesión—, lo cual es inadecuado, primero, porque el establecimiento de las penas —su mínimo y máximo— corresponde al Estado, no a los particulares, como son el inculpado y aún el ofendido que puede oponerse a esta negociación del procedimiento abreviado, es decir, la reglamentación de las penas es eminentemente pública, o sea, propia del Estado, por tanto, si la fracción VII en cita no autoriza para contravenir la proporcionalidad de las penas que indica el artículo 22 constitucional, el legislador ordinario está impedido para establecer reducción de penas que correspondan imponerse de manera proporcional al delito de que se trate, desde el momento de que para el cálculo de tal disminución se parte de la

pena mínima, pasando por alto el arbitrio judicial que impone el párrafo tercero del artículo 21 constitucional, indicante de que: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Es decir, si las penas han sido establecidas proporcionalmente al delito que sancionan —sin autorizar su transacción—, conforme al citado artículo 22, por lo mismo, no puede el legislador ordinario violar este precepto indicando en la ley secundaria —procedimiento abreviado— que se puede disminuir la pena por el hecho de la confesión del inculpado; luego entonces, si la propia Constitución requiere de otras pruebas aparte de la confesión, ¿Para qué negociar ésta, que no es necesaria, si ya existen otros medios que prueban dicha imputación?. Además, la historia constitucional de México indica que la pena es eminentemente pública y que no se puede pactar su duración con los delincuentes, como si el delito fuera una mercancía, sin obstar que de ello resulte un súper negocio.

Al efecto, debemos destacar un planteamiento impostergable sobre los novedosos procedimientos de la justicia penal acusatoria -procedimiento abreviado-, en todos los ámbitos, o sea nacional, del Distrito Federal y de los Estados, y que de seguro repercutirán en la constitucionalidad y credibilidad jurídico-procesal que deben tener en nuestro país.

Los medios de comunicación han divulgado hechos lamentables de ignorancia, impunidad y corrupción, por parte de autoridades que intervienen tanto en la procuración, como en la administración de justicia en el proceso acusatorio. Ello ha provocado se formen algunas opiniones negativas de estas autoridades del proceso penal adversarial, en toda la República. Tal situación se incrementa cuando se acude al establecimiento del procedimiento abreviado, donde la negociación sobre la pena origina versiones de que el delito, como si fuera un objeto de comercio, es negociable por diversos medios de retribución, no tanto como pago cuanto como contraprestación, por ejemplo: a cambio de que se admita haber intervenido como autor o partícipe en aquél, se reduce la sanción penal al inculpado, rompiéndose así el principio constitucional de la proporcionalidad de las penas, de su correspondiente imposición y de su no negociabilidad con los reos.

No cabe, pues, por su inconstitucionalidad, porque México no pacta con delincuentes sobre la pena que deba imponérselos, y porque de qué sirve establecer penas elevadas a delitos graves —si se reducen desproporcionalmente como se ha visto—, por lo cual no procede sostenerse en la forma que está planteado semejante procedimiento abreviado.

En resumen, se comprende que la sistemática del procedimiento abreviado contempla que el legislador ordinario interfiera la función del juez

penal, en tanto a éste le corresponde fijar las penas exclusivamente, como lo indica el artículo 21 constitucional, por lo cual es totalmente inaceptable que sea el legislador quien de antemano en la propia ley le quite esta facultad al juez y les predetermine las penas que debe imponer, sin pasar por alto que se trata de un juez de control que dicta sentencias definitivas como lo establece el artículo 206 del Código Nacional de Procedimientos Penales; es decir, si se mete a sentenciar este juez, pues, que sea él quien fije las penas en fallo definitivo, entre su mínimo y su máximo, como establecen los artículos 10., 21, 22 y 49 constitucionales, que son violados en el procedimiento abreviado por lo mismo de que las penas son prefijadas en la ley por el legislador, quitándole esta atribución al juzgador.

Esta situación, además de vulnerar los preceptos constitucionales por las razones indicadas, provocan inseguridad jurídica, dado es la transacción entre ministerio público, el inculpado y aún la víctima, el requisito cuestionable que sirve para establecer *la imposición de la pena mínima en una tercera parte en delitos dolosos y en un mitad en delitos culposos*, lo cual es evidentemente no aceptable en una metodología establecida para la imposición de las penas, que nuestra carta magna otorga, como facultad exclusiva, al poder judicial; o sea, no tiene porqué prefijar penas en el procedimiento abreviado el poder legislativo.

## ALGUNOS ASPECTOS CUESTIONABLES DEL CNPP FRENTE A LOS OBJETIVOS DE LA JUSTICIA MATERIAL

Moisés MORENO HERNÁNDEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción y razón del tema.* II. *Algunos puntos cuestionables del Código Nacional del Procedimientos Penales.* III. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN Y RAZÓN DEL TEMA

#### 1. *Regocijo y frustración ante la legislación procesal penal única:*

a) En un Foro como éste, que congrega a diversos juristas de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y que tiene como objetivo analizar el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), tal vez lo más normal habría sido que nuestras primeras expresiones fueran de *regocijo*, por el hecho de que finalmente contamos con un Código procesal penal único para toda la República. Y en efecto, sobran razones para ello: primero, porque con las reformas constitucionales de 2008 que ahora desarrolla el CNPP, se anunció que el nuevo sistema de justicia penal mexicano sería mejor que el anterior, pues con el “proceso penal acusatorio y oral” se superarían todos los aspectos negativos del sistema que está “a punto de desaparecer”. Segundo, porque se ha dicho que con las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos y de amparo, se garantizará por fin que el sistema de justicia penal será respetuoso de los derechos humanos, tanto de imputados como de víctimas u ofendidos del delito, al punto de pensar, incluso, que el mismo recurso de amparo llegará a ser innecesario; es decir, todo parece indicar que para muchos el entusiasmo es tan grande y prometedor, que se tiene la sensación de que ahora vivimos la

\* Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales; Secretario Ejecutivo de la Asociación Mexicana de Derecho Penal y Criminología (AMPEC); Presidente y Director General del CEPOLCRIM.

“*primavera*” de los derechos humanos, y que nada se mueve si éstos no entran en consideración.

Además, cuando todo parecía indicar que se produciría un caos o incluso un posible desastre en el nuevo sistema de justicia penal, porque, después de cinco años de haberse iniciado la puesta en marcha de la reforma constitucional, se seguía observando un proceso heterogéneo y desordenado de implementación, tanto por la multiplicidad de Códigos de Procedimientos Penales (CPP) como por la falta de planeación de dicho proceso y la diversidad de criterios sobre los alcances de ciertos contenidos de la reforma constitucional, ahora de pronto surge lo que sería la “*tabla salvadora*”, que es el Código Nacional de Procedimientos Penales, con el que se reencausaría el proceso de implementación para superar todos esos problemas; motivo por el cual, México estaría nuevamente de plácemes por contar con una *legislación procesal penal única* para toda la República.

b) No hay duda, se trata de un hecho histórico el que México haya decidido transitar hacia el “*sistema de codificación procesal penal única*”; tampoco puede dudarse que el objetivo de la nueva legislación procesal penal sea redundar en *beneficio* de la sociedad mexicana y del propio sistema de justicia penal, superando los vicios del sistema procesal penal hasta ahora vigente y dando respuesta oportuna y adecuada a las expectativas de la sociedad.

En efecto, con independencia de que de todos modos habrá distintos criterios de interpretación sobre las mismas cuestiones, el *CNPP* busca *unificar* los criterios político-criminales sobre los distintos aspectos que tienen que ver con el procedimiento penal en el país; así, se unificarán criterios en torno a los *derechos, principios y garantías procesales*, a las *etapas del procedimiento penal ordinario*, al desarrollo de las fases de *investigación y proceso*, al uso de las *técnicas modernas de investigación*, a las *medidas cautelares*, a la aplicación de *criterios de oportunidad* y de *mecanismos alternativos de solución de controversias*, así como sobre la aplicación de *salidas alternas*, de *procesos abreviados*, de los *juicios orales* y de los *medios de impugnación*, entre otros.

Todo lo anterior, que no es poca cosa, supone entonces que ahora la procuración y la administración de la justicia penal serán igualitarias en todo el país, que también ha sido uno de los objetivos largamente buscados, lo que de ninguna manera se puede regatear<sup>1</sup>.

c) Sin embargo, la cuestión ahora es ver si todas esas grandes expectativas se ven colmadas o no, o si por el contrario se producen algunas frustraciones. Creo que los motivos del regocijo por la nueva legislación procesal

<sup>1</sup> Si bien, el mayor regocijo seguramente se dará cuando aparezca el *Código Penal único*.

penal pronto empezaron a diluirse y a tornarse en razones de desencanto, desde el momento mismo en que empezó a conocerse el texto del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), que fue aprobado el 5 de febrero de 2014 por el Congreso de la Unión y publicado el 5 de marzo en el Diario Oficial de la Federación, por considerar que su estructura y su contenido no se correspondían con lo que se esperaba; de ahí que, pronto empezaron a surgir los cuestionamientos, los que se fueron incrementando a medida que al CNPP se le conocía mejor.

Entre los cuestionamientos que empezaron a hacerse resaltan los siguientes: ¿qué tanto la nueva legislación procesal penal unificada responde a los objetivos de la reforma constitucional de 2008?, o ¿qué tanto las nuevas instituciones y los nuevos mecanismos introducidos en el CNPP posibilitan alcanzar dichos objetivos?; ¿es el modelo procesal penal que se adoptó el más adecuado a las realidades nacionales y responde a las expectativas sociales?; ¿se tuvo realmente claro en el CNPP para qué sirve el sistema procesal penal, es decir, cuál es su *función* y la forma de alcanzar su objetivo de la mejor manera?; ¿por qué si el *juicio oral* fue anunciado como una especie de *panacea*, el CNPP sólo permite que tenga una aplicación excepcional?; ¿por qué el nuevo sistema procesal penal es caracterizado como un “*sistema acusatorio*”, si el mayor número de casos se resolverá a través de la aplicación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, de criterios de oportunidad, de salidas alternas, o de *procesos abreviados*, en los que la acusación pierde sentido?; y si la mayoría de los casos de procesos abreviados se abrirá por razón de que el imputado acepta su responsabilidad a cambio de ciertos beneficios, ¿ello no contraviene una serie de principios y garantías que la propia Constitución prevé y convierte a la justicia en una “*justicia negociada*”, desvirtuando con ello los objetivos del proceso acusatorio?; ¿por qué, siendo ésta una reforma procesal tan importante, no fue trabajada con menos apresuramiento y mayor responsabilidad?.

Asimismo, atendiendo a que casi siempre que hay una reforma al sistema penal se utiliza como pretexto que con ella se garantizará un combate más eficaz contra la delincuencia y la impunidad y, por ende, se garantizará la seguridad pública frente al delito, surge la pregunta: ¿tiene el nuevo sistema de justicia penal algo que ver con el grave problema de la delincuencia y la inseguridad, la impunidad y la corrupción, o su función tiene que ver con otra cosa, como piensan algunos? Esta pregunta tiene sentido, porque ante el incremento de la delincuencia e inseguridad que casualmente se dio en los lugares en que el nuevo sistema procesal penal fue puesto en vigor (ej. Chihuahua, Estado de México), y ante la falta de respuesta oportuna y

adecuada del sistema penal,<sup>2</sup> absurdamente se llegó a decir que a éste no le competía atender dicho problema;<sup>3</sup> que para ello existían otras medidas<sup>4</sup> y otros mecanismos.<sup>5</sup> De ahí que también se insistía en saber si se tuvo y se tiene una clara idea de cuál es el *rol político-criminal* que corresponde jugar al sistema procesal penal, sea acusatorio, inquisitorio o mixto, sobre todo en el marco del Estado democrático de derecho; de otra manera, tampoco sabremos para qué sirve el cúmulo de instituciones y mecanismos que dan contenido al CNPP. Si tenemos claro cuál es la función del sistema procesal penal acusatorio, tendríamos también elementos para responder a la siguiente cuestión: ¿cuáles son los *retos* de la unificación de la legislación procesal penal y sus reales perspectivas en una realidad como la nuestra?; ¿cómo podrá evitarse que en pocos años el nuevo sistema penal mexicano se encuentre en una situación parecida a la que han tenido que pasar otros sistemas procesales penales aparentemente exitosos que, después de algún tiempo, han mostrado su poca funcionalidad y, por ello, han tenido que sufrir drásticos cambios?<sup>6</sup>

## 2. *La reforma procesal penal y las expectativas sociales:*

a) Estas y otras interrogantes más, han servido para reforzar la percepción de que la nueva legislación procesal penal no es el mejor producto

<sup>2</sup> Situación que incluso provocó una cierta confrontación con el entonces Secretario de Gobernación, Fernando Gómez-Mont, quien atribuyó el problema a la defectuosa forma en que la reforma penal se estaba implementando.

<sup>3</sup> Seguramente obedeciendo a esa idea, en el CNPP casi no se hace referencia alguna al problema de la delincuencia organizada.

<sup>4</sup> Ciertamente, siendo la delincuencia un problema plurifacético y multifactorial, que por ello requiere de una visión integral, las medidas político-criminales para enfrentarlo no pueden ser únicamente las de carácter penal, sino que también son necesarias medidas de otro tipo, como las de *prevención social*. Incluso se ha afirmado que en un Estado democrático de derecho las medidas penales deben ser el último recurso. No obstante, siempre se ha afirmado que en México se ha abusado del derecho penal y de todo el sistema de justicia penal, ya que casi para todo problema se acude a dicha medida. Una política criminal integral, en cambio, debe hacer uso de diversas alternativas, procurando que las medidas penales sean el recurso de *ultima ratio*; pero, de ello se concluye que el derecho penal y todo el sistema de justicia penal tienen necesariamente que ver con el *delito* y con la *pena*, siendo una de sus funciones importantes la *protección de bienes jurídicos frente al delito*.

<sup>5</sup> Como el Sistema Nacional de Seguridad Pública (SNSP).

<sup>6</sup> Por supuesto, parto de la base de que ningún sistema surge perfecto y acorazado contra cualquier crítica, sino que todos son perfectibles y, por ello, están sujetos a constantes transformaciones; pero, si el objetivo de una reforma es superar defectos del anterior sistema, al menos tiene que mostrar cierta capacidad para lograrlo.

que pueda satisfacer las expectativas de un sistema funcional, y que si su implementación no se hace aplicando criterios coherentes con la reforma constitucional y procurando enderezar los distintos puntos críticos, puede incluso provocar consecuencias no deseables para los objetivos del nuevo sistema procesal penal.

Ciertamente, no hay exageración si afirmo que nunca antes se habían despertado tantas expectativas sociales con los cambios al sistema de justicia penal, que con la reforma constitucional de 2008<sup>7</sup> y, ahora, con el CNPP. Sin embargo, dicha reforma es puesta a prueba por las realidades sociales, y de ahí que se cuestione si los discursos políticos y los discursos académicos son realmente consistentes y coherentes con las realidades nacionales.

Tampoco hay exageración ni tremendismo si afirmo, lo que es evidente, que el país que vivimos está actualmente convulsionado; donde la violencia desmedida parece ser lo cotidiano o la forma normal de la convivencia social; donde la vida parece carecer de todo valor, por el gran desprecio que algunos sienten hacia ella; donde hay todo un proceso de degradación de los valores, sin que los mecanismos propios del Estado de Derecho y del sistema de justicia muestren la capacidad para evitarlo.<sup>8</sup> Sin embargo, donde el reclamo de justicia sigue existiendo y cada vez es mayor, es decir, donde no obstante la insatisfacción social aún existe esperanza por el Estado de Derecho y las instituciones de su sistema de justicia.

b) Seguramente, nadie puede negar la gravedad del problema que actualmente vive México en materia de delincuencia y de inseguridad, así como en materia de impunidad y de corrupción; tampoco se puede negar lo que destacan los medios de comunicación de que la barbarie delincencial que se manifiesta en asesinatos, secuestros, extorsiones y otras expresiones violentas, con la colusión impune de autoridades, se desarrolla sin que los mecanismos de control estatal muestren algún resquicio de funcionalidad,<sup>9</sup> y de ahí que cada día se crea menos en ellos.

Pero, en este contexto de nuestra realidad convulsionada, donde ahora también se trata de mejorar el sistema de justicia, seguramente gran parte de la sociedad tenga la idea y la expectativa de que con el nuevo sistema se

<sup>7</sup> La que, se supone, debe estar funcionando completamente dentro de poco tiempo en todo el país.

<sup>8</sup> Muestra de lo dicho son los conocidos casos de Ayotzinapa y de Tlatlaya; pero, sin duda, hay muchos más.

<sup>9</sup> Y esta afirmación, que se basa en los propios datos estadísticos de quienes se ocupan del problema, no se contradice con los datos que oficialmente destacan lo contrario, por tratarse de un fenómeno que constantemente está mutando y hace que los datos no siempre sean confiables.

garantizará de mejor manera la protección de sus intereses o bienes jurídicos frente al delito. Pero, igualmente habrá quienes todavía se preguntarán: ¿y qué tiene que ver con todo esto el sistema procesal penal acusatorio y el CNPP?; sobre todo, quienes aún piensan que el problema delictivo y de inseguridad es solamente una cuestión policíaca.

Como se verá más adelante, no hay duda que el sistema procesal penal tiene mucho que ver con el delito, pues dentro de los distintos mecanismos de control que conforman la política criminal del Estado se encuentra todo el sistema de justicia penal y, por ende, el derecho penal y el derecho procesal penal. Por lo que, ahora más que nunca, se pone a prueba la funcionalidad del sistema penal, es decir, si sirve para algo o no.

### 3. *La función del proceso penal y la necesidad de ciertos equilibrios:*

a) No hay duda que el Derecho penal material cumple una determinada función: proteger bienes jurídicos frente al delito; por ello, se ocupa de regular las conductas que son consideradas delictivas, las formas de realización de las mismas y de afectación de los bienes jurídicos, señala los presupuestos para la imposición de una pena, prevé las consecuencias jurídicas para el caso de que las normas penales se transgredan y señala los criterios para su individualización, así como los lineamientos y principios que rigen su aplicación. Pero, como el Derecho penal no puede realizar sus objetivos por sí mismo, requiere para ello del *procedimiento penal*, el cual solo puede desarrollarse ante los tribunales previamente establecidos, en el que además se cumplan las formalidades establecidas en la ley. De ahí que, el Derecho penal sólo puede aplicarse por los tribunales a través del procedimiento penal; con lo que, el procedimiento penal no es sino un instrumento al servicio de los objetivos político-criminales del Derecho penal.

Pero, al haber distintos *tipos* de procedimiento penal, surge entonces la cuestión: ¿cuál es el procedimiento penal que sirve para alcanzar de mejor manera los objetivos político-criminales del Derecho penal material? De acuerdo con los lineamientos constitucionales y la opinión teórica, debe ser uno que garantice a todo ciudadano la observancia de sus derechos procesales y se sustente en principios fundamentales que tienen la función de evitar que el ejercicio del poder penal estatal se extralimite o se realice de manera arbitraria; además, que permita *proteger al inocente y tratar correctamente al culpable*; que procure el *esclarecimiento de los hechos* (verdad material), que *el culpable no quede impune* y que *los daños causados por el delito se reparen*. Es decir,

debe ser un procedimiento penal con objetivos muy claros y que responda a exigencias *democráticas* del Estado de derecho.

b) De los distintos sistemas procesales conocidos: *acusatorio*, *inquisitivo* y *mixto*, se ha impuesto la idea, al menos en el ámbito latinoamericano, que el sistema que mejor se ajusta al Estado democrático de derecho y mejor responde a los objetivos de la *justicia material* es el *sistema procesal acusatorio*, por ser el que permite diferenciar claramente las distintas partes procesales (*acusador*, *defensor* y *decisor o juzgador*) y sus respectivas funciones, y procura un mayor equilibrio entre ellas, garantiza mayor observancia de los derechos del procesado y proporciona mayor atención a los *derechos de las víctimas*. De ahí que, el movimiento de reforma procesal de las últimas décadas en la región latinoamericana se haya empeñado en adoptar o fortalecer el sistema procesal acusatorio y oral. Y de ahí, también, que la reforma constitucional mexicana de 2008 tenga el propósito de fortalecer el sistema procesal acusatorio que adoptó el Constituyente de 1917, por ser teóricamente el que mejor garantiza la libertad y la dignidad del ser humano.

c) Ahora bien, atendiendo a la necesidad de unificar la legislación procesal penal, en 2014 surgió el CNPP, el cual debió encargarse de desarrollar el sistema procesal penal acusatorio, según los objetivos y lineamientos de la reforma constitucional. Sin embargo, todo parece indicar que dicho objetivo formalmente no se alcanzó; pues, según las revisiones preliminares, el CNPP no mantiene la *coherencia interna* y los *equilibrios* que son necesarios para garantizar su funcionalidad y satisfacer las expectativas sociales y las exigencias del sistema de justicia penal de un Estado democrático de derecho. Además, según lo manifiestan las distintas reacciones<sup>10</sup>, el CNPP no satisfizo las expectativas y los intereses de todos los actores, ni siquiera la de quienes apostaron por un modelo procesal que, tal vez en abstracto, pudiera responder a los rasgos característicos del mejor sistema procesal acusatorio, aunque no se ajustara a la reforma constitucional o dejara fuera de consideración la realidad nacional en donde debe aplicarse.

No obstante que son diversos los motivos por los que las opiniones son desfavorables en torno a la nueva legislación procesal penal, todo parece indicar que el legislador estaba convencido y satisfecho de haber dado origen a un buen Código Procesal Penal. Pero, ese convencimiento y esa satisfacción duraron muy poco tiempo, porque precisamente el día en que se inició este Foro<sup>11</sup> se presentó ya por los propios Senadores una Iniciativa de Refor-

<sup>10</sup> Sobre todo de quienes de alguna o de otra manera participaron en este proceso de generación de la nueva legislación procesal penal.

<sup>11</sup> El 25 de noviembre de 2014.

mas al CNPP,<sup>12</sup> que igualmente es objeto de opiniones diversas<sup>13</sup>. El propio legislador, tal vez por presiones de algunos de los actores del sistema, se vio forzado a no darle un tiempo razonable a la nueva legislación procesal penal para que pudiera estar en condiciones de mostrar sus rendimientos y ser analizados y evaluados por los distintos sectores y criterios, para determinar con ciertas bases reales su funcionalidad o su falta de funcionalidad.

Así como otros tienen puntos de vista divergentes en torno al CNPP, yo también me permitiré señalar en esta ocasión algunos puntos críticos que, desde mi propia perspectiva, tiene la nueva legislación procesal penal, aprovechando que ésta es una reunión de académicos y, por tanto, que podemos hacer uso de la libertad que esta actividad proporciona; aunque puedo asegurarles que no siempre hacemos buen uso de esa libertad.

## II. ALGUNOS PUNTOS CUESTIONABLES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

### 1. *A manera de introducción*

a) Empiezo con la siguiente afirmación: “El legislador mexicano tuvo la gran oportunidad histórica de dar origen a un CNPP mejor que el que se aprobó; un Código que efectivamente respondiera tanto a los objetivos de la reforma constitucional de 2008 como a las expectativas de la sociedad, a las exigencias del Estado democrático de derecho y a las realidades nacionales; pero, no hay duda que desaprovechó esa oportunidad, y de ahí que ahora el Código sea objeto de diversos cuestionamientos”. Pero ello, como ha sucedido con otras reformas de este tipo, abre nuevamente la necesidad y la posibilidad de seguir trabajando en la búsqueda de lo que debe ser el “*nuevo sistema de justicia penal*” para México, ya que esta es una tarea interminable.

En efecto, el CNPP no se caracteriza por su sistematización ni por su congruencia, sino por la falta de ellas y por la ausencia de una mejor técnica legislativa; en otros términos, el CNPP se caracteriza por su inadecuada estructura y porque sus diversas instituciones y sus mecanismos no mantienen la congruencia que deben ser propias de un sistema procesal. Y

<sup>12</sup> Y mientras se prepara la memoria de la XV Jornada sobre Justicia Penal, que se ocupa precisamente de analizar el CNPP, nos enteramos que el Senado de la República había aprobado el Dictamen respectivo (9 de diciembre, 2014), con el que se modifican 46 artículos del CNPP, pasando a la Cámara de Diputados donde actualmente se encuentra.

<sup>13</sup> Algunos incluso la califican como una “contrarreforma”. Véase sobre esto, CIDAC, “*Contrarreforma al sistema penal. Los puntos a debate*”, 23 de diciembre de 2014.

ello, que sin duda es fundamental, nos hace dudar sobre su efectiva funcionalidad, además de que la forma de su diseño e implementación no parece garantizar que los problemas que se atribuyen al “viejo” sistema se puedan superar.

b) Entre los puntos críticos que yo pensaba destacar el día de hoy están los siguientes:

- La estructura y sistematización del CNPP;
- Las etapas del procedimiento penal;
- La aplicación de los criterios de oportunidad;
- El papel y los alcances de las salidas alternas y los juicios orales;
- La aplicación del procedimiento abreviado, y
- La llamada “justicia negociada”.

Sin embargo, por razones de tiempo, no podré abordar todos. Además, la doctora Olga Islas ya se ocupó de los *criterios de oportunidad*, por lo que ya no hablaré de ellos; tampoco de las *etapas del procedimiento*.<sup>14</sup> En cambio, aprovecharé el tiempo breve para hablar sólo de las *salidas alternas* y los *juicios orales*, así como del *proceso abreviado* y de la llamada “*justicia negociada*”.

c) El objetivo de este análisis es resaltar tanto su falta de congruencia con la reforma constitucional de 2008 y su falta de apego a las realidades nacionales, como la ausencia de ciertos equilibrios procesales y sus implicaciones con relación a los *objetivos de la justicia material* y a la idea de *mejorar la calidad de la justicia penal* en nuestro país. Pero, también para poner de manifiesto el gran *reto* que tendrán los implementadores del CNPP, sobre todo los ministerios públicos y juzgadores, que tienen la función de aplicar la ley a los casos concretos; serán estos últimos, sobre todo, quienes tendrán la tarea de lograr los *equilibrios* necesarios y homogeneizar los criterios para una aplicación más racional de la nueva legislación.

## 2. Algunos puntos críticos del CNPP:

### a) Crítica sobre la estructura y sistematización del Código:

1. Con relación a este punto, empiezo diciendo que el CNPP no tiene una *estructura y sistematización* lógicas, que pueda responder a los

<sup>14</sup> Sobre estos temas ya he hecho algunas consideraciones en el trabajo “*Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales*”, en Moisés Moreno y Miguel Ontiveros, “Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales”.

objetivos de la reforma constitucional, por más que alguien diga que su estructura se corresponde a un ideal sistema procesal acusatorio.<sup>15</sup> Si fuera más exigente, podría incluso afirmar que el CNPP carece de estructura y de sistematización; el Código da más bien la sensación de que los distintos temas que comprende se encuentran esparcidos por todos lados, dejando a quien tenga la función de aplicarlos la tarea de armar el rompecabezas y así saber de qué se trata y darles sentido.

2. Ciertamente, el CNPP se estructura de dos libros y cada uno en títulos; los títulos, en capítulos y estos, en ciertos casos, en secciones; lo que, en principio, no se puede cuestionar porque se corresponde con la forma tradicional de estructurar los Códigos. Lo que importa es si la ubicación y distribución de los diversos títulos y capítulos, así como de los distintos temas en ellos incluidos, son adecuadas o no, si siguen o no una determinada lógica, según su función dentro del procedimiento penal. Y es precisamente aquí donde se observa esa falta de lógica, por la inadecuada ubicación y distribución de las materias, así como la falta de *técnica legislativa*; todo lo cual evidencia un *gran desaseo* en la elaboración de una ley tan importante.

*b) Críticas sobre el papel y alcances de los juicios orales y las salidas alternas:*

1. El Dictamen de CNPP del Senado de la República estableció expresamente que “*el juicio oral es el último recurso*”; y para ello se argumenta: “Dado que el modelo acusatorio plantea un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos —como lo son las *salidas negociadas* o las *formas abreviadas*— se ha tendido a utilizar, como indicador de éxito, un bajo porcentaje de asuntos que efectivamente llegan a la fase de Audiencia de Juicio Oral. Ante este tipo de mediciones, el consenso entre las y los participantes fue concebir al Juicio Oral, no como una instancia excepcional, sino como un *referente* para la decisión respecto de cuál es la mejor vía para resolver los asuntos”.

No cabe duda que tal afirmación carece de sustento. En efecto, no es correcto afirmar que sea característica del modelo acusatorio el contar con “un catálogo más amplio de vías para procesar y terminar asuntos”, como

<sup>15</sup> En este caso habría que el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio de la “*CONTRIB*”, elaborado por la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y que en su momento también ha sido cuestionado, procuró ser más sistemático, congruente y respetuoso del marco constitucional.

las *salidas negociadas* o las *formas abreviadas*, porque estas vías no son propias del sistema acusatorio sino que pueden darse en cualquier sistema procesal. Y esto es así, porque su uso no obedece a la idea de garantizar mayor observancia de principios y derechos procesales, sino a la idea de *despresurizar* el sistema penal, aún a costa de tales principios y derechos. Por lo tanto, las llamadas “salidas negociadas” y las “formas abreviadas” previstas en el CNPP de ninguna manera constituyen vías propias del modelo acusatorio; se trata de mecanismos que también pueden aplicarse en un modelo mixto, como el que ahora se trata de superar, o incluso en modelos inquisitivos, en tanto que se les atribuye esa función. Si ahora se las asocia con el sistema procesal acusatorio, ello de ninguna manera puede obedecer a la idea de que dichas vías sean parte *esencial* de éste, sino más bien al reconocimiento de que los juicios orales y el modelo acusatorio en general no tienen la capacidad de procesar el mayor número de asuntos hasta la etapa en que esos principios, derechos y garantías podrían hacerse realidad, que es la audiencia de juicio oral, como lo prevé el artículo 20 de la Constitución.

Por tal razón, resulta un *contrasentido* querer caracterizar al nuevo modelo procesal penal como “acusatorio”, cuando con esos mecanismos lo acusatorio desaparece; también es un *contrasentido* querer caracterizar al modelo acusatorio como “*exitoso*” por el simple hecho de que sólo un bajo porcentaje de asuntos llegará efectivamente a la audiencia de juicio oral, mientras que el mayor número de ellos se resolverá a través de las “salidas alternas” o “negociadas”; la realidad es que hacer funcionar así a un sistema con tales características, ello sería precisamente un signo de su *fracaso*, al reconocer que sólo un reducido número de casos podría llegar al juicio oral. Además, el darle preferencia a las *salidas alternas* o a los *procesos abreviados* podría llevar al sistema procesal a su mayor *desprestigio*, justamente porque ello implicaría, más que otra cosa, su incapacidad para que en el mayor número de casos se cumpla con la observancia de los principios y garantías del debido proceso.

2. Pero, con independencia del rol que puedan jugar las salidas alternas y de si su mayor uso es signo de éxito o de fracaso, lo cierto es que los *juicios orales* pasan a un segundo término, como se desprende de lo dicho en el Dictamen y de la forma en que se está implementando la nueva legislación. Ello, sin duda, contradice la idea que animó a la reforma constitucional de 2008, cuya principal bandera que se usó de pretexto para impulsarla fue —no la de las “audiencias orales” o “audiencias públicas” sino— la de los “juicios orales”, a los que incluso se hizo ver como una especie de *panacea* y que despertaron grandes expectativas sociales.

Ciertamente, se hizo creer que los juicios orales resolverían gran parte de los graves problemas que padece el actual sistema de justicia penal; pero, ahora sucede que el CNPP los relega a un segundo o último término, pues lejos de privilegiarlos como el recurso de *prima ratio*, por las grandes virtudes que se le atribuyen, el juicio oral será el “último recurso” o recurso de *ultima ratio*, como si fuera lo peor del sistema.

3. Por otra parte, no debe pasar desapercibido que la audiencia del *juicio oral* es el momento procedimental donde se pueden hacer efectivos los principios y garantías procesales que prevé la Constitución; por lo que, su importancia para lograr los objetivos de la reforma constitucional está fuera de duda como para prescindir de él. Por ello, resulta engañoso o eufemístico afirmar ahora que el juicio oral es sólo un “referente”, o el “faro que guía el proceso”, pero no el punto de llegada, cuando en realidad se está reconociendo la incapacidad del sistema procesal penal que se está construyendo, pues en lugar de que éste pueda ocuparse de un mayor número de casos, sobre todo los de mayor gravedad, se conforma con una aplicación “excepcional”, porque de otra manera se colapsa.

c) *Críticas al proceso abreviado y a la llamada “justicia negociada”:*

1. Con relación al *proceso abreviado*, tal como lo regula el CNPP, éste posibilita que el imputado sea sentenciado sin juicio y sin pruebas, bastando para ello meros “datos de prueba” y que aquél reconozca su responsabilidad y renuncie a los derechos y garantías del debido proceso. El *proceso abreviado* tiene su fundamento en el artículo 20 constitucional,<sup>16</sup> como una forma de terminación anticipada del procedimiento penal ordinario, el cual deja a la ley determinar los supuestos y las modalidades en que debe proceder.

El CNPP, por su parte, establece en el artículo 201 los requisitos de procedencia, entre los que señala que debe ser el MP el que lo solicite y que el imputado acepte su responsabilidad del delito que se le atribuye. Para justi-

<sup>16</sup> Cuyo apartado A, fracción VII, establece: “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”.

ficar el criterio adoptado por el CNPP, el Dictamen del Senado señaló: “Los lineamientos de su procedencia responden a una política criminal más que a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad admitida. Más que un derecho del imputado, es un derivado del principio de oportunidad y su objetivo es evitar el juicio. Se trata de acuerdos probatorios a título universal.”

El argumento del Dictamen es equívoco, pues no hay duda que toda medida o mecanismo que contiene el CPP obedece a *razones político-criminales*; el Código mismo obedece a este tipo de razones y lo propio puede decirse con relación al Código Penal y a sus contenidos. Por lo que, el afirmar que la aplicación del *proceso abreviado* “no responde a un catálogo de delitos o a un límite de penalidad” sino a una política criminal, es incorrecto, precisamente porque también en tales casos se trataría de una razón político-criminal, con independencia de si ella es aceptable o no. En todo caso, debió decirse que el proceso abreviado que regula el CNPP responde a una razón político-criminal distinta a la del catálogo de delitos o del límite de penalidad; pero, además, debió decirse el porqué, ya que había otras alternativas.

Tampoco es admisible el criterio seguido por el CNPP, de que el proceso abreviado “más que un derecho del imputado” es un derivado del “principio” (o criterio) de oportunidad, pues tal afirmación parece confundir la naturaleza de uno y de otro de los mecanismos; y, aún cuando todos ellos se den dentro del procedimiento penal, cada uno tiene su razón político-criminal, su función y sus propios requisitos e implicaciones. Es evidente que, si el MP optó por ejercer la acción penal, e incluso el juez dictó el auto de vinculación a proceso y este siguió su curso, aquél dejó pasar la oportunidad de aplicar dicho criterio que le autoriza el artículo 21 constitucional;<sup>17</sup> luego entonces, si se optó por iniciar el proceso ordinario, es a partir de ahora que surge la posibilidad de que se abra el “proceso abreviado”, pero no como una derivación del criterio de oportunidad sino, por el contrario, bajo otras condiciones, como es la de que el MP formule la acusación y exponga los datos de prueba que la sustentan.

2. Por otra parte, a diferencia del criterio de oportunidad, cuya aplicación es sólo potestad del MP,<sup>18</sup> el inicio de un proceso abreviado no obedece ya a una potestad del MP de quererlo hacer o no, y mucho menos a razones de oportunidad, sino que ahora se trata de una potestad del juez decretarlo o no. Pero, para ello, es necesario, por una

<sup>17</sup> Es decir, la aplicación de “criterios de oportunidad”.

<sup>18</sup> Habría que analizar si dicho mecanismo también podría plantearse con relación a la *acción penal privada*.

parte, que el proceso penal ya se haya iniciado y, por otra, estar “en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley”; además, se requiere que “no exista oposición del inculpado”, como lo señala el a. 20 C. Corresponde entonces a la legislación procesal penal señalar los supuestos y las modalidades en que procede el proceso abreviado; pero, aún cuando el a. 201 CNPP sólo se refiere al supuesto en que el imputado reconoce su participación en el hecho delictivo, es decir, que “*admite su responsabilidad por el delito que se le imputa*”, ello indica que él quiere someterse a ese proceso abreviado, en lugar de seguir todo el proceso ordinario y llegar al juicio oral.

Por lo que, contrario a lo señalado en el Dictamen, antes que otra cosa, se trata de “un derecho” del imputado y no de una potestad del MP, de la misma manera que es un derecho el juicio oral;<sup>19</sup> pues, si el imputado no lo consciente expresamente y, por ende, no renuncia al juicio oral, no podrá aplicarse el procedimiento abreviado, por más que el MP así lo quiera, a menos que se acepte que éste puede obtener el consentimiento a toda costa.<sup>20</sup> Sin duda, el criterio aquí sostenido, de considerar la aplicación del proceso abreviado como un “derecho del imputado”,<sup>21</sup> coincide con el espíritu de la Constitución, pues si el imputado se opone a su aplicación, no podrá llevarse a cabo el proceso abreviado.<sup>22</sup>

No obstante, lo anterior no excluye que se puedan dar casos en que el imputado se vea obligado a aceptar su participación en el hecho, aún sabiéndose inocente. Es decir, contrario a lo que se piensa, con el nuevo siste-

<sup>19</sup> Como se desprende del artículo 20 constitucional y del artículo 201, III, a), CNPP.

<sup>20</sup> El que la aplicación de procesos abreviados con frecuencia constituye un abuso del órgano persecutor, porque en la mayoría de las veces obedece a la “presión” que éste ejerce sobre el imputado, aún cuando para algunos se trata sólo de una mera “oferta”, o incentivo, no está alejado de la realidad. Así se dice, p. ej., de los sistemas procesales angloamericano y colombiano, en los que el imputado se ve presionado por el fiscal, ante la posibilidad de cargarle un mayor número de delitos y, por tanto, de sufrir una pena mucho más alta, si no acepta su “culpabilidad”; además, ante la clara imposibilidad de poder demostrar su inocencia, muchas veces tiene que confesar su culpabilidad aún sabiéndose inocente, con tal de que se le imponga una pena menor. Y, por ello, es claro que este no es el sentido que habrá que atribuirle a la reforma constitucional de 2008, la cual tiene como objetivo contar con un procedimiento penal con plenas garantías.

<sup>21</sup> De otra manera ¿cómo se podría explicar que el imputado renuncie a otros derechos, como los del juicio oral?

<sup>22</sup> En este caso, tanto el MP como el Juez sólo pueden estar de acuerdo o no con el imputado; el primero, para que lo solicite y, el segundo, para que lo autorice, pero ninguno lo puede imponer; incluso, si la víctima u ofendido se opone fundadamente, el procedimiento abreviado no podrá llevarse a cabo.

ma procesal penal, que adopta el mecanismo de la “*negociación*” y lo vincula con el procedimiento abreviado, al MP se le otorga un enorme poder, que puede utilizar con mucha discrecionalidad, porque incluso puede hacer uso de la *presión*, ya no tanto para fabricar o comprar testigos sino para algo más grave: “fabricar culpables”<sup>23</sup> y, además, posibilitar que se condene a un imputado “sin juicio y sin pruebas”, y por un juez distinto al que señala el artículo 20 C.

3. Finalmente, una consideración más sobre lo afirmado en el Dictamen del Senado, de que el objetivo del proceso abreviado es “*evitar el juicio*”.<sup>24</sup> Ciertamente, ese es el efecto que tiene; pero con ello, al proceso abreviado se le atribuye una función que tampoco va con su naturaleza. No obstante, ello pone de manifiesto la intención de quienes, habiendo impulsado el modelo procesal penal que toma al juicio oral como pretexto, ahora tratan de prescindir de él,<sup>25</sup> como si se tratara de algo negativo, cuando que él, aún sin ser lo más característico del sistema procesal acusatorio, tal vez le habría dado al modelo procesal mayor justificación. Lo cierto es que la aplicación del proceso abreviado, como forma de terminación anticipada que es, tiene como “efecto” el que no se llegue al juicio oral; pero, es evidente que ese no puede ser su objetivo. El “objetivo real” de esta modalidad es darle “celeridad” a los procesos, es decir, que terminen antes; pero, también es evidente que, en aras de la celeridad, se prescinde de lo más importante del proceso, que es la audiencia del juicio oral,<sup>26</sup> y por ende, de los importantes derechos y garantías del procesado, así como de los principios, que sólo en ella pueden tener observancia plena. En otras palabras, con independencia de si el imputado solicita o no el proceso abreviado, e incluso de si se trata de su derecho o no y de que se renuncie al juicio oral y a los derechos que ello implica, lo cierto es que con el proceso abreviado se renuncia a

<sup>23</sup> Esto me recuerda lo que el día de ayer afirmó el Dr. De La Barrera en su exposición, de que el sistema procesal anterior permitía que el MP —altamente ineficiente— “fabricara o comprara testigos”, quienes declaraban lo que el MP quería; con lo que, igualmente “se fabricaban culpables”; situación que no se excluye con el nuevo sistema, o que incluso se puede agravar.

<sup>24</sup> Al menos, con esta afirmación se acepta que el “*juicio*” es la etapa final del proceso ordinario, y que por tanto no se le puede confundir con cualquier “*audiencia oral*”.

<sup>25</sup> No obstante que, como se ha dicho, el juicio oral es un derecho del procesado.

<sup>26</sup> A menos que ahora también se diga que, como esta forma anticipada de terminación del proceso está reconocida en la Constitución, de todos modos se trata de una *audiencia de juicio oral* aquella en la que el juez (de control) dicta la sentencia.

los derechos y garantías del debido proceso; y, eso es suficiente para cuestionarlo.

4. Ahora bien, no hay duda que la “*celeridad*” del proceso constituye también un objetivo fundamental del sistema de justicia penal; por ello, se trata de un mandato constitucional (a. 17 y 20 C) que igualmente debe atenderse en el sistema procesal penal acusatorio y oral; tan es así, que se ha argumentado que el juicio oral es *más rápido* que el escrito, entre otras ventajas. Por ello, se ha considerado que uno de los mecanismos para alcanzar ese objetivo es la aplicación del *proceso abreviado*; y de ahí que no se rechace sin más el uso de los procesos abreviados, sino la forma de su aplicación; sólo se exige que ellos se apliquen de manera más racional y sin costo para los derechos humanos.

Sin embargo, como ya se dijo antes, el CNPP establece que la principal razón para la aplicación del proceso abreviado es que el imputado “*admita su responsabilidad por el delito que se le imputa*”. Y aún cuando el “admitir su responsabilidad” o “su participación en el delito” le acarrearán al imputado cierto “*beneficio*”, como es una disminución de la pena, no hay duda que ello propiciará por otra parte que se dejen de observar importantes derechos y garantías del imputado, así como los principios propios del proceso acusatorio<sup>27</sup>, cuya observancia plena sólo se hace realidad en la audiencia del juicio oral<sup>28</sup>. Es decir, con ello se abre una amplia posibilidad de condenar al imputado sin la observancia de derechos y garantías que el artículo 20 constitucional prevé para la audiencia de juicio oral y para la sentencia. Además, como lo establece el artículo 201 CNPP, para condenar al imputado bastan los “datos de prueba” que el MP exponga al formular su acusación; es decir, contrariamente a lo previsto por el apartado A, fracción III, del artículo 20 constitucional, el CNPP autoriza condenar “sin pruebas”<sup>29</sup> y, adicionalmente, por un juez que no es el del juicio y sentencia sino por el de control, esto

<sup>27</sup> Entre los que destaca el principio de *presunción de inocencia*, que después de ser ubicado en un rango superior ahora cualquier dato de prueba lo puede hacer añicos. Pero, además, todo parece indicar que ahora la “*confesión*” vuelve a adquirir la relevancia que antes tenía.

<sup>28</sup> Como lo señala el artículo 348 CNPP, sin desconocer lo previsto en la fracción X del apartado A del a. 20 C.

<sup>29</sup> Sobre todo si se sigue la idea de que no hay más pruebas que las que se ofrecen en la audiencia del juicio oral; y, aún cuando ese criterio no se puede compartir, porque el propio artículo 20 C, A, III, claramente establece que, “para los efectos de la sentencia, sólo se considerarán pruebas...”, lo cierto es que en el caso del proceso abreviado no se cumple con esa exigencia.

es, por un juez que ha conocido previamente del caso, en contravención a lo dispuesto por la fracción IV, A, del artículo 20 C.

5. No hay duda que el tema del “*reconocimiento de la responsabilidad*”, la “*renuncia al juicio oral*” y la “*negociación del tipo de acusación y de la pena*”, que sirven de base para el procedimiento abreviado, es uno de los puntos más cuestionables no sólo del CNPP sino de todo el sistema procesal penal acusatorio, que ahora tiene su base clara en la Constitución. En efecto, mientras que para un cierto sector de neo-procesalistas, el proceso abreviado y las soluciones alternas constituyen la parte más importante y casi la esencia del sistema procesal acusatorio, para otros<sup>30</sup>, en cambio, es la parte menos esencial de dicho sistema, pues ellos pueden adecuarse a cualquier sistema procesal penal<sup>31</sup>. Sin embargo, al sistema acusatorio que ahora se implementa se le ha tenido que apoyar con dichos mecanismos, porque son los que pueden hacerlo viable; pero, el gran problema es que ellos también pueden influir tanto en la desnaturalización como incluso en el desprestigio del sistema procesal acusatorio.

d) *Algo más sobre la “negociación de la justicia”, a manera de conclusión:*

1. La alternativa político-criminal de la “*negociación de la justicia*”<sup>32</sup> y de todo lo que se relaciona con ella, tiene como objetivo darle más agilidad al procedimiento penal y enfrentar el problema de la *sobresaturación* del sistema de justicia penal. Se trata de una medida que también hemos importado del sistema procesal penal norteamericano, en donde se encuentra el antecedente más claro de este mecanismo que se ha ido extendiendo a los procedimientos penales no sólo de países latinoamericanos sino también de países europeos. Y aún cuando la forma de su inclusión en el sistema procesal penal mexicano reviste algunas modalidades, que hacen que ambos sistemas tengan algunas diferencias importantes, es oportuno destacar

<sup>30</sup> Entre los que me cuento, como lo he señalado en otros trabajos.

<sup>31</sup> Recordemos que el actual CFPP lo regula como “proceso sumario” en el artículo 152; lo propio hace el CPPDF en sus artículos 305 y ss., pero con alcances diferentes.

<sup>32</sup> El uso de la expresión “*negociación de la justicia*” se ha hecho cada vez más común entre los mecanismos que los nuevos sistemas procesales han ido adoptando, que obedecen a la idea de enfrentar la sobresaturación de los sistemas penales; y aún cuando no a todos guste, puede decirse que a ello se reduce o se puede reducir el mecanismo que ahora prevé el artículo 20 constitucional.

algunos aspectos más de dicha medida,<sup>33</sup> para ver sus implicaciones y poderla valorar.

Como es sabido, el sistema procesal angloamericano es caracterizado como el sistema acusatorio por excelencia, como el “proceso acusatorio puro”<sup>34</sup>, donde el *juicio oral* es la parte más sobresaliente, pues en él el acusado se sustenta con todo el rigor de la ley procesal. Sin embargo, desde hace ya un largo tiempo se ha estado señalando que en dicho sistema el juicio oral “va pasando al olvido”, ya que en un gran porcentaje de los casos “el condenado entra en la fase de ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional”. Que el juicio oral está siendo sustituido por un procedimiento menos formal, en el cual entra una serie de consideraciones discrecionales y extralegales, como el caso del *plea-bargaining*, que ha estrechado al proceso penal estadounidense, ya que en el *plea* al acusado sólo se le exige contestar con relación a su posición frente a los cargos: *culpable* o *no culpable*, y ello determina el desarrollo subsiguiente del proceso.

Solo en el caso de que la respuesta del acusado sea de *no culpable* tendrá lugar la realización de un *juicio oral*, en el que el Estado buscará la condena del inculpado, toda vez que ello constituye un rechazo tajante de los cargos y un desafío al Estado para que éste pruebe el caso en contra del inculpado. En estos casos, por ello, el juicio oral es a veces de larga duración, muy costoso y de resultado muy difícil de pronosticar; pero, en caso de perder, es muy probable que el inculpado reciba una sentencia de mucha mayor severidad que la que hubiere recibido de haber confesado desde el principio su culpabilidad. En cambio, si el procesado se declara *culpable*, las consecuencias son distintas y no es necesario el juicio oral, pues ante la *auto condenación* ya no hay necesidad de probar su culpabilidad, ni de testigos ni de los demás incidentes de un juicio oral; además, se ahorra tiempo y dinero; las partes pueden llegar a un cierto arreglo o negociación (*plea-bargaining*) y el juez puede ir directamente a la imposición de la sentencia. De ahí que se afirme que en un gran porcentaje de los casos “el condenado entra en la fase de ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional”.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> De la que ya me he ocupado en otras ocasiones y en otros trabajos.

<sup>34</sup> Véase, por ejemplo, Gómez Colomer, Juan Luis, “*El sistema de enjuiciamiento criminal propio de un Estado de Derecho*”, Inacipe, México, 2008.

<sup>35</sup> Véase sobre esto, Cooper, H.H.A., “El ocaso del juicio oral en los Estados Unidos de Norteamérica”, en *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, núm. 5, septiembre-octubre, 1972, pp. 63 y ss.; véase, también, Moreno H., Moisés, “Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, en *Conferencias Magistrales* 8, Inacipe, México, 2004. Lo anterior muestra que, una cosa es el derecho en los libros y otra el derecho en la práctica (en la acción).

Según lo anterior, el *plea-bargaining* hace ahorrar tiempo y dinero, así como las molestias del juicio oral, por la promesa al procesado de una sentencia menos severa a condición de que la defensa acepte los cargos con un *plea* de culpable. Sin embargo, por tratarse de una transacción que implica que el procesado está en posición de negociar con el Estado y regatear un mejor trato pese a su culpabilidad, no hay duda que ello es incompatible con los  *fines* del proceso penal; y lo es aún más cuando el inculpado es incluso *inocente*, pero por la dificultad de probarlo tiene que negociar al menos para lograr una sanción menor.<sup>36</sup>

2. Por lo que hace al sistema procesal penal  *europeo*,<sup>37</sup> éste también ha tenido la influencia del sistema angloamericano, concretamente en el uso de este mecanismo del *plea-bargaining*, razón por la cual éste ha sido fuertemente cuestionado. Así, por ejemplo, el profesor Schünemann sostiene que “el procedimiento penal continental europeo ha entrado en una crisis profunda e incomparable justamente por la adopción del *plea bargaining*, una crisis vital para la estructura de un estado de derecho liberal y una crisis de sobrevivencia, que no puede ser captada, o no quiere serlo, por los profesionales que actúan en el proceso”.<sup>38</sup> Schünemann considera<sup>39</sup> que las “negociaciones” o “acuerdos informales” no sólo son “cuerpos extraños en el sistema

<sup>36</sup> Además, entre los efectos negativos del *plea-bargaining* se señalan los siguientes: a) El District Attorney usurpa atribuciones judiciales y, por ello, la función judicial se ve menguada; b) con la desaparición efectiva del juicio oral también cambian las funciones de los defensores, pues la estructura del proceso cambia radicalmente; c) el tipo de transacción que implica el *plea-bargaining*, que es llevado a cabo detrás de la pantalla, a puerta cerrada, conduce a grandes insatisfacciones y sospechas, a veces fundadas, de irregularidades en la administración de justicia; d) el sistema es manipulable sobre todo por experimentados delincuentes, quienes son procesados varias veces y salen beneficiados injustificadamente; en cambio, el principiante —y especialmente el pobre— recibe un trato menos favorable; entre otros. Véase H. Cooper, *Op. cit.*, pp. 70 y s.; asimismo, Helen Silving, *Essays on Criminal Procedure*, Buffalo, N. York: Dennis and Co., 1964, y *Criminal Justice*, Vol. I, Puerto Rico, 1971.

<sup>37</sup> Sobre el derecho procesal penal europeo, véase: Roxin, Claus, *Strafverfahrensrecht*, 22. Auflage, Verlag CHBeck, München, 1991; Baumann, G., *Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts*, 3a. ed., München, 1979; Gimeno Sendra, *El nuevo proceso penal* (con otros), Valencia, 1989; Gómez Colomer, *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*. Bosch, Barcelona, 1985; Maier, Julio, *La ordenanza procesal penal alemana*, 2 vol., Depalma, B. Aires, 1978-1982; entre otros.

<sup>38</sup> Schuenemann, Bernd, “Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?)”, en *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*: “Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania”, Madrid, 1991, pp. 49 y ss.

<sup>39</sup> Contrariamente a lo que sostienen los prácticos alemanes, para quienes los acuerdos parecen ser no sólo una necesidad de la justicia y la duración de los procesos sino también

continental europeo”, sino que “constituyen la incisión más profunda en la evolución del proceso penal alemán desde 1879 y un hacha para las raíces de una tradición centenaria”. Que la idea utilitarista de los prácticos es engañosa, porque si bien ella trae consigo “una enorme reducción de exigencias técnicas y de la complejidad del trabajo, así como un aumento de las probabilidades de los éxitos profesionales”, no hay duda que mediante los acuerdos “se desnaturaliza completamente la estructura procesal del StPO, ya que se carece de casi todas las medidas cautelares necesarias contra su abuso”. Pero, además, con tal de acortar los procesos, los acuerdos lesionan el contenido material de las garantías procesales, como las de oralidad, mediación y publicidad, así como la presunción de inocencia por toda iniciativa de obtener una confesión antes de la práctica total de las pruebas en el juicio oral. Lo que, aunado a la renuncia del juicio oral y a una disminución de la pena basada solamente en el reconocimiento, total o parcial, por parte del acusado del contenido de la acusación, “nos ubica en una inversión de todos los valores y nos reconduce al procedimiento inquisitivo, contra el que se introdujo en el siglo XIX el bastión del juicio oral como centro del procedimiento penal”.<sup>40</sup>

En fin, Schünemann destaca la falta de compatibilidad de los acuerdos procesales con los fines procesales (como es la búsqueda de la “verdad material”) y los fines del derecho penal (como es la “justicia material”, que se basa en la idea de la culpabilidad por el hecho y en la individualización seria de la pena), afirmando: “El mero reconocimiento del hecho no constituye un fundamento suficiente para la determinación de la pena; el sometimiento a la sentencia que es consecuencia de una negociación sólo certifica la fuerza de la coacción estatal, pero poco dice sobre la inquebrantabilidad del derecho, razón por la cual no podría legitimar una atenuación de la pena; y, por último, la prevención general integradora se tiene que mover, de todos modos, en el ámbito de la prevención general intimidante, dado que de lo contrario no se estaría sancionando el hecho punible del autor sino su comportamiento procesal”.<sup>41</sup> Y concluye: “La introducción del *plea bargaining* norteamericano en el proceso penal continental europeo sólo ha permitido superar su crisis de una manera aparente; aún más, la ha profundizado transformando la búsqueda de la verdad

una forma de sustituir la idea de la retribución por la de prevención como fin de la pena, basada en la economía procesal y orientada al consenso.

<sup>40</sup> Schünemann, Bernd, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 56. Las cursivas son mías.

<sup>41</sup> *Op. cit.*, p. 57.

material en un *catch as catch can* (“agárrate como puedas”); por lo que, “la marcha triunfal del proceso penal norteamericano, considerada unilateralmente, sería lamentable y debería ser resistido en el actual desarrollo del sistema procesal penal europeo de una manera decidida, pues constituye una renuncia a las conquistas fundamentales del estado de derecho ya alcanzadas en el siglo XIX. La circunstancia de que muchos prácticos sean ciegos a este respecto y sólo tomen en consideración las ventajas analizadas al principio, no puede forzar a la ciencia del derecho a la resignación, sino que, por el contrario, exige un redoblamiento de los esfuerzos por impedir que se desmonte el proceso penal europeo fundado en los principios liberales del estado de derecho”.<sup>42</sup>

3. Reacciones contra este mecanismo también las ha habido en el ámbito *latinoamericano*, aunque con menor intensidad; así, el profesor Zaffaroni ha destacado que es una experiencia no deseable la adopción de la práctica de la *negociación* o acuerdo entre las partes, que no sería sino la práctica del *plea-bargaining* del sistema procesal norteamericano, pues “fácilmente se convierte en una fuente de extorsión que reemplaza a la tortura: quien carece de defensa de calidad no tiene otro recurso que admitir lo que se le ofrece en la negociación o regateo, pues de lo contrario se le amenaza con una pena mucho más grave”; además, “se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él”.<sup>43</sup> Lamentablemente, esta experiencia ya la han tenido algunas legislaciones en América Latina, sobre todo con el impulso de los neo-procesalistas.
4. Por razón de lo anterior, habrá que considerar seriamente los riesgos que implicará para el sistema procesal penal mexicano la inclusión de los *criterios de oportunidad* y del *reconocimiento de responsabilidad*, como mecanismos para despresurizar al sistema penal; pues, aún cuando ello conlleve la obtención de ciertos “beneficios”,<sup>44</sup> su aplicación puede ser desastroso, sobre todo si no se hace uso de criterios de ra-

<sup>42</sup> Schuenemann, Bernd, *op. cit.*, p. 58.

<sup>43</sup> Zaffaroni, E. R. (coord.), *El proceso penal. Sistema penal y derechos humanos*. Ed. Porrúa, México, 2000, p. 15; véase, también, del mismo, “Independencia y autonomía del poder judicial” (conf.), Eld-Cepolcrim, 2005.

<sup>44</sup> Como sería, por ejemplo, la disminución de la prisión preventiva, así como la disminución de la pena al imputado, o incluso si se quiere la celeridad en la “solución” del problema.

cionalidad en el proceso de implementación del nuevo sistema procesal penal, o se olvidan nuestras realidades nacionales y las raíces de nuestro derecho penal y procesal penal.<sup>45</sup> De ahí que, se espera que los operadores del nuevo sistema penal apliquen criterios de racionalidad en su aplicación, o al menos que no hagan un uso irracional de tales mecanismos, para evitar que el sistema procesal penal se desvirtúe y se desprestigie.

Si desde siempre ha existido la idea de que el sistema de justicia penal y, concretamente, el sistema procesal penal se ajusten a los principios de corte liberal y democrático en la consecución de sus objetivos, no hay razón para prescindir de esta aspiración. Por razones de congruencia, la adopción de ciertas estrategias político-criminales y de ciertos criterios procesales debe hacerse observando los *límites* que imponen dichos principios propios del Estado liberal y democrático de derecho<sup>46</sup>. La adopción del *plea bargaining* del sistema procesal angloamericano, que tiene una raigambre diferente, puede por ello constituir una mala experiencia para el sistema procesal penal mexicano<sup>47</sup>; pues, aún con las variantes introducidas en el CNPP, su uso puede convertirse en una fuente más de *extorsión* y de *corrupción*, además de otras consecuencias no deseables, sobre todo en una realidad como la nuestra, que sin duda es distinta a la estadounidense o europea.

### III. CONCLUSIONES

Para concluir, se reitera que, así como los criterios de oportunidad y el proceso abreviado no son partes esenciales o las más características del sistema procesal penal acusatorio, aún cuando ellos se hayan convertido en una práctica muy común en este tipo de sistemas, como lo muestra el sistema procesal angloamericano, lo propio puede decirse con relación a la negociación o los acuerdos procesales (*plea bargaining*), cuya práctica se introdujo no tanto por ser una parte esencial del sistema sino por razón de exigencias político-criminales motivadas por la *crisis* que comúnmente atraviesan los sistemas

<sup>45</sup> Que, como se ha dicho, formalmente se sustentan en principios liberales y democráticos del Estado de derecho.

<sup>46</sup> Entre los que destacan el principio de *legalidad* y el de “*presunción de inocencia*”, el que no hay duda que se ve menoscabado por el simple “*reconocimiento de responsabilidad*” y la consecuencia que éste conlleva.

<sup>47</sup> Como ya lo ha hecho notar Jesús Zamora Pierce en diversos escritos sobre la reforma; véase, también, Moisés Moreno Hernández, *Retos del sistema procesal penal en México*, Inacipe, México, 2004.

procesales penales en determinados momentos de su desarrollo, como es la *falta de capacidad* para resolver un mayor número de problemas en la forma normal ideada por el mismo sistema. Es decir, al reconocer su propia incapacidad para atender al menos un número razonable de asuntos que llegan al sistema, aplicando los principios y criterios que le son característicos, éste se ha visto obligado a apoyarse de otros mecanismos que lo pueden hacer más funcional, como ha sido el caso del *plea bargaining* que, aparte de reducir ciertas exigencias formales y materiales, tiene como beneficio una considerable reducción de la pena para el acusado que de antemano reconozca su culpabilidad.

Por lo tanto, si ahora el objetivo del sistema es propiciar que el acusado “reconozca su culpabilidad”, para que sólo un porcentaje mínimo de asuntos llegue a la audiencia de juicio oral,<sup>48</sup> ello también indica que la mayoría de las resoluciones judiciales siempre se traducirá en una “sentencia condenatoria”; y se llegará así a la situación característica en el sistema angloamericano, de que en un gran porcentaje de los casos el condenado entrará en la fase de ejecución de la pena sin haber sido procesado en la forma tradicional, como lo exige el debido proceso penal. Pero, con ello, además, al imputado se le sentenciará y sancionará sin que se acredite siquiera el primero de los presupuestos necesarios para la imposición de una pena, que son los “elementos del tipo penal” del delito de que se trate (“*tipicidad*”).<sup>49</sup> El hecho de que el imputado reconozca haber intervenido en la comisión de un delito, ya sea como autor o como partícipe, sin duda es un dato importante, pero ello no indica que se colmen todos los elementos del tipo penal ni mucho menos que se acrediten los requisitos necesarios de su *culpabilidad*, o incluso que él haya actuado contrariamente al derecho.

Entonces, ¿con base en qué se le condena?; ¿dónde quedan las exigencias del derecho penal material?, y ¿dónde queda la misión fundamental del proceso penal, de buscar la “verdad material”, que es un derecho no sólo de los victimarios sino también de las víctimas? Todo parece indicar que el nuevo sistema ha claudicado a todo ello, al renunciar al juicio oral

<sup>48</sup> Es claro que los países que tienen el juicio oral, como es el caso de los Estados Unidos de América, sólo lo aplican en un porcentaje demasiado reducido (alrededor del 5% o menos); en algunos Estados de la República que ya lo han implantado sólo lo aplican de manera excepcional y para casos poco trascendentes.

<sup>49</sup> De ahí la gran resistencia de los prácticos de precisar en la ley los requisitos tanto para el ejercicio de la acción penal y la orden de aprehensión como para el auto de vinculación a proceso, para esclarecer los alcances de los nuevos contenidos materiales a que hacen referencia los artículos 16 y 19 constitucionales sobre esta materia.

y a los derechos y garantías que en él se pueden observar, donde también dicha verdad puede aflorar. Es decir, el CNPP ha optado por someterse a un procedimiento regido por acuerdos o negociaciones en lugar de un procedimiento con plenas garantías, evitando con ello el juicio y, por tanto, el debido proceso, pero no ha prescindido de la sentencia y la pena.

## CRITERIOS DE OPORTUNIDAD

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL\*

SUMARIO: I. *Reflexiones preliminares*. II. *Criterios de oportunidad en el Código Nacional de Procedimientos Penales*.

### I. REFLEXIONES PRELIMINARES

A) Los criterios de oportunidad aparecen por primera vez, en el marco de la justicia penal, en el párrafo séptimo del artículo 21 constitucional. Dicho párrafo se incorporó en la reforma penal constitucional de 2008 (publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008).<sup>1</sup> En él se postula que “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

Se adujo en ese entonces, como objetivo fundamental de la adopción de estos criterios, la descongestión en cuanto a cargas de trabajo del sistema de justicia penal; es decir, evitar la saturación del trabajo, tanto en las procuradurías como en los tribunales, con delitos poco trascendentes que “no afectan el interés público”, para poder concentrarse en la investigación y persecución de los delitos más graves que lesionan bienes jurídicos de mayor entidad.

En su Dictamen sobre la reforma constitucional, las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados manifestaron que “La aplicación irrestricta del principio de oficialidad en la persecución penal genera una sobrecarga del sistema de justicia con delitos menores que en nada afectan el interés público, pero que las autoridades de persecución penal se ven precisadas a

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Vicepresidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> La reforma constitucional de 2008 recayó en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; asimismo, en las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y en la fracción XIII del apartado B del artículo 123.

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”.

A este respecto habría que señalar, de manera enfática, que para no perseguir esos delitos menores —denominados también de “bagatela”— y que “en nada afectan el interés público”, habría que suprimirlos del ordenamiento penal sustantivo por no proteger bienes jurídicos de la jerarquía elevada, cuya protección corresponde al Derecho penal, o sea destipificarlos, de acuerdo con los principios de intervención mínima, de subsidiariedad y fragmentariedad<sup>2</sup> y no buscar caminos erráticos que trastocuen todo el sistema de justicia penal.

Por otra parte, si los códigos penales, por política criminal, tipifican conductas que merecen sanción y, por tanto, deben perseguirse y sancionarse y, a la vez y también por política criminal (economía procesal), no se van a perseguir ni se van a punir (porque así se consigna en el ordenamiento procesal), estamos ante una paradoja que revela una política criminal contradictoria e irracional.

“El problema de fondo es que implícitamente se reconoce la existencia de tipos penales que el mismo Estado considera inútiles, demasiado onerosos en su persecución o, simplemente, inaplicables”.<sup>3</sup>

De insistir en los absurdos planteados en el Dictamen de la Cámara de Diputados (antes anotado), podríamos llegar al extremo absurdo de ir agregando “criterios de oportunidad” a los ya existentes en el Código Nacional de Procedimientos Penales, en lugar de cancelar tipos penales innecesarios en los ordenamientos penales. Todo esto desvanece el principio de certeza jurídica.

<sup>2</sup> Gallardo Rosado, Maydeli opina que “la sobresaturación del trabajo del sistema penal no es causado por la aplicación irrestricta del principio de legalidad en materia procesal penal, sino por una deficiente técnica legislativa que no ha sabido ser respetuosa de los principios rectores de derecho penal, como lo es el de mínima intervención (subsidiariedad o *ultima ratio* y carácter fragmentario)”, *El nuevo rostro de la justicia penal en México. Principio de Oportunidad*, Ed. Porrúa, México, 2011, p. 82.

<sup>3</sup> Natarén Nandayapa, Carlos F., “Breves reflexiones sobre algunos de los retos en el diseño del nuevo proceso penal ordinario”, en García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal. Jornadas sobre Justicia Penal*, coordinadores: Sergio, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2009, p. 250.

En consideración a estas y otras situaciones desviadas, pensamos que lo pertinente sería el diseño racional y consistente de una política criminal integral, fundamentada en un diagnóstico de la situación social real que se vive en nuestro país como consecuencia de la inseguridad, la violencia y la impunidad, que nos asuelan.

B) Desde que apareció la reforma constitucional la doctrina mexicana se presentó dividida. Un grupo de juristas estuvo de acuerdo con estos criterios, considerando que la oportunidad reglada no contraviene el principio de legalidad; que diversos países los han adoptado y que en varios Estados de la República, a partir de la reforma constitucional, los incorporaron a sus ordenamientos procesales.<sup>4</sup> También se ha indicado que los criterios de oportunidad tienen su fundamento en el Derecho Internacional de los derechos humanos, particularmente en las denominadas “Reglas de Tokio”;<sup>5</sup> asimismo, se dice que son criterios de selección y depuración del sistema penal que evitan el inicio de procesos penales innecesarios, lo cual permite economizar recursos. Se afirma, también, que la oportunidad reglada no contraviene el principio de legalidad y que su aplicación tiene efectos favorables para descongestionar las prisiones.<sup>6</sup>

Por otro lado, un número considerable de especialistas en la materia manifestaron su reprobación respecto de la disposición constitucional. Se ha considerado que con la adopción de esos criterios se faculta al Ministerio Público para no ejercitar la acción penal aunque tenga pruebas suficientes para hacerlo, lo cual vulnera, sin más, el principio de legalidad (de necesidad y de oficialidad), y se opta por una salida falsa, práctica, de “economía procesal” a los problemas que requieren una justicia verdadera. Con estos criterios se da la espalda a los principios liberales y democráticos que han nutrido el sistema de justicia penal y, particularmente, el ejercicio de la acción penal.

<sup>4</sup> Así: Baja California, Chihuahua, Durango, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas.

<sup>5</sup> Carbonell, Miguel. *Los juicios orales en México*, México, Porrúa-UNAM, 2010, p. 157.

<sup>6</sup> Vasconcelos Méndez, Rubén señala como fines de los criterios de oportunidad los siguientes: “...aplicación justa e igualitaria del Derecho; el descongestionamiento del sistema judicial; la canalización de recursos económicos, materiales y humanos sólo a ciertos delitos; la concentración en los asuntos más trascendentes y que más daño causan a la sociedad, distinguiendo entre criminalidad mayor y menor; la resolución, de forma rápida, justa y equitativa, de los conflictos derivados de la comisión de delitos; el impulso hacia un proceso de descriminalización, ya que si bien el principio no trata de deslegalizar si provoca que ciertos delitos, bajo determinados supuestos, no sean perseguidos; y la reinserción de las personas que han delinquido a la sociedad”. *Constitución, Ministerio Público y principio de oportunidad*, en *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 8, año 2009, México, p. 57.

Otro debate, suscitado por la adopción de los criterios de oportunidad, es el referente a si los principios de fragmentariedad y subsidiariedad —que siempre han correspondido al derecho penal sustantivo— pueden hacerse valer por el derecho procesal penal como enmienda del derecho penal.<sup>7</sup>

C) Ante todo lo apuntado, es importante tener presente que la Constitución de 1917 instauró un integral sistema de justicia penal, rigurosamente respetuoso de la división de poderes y de los principios que rigen en un Estado Democrático de Derecho, entre ellos el muy fundamental principio de legalidad. Dicho principio, al decir del Dr. García Ramírez, “generalmente comporta una garantía para los ciudadanos y un seguro de buena marcha —no arbitraria, en todo caso— de la procuración e impartición de justicia”<sup>8</sup>. En este sistema de justicia penal el Ministerio Público tiene como función primordial la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal sin distorsiones. De manera muy precisa, en el artículo 21 se disponía: “La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél”; y en el ámbito federal, en el artículo 102 se preveían las funciones específicas del Ministerio Público. En esta línea de ideas, el Ministerio Público tenía el monopolio del ejercicio de la acción penal, como representante de los intereses sociales que lleva a juicio.

Como bien lo ha expresado el doctor Zamora Pierce: “La acción penal no le pertenece [al Ministerio Público] como un derecho y su ejercicio se le impone como un deber”.<sup>9</sup> “No estaba en manos del Ministerio Público

<sup>7</sup> “La doctrina se encuentra dividida en este sentido, particularmente, en razón de que el principio de intervención mínima es entendido por algún sector, como un presupuesto del derecho penal material que de ninguna forma podría ser visto como un ideal del derecho procesal. Empero, si el derecho procesal penal permite hacer realidad los fines del derecho penal sustantivo, ahí en donde el legislador ha faltado al carácter fragmentario y a la naturaleza subsidiaria del derecho penal, bien puede aparecer como elemento corrector el derecho procesal penal por la vía del principio de oportunidad”. Merino Herrera Joaquín, Ochoa Romero Roberto Andrés *et al.*, *El proceso de aplicación de los criterios de oportunidad*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, p. 13. Véase en <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/El-proceso-de-aplicacion-de-los-criterios-de-oportunidad.-Merino-Herrera-Ochoa-Romero-Rosas-Barcena.pdf>.

<sup>8</sup> Además, agrega que al principio de legalidad “se le asocian las ventajas de que destierra la arbitrariedad y elimina las confabulaciones entre el inculpado y la autoridad persecutoria. En cambio, bajo el prisma de la oportunidad el Ministerio Público ha de resolver sobre el ejercicio de la acción penal (dados los supuestos legales), habida cuenta de motivos de conveniencia (frecuentemente política) que pudiera hacer desaconsejable, en la especie, la persecución del delito”. *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?* Ed. Porrúa, México, 2008, pp. 39 y 40.

<sup>9</sup> *Juicio Oral. Utopía o realidad*, Editorial Porrúa, México, 2012, pp.49.

abstenerse de promover el proceso resolviendo por sí y ante sí sobre la conveniencia de hacerlo”.<sup>10</sup>

La distorsión de la Institución del Ministerio Público fue sobreviniendo en la práctica, avalada, en muchos casos, por los códigos de procedimientos penales, que le fueron otorgando facultades para investigar y decidir por sí y ante sí, sin la intervención del juez y de la defensa. Por otra parte, el incremento desmedido del crimen organizado se ha utilizado como justificación para “flexibilizar” la actuación del Ministerio Público, en algunos casos, hasta con violación a los derechos humanos.

D) En la reforma penal constitucional de 2008, se introducen, en relación al Ministerio Público, entre otros, dos cambios trascendentes en el artículo 21: a) Se da cabida a la acción penal ejercida por particulares, con lo cual se extingue el monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público<sup>11</sup>, y b) Se incorpora, como ya se anotó, la facultad del Ministerio Público de tomar en consideración, para el ejercicio de la acción penal, los criterios de oportunidad en “los supuestos y condiciones que fije la ley”.

## II. CRITERIOS DE OPORTUNIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

A) Ahora bien, el Código Nacional de Procedimientos Penales (publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014) regula, de manera específica, los criterios de oportunidad en los artículos 256, 257 y 258. En el artículo 256 se recogen estos criterios en siete fracciones.

Sobre estas fracciones me permitiré apuntar, sintéticamente, algunas reflexiones. Pero antes estimo pertinente anotar lo expuesto en el “Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Se-

<sup>10</sup> *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿Democracia o autoritarismo?*, Porrúa, México, 2008, p. 39.

<sup>11</sup> A este respecto, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estatutos Legislativos del Senado de la República se inscribe: “En relación con el ejercicio de la acción penal, y con el ánimo de hacer congruentes todas las modificaciones al sistema de procuración y administración de justicia que contempla esta reforma, se hace evidente la necesidad de romper con el monopolio de la acción penal que actualmente tiene el Ministerio Público. En efecto, esta reforma abre la posibilidad de ejercer directamente la acción penal por parte de de (*sic*) 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”.

gunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales”. En este documento se argumenta, como justificación de estos criterios: “La aplicación de este principio [se refiere a los criterios de oportunidad] implica un verdadero cambio de paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia. Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad, —ya no de arbitrariedad— a través de los cuales el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano...”. Este razonamiento es, en mi opinión, un absurdo del legislador y un atropello a la justicia mexicana se agrega, además, en dicho Dictamen, que tales criterios “no representan en ningún caso mecanismos de despresurización del sistema de justicia penal, sino la expresión de una política criminal enfocada en aumentar la efectividad del sistema de justicia en la persecución de los delitos que más afectan la percepción de inseguridad e impunidad de la ciudadanía”.

Con estas palabras contradice lo afirmado en el Dictamen de las Comisiones Unidas de la Cámara de Diputados a propósito de la reforma constitucional de 2008.

Procederé a comentar los casos en que operan los criterios de oportunidad.

#### Fracción I

Se trate de un delito que no tenga pena privativa de libertad, tenga pena alternativa o tenga pena privativa de libertad cuya punibilidad máxima sea de cinco años de prisión, siempre que el delito no se haya cometido con violencia.

Los primeros dos supuestos no presentan problema alguno porque, desde antes de aparecer el Código Nacional de Procedimientos Penales, ya estaban previstos en los diversos códigos de procedimientos penales como excepciones a la procedencia de la privación de libertad. En cuanto a la tercera hipótesis se advierte que la única salvedad es que el delito “no se haya cometido con violencia”.

Debe subrayarse que en el grupo de delitos cuyo máximo es de cinco años de prisión, quedan comprendidos diversos supuestos delictivos que merecen especial atención por su gravedad y por su relevancia en cuanto al interés social; entre otros, los delitos cometidos por servidores públicos, tales como los así dispuestos en el Código Penal Federal: el Ejercicio abusivo de funciones (Art. 214), el Cohecho (Art. 222), el Peculado (Art. 223), y el Enriquecimiento ilícito (Art. 224), cuando el monto distraído, la cuantía de las operaciones o los fondos utilizados indebidamente, la dádiva o promesa no

exceda del equivalente de quinientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito (cinco mil veces dicho salario tratándose del enriquecimiento ilícito). En todos estos delitos se impondrá prisión de tres meses a dos años, multa de treinta a trescientas veces el salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal en el momento de cometerse el delito y destitución e inhabilitación de tres meses a dos años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Si en estos casos el Ministerio Público aplica el criterio de oportunidad, el servidor público no será separado de su cargo ni será inhabilitado; ¿seguirá actuando delictivamente. ¿Qué hará el Ministerio Público? El Código Nacional de Procedimientos Penales no lo prevé. Asimismo, se abarcan los delitos de lesiones: cuando dejen en el ofendido “cicatriz en la cara perpetuamente notable”, cuando: perturben para siempre la vista o disminuyan la facultad de oír y cuando entorpezcan o debiliten órganos, miembros o facultades. Todas estas situaciones son muy graves y con la aplicación del criterio de oportunidad quedarán impunes.

Los citados delitos regulados en el Código Penal Federal, se encuentran consignados en la misma forma en el ordenamiento penal para el Distrito Federal, y en varios códigos penales de los Estados de la República.

## Fracción II

Se trate de delitos de contenido patrimonial cometidos sin violencia sobre las personas o de delitos culposos, siempre que el imputado no hubiere actuado en estado de ebriedad, bajo el influjo de narcóticos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

En cuanto a los delitos “de contenido patrimonial cometidos sin violencia”, no se hace mención de la cuantía, lo cual es grave porque para los efectos de la aplicación de criterios de oportunidad hubiera sido importante precisar límites mínimos y máximos, como se hace en los ordenamientos penales en relación con el robo, al fraude y en general con la mayoría de estos delitos patrimoniales.

Por otra parte, los delitos fiscales tienen contenido patrimonial y, sin embargo, se excluyen de la aplicación de los criterios de oportunidad, con lo cual se viola el principio de igualdad. Además, resultaría mejor que el imputado pague una multa elevada y repare íntegramente el daño causado.

Por lo que respecta a los delitos culposos, debe advertirse que entre ellos hay supuestos sumamente graves y, no obstante, el Código Nacional de Procedimientos Penales no hizo ninguna distinción: los abarcó a todos.

En el Código Penal para el Distrito Federal (Art. 76), así como en la mayoría de los ordenamientos penales de las diversas entidades federativas, se adopta, en relación a los delitos culposos, el sistema de *numerus clausus*; lo que significa que los delitos sancionables cometidos en forma culposa se prevén en un catálogo limitado. El artículo 76 del ordenamiento Penal para el Distrito Federal, que contiene este catálogo de delitos, incluye: el homicidio simple (art. 123), las lesiones tipificadas en el artículo 130: que tardan en sanar más de 15 días y menos de 60 días (F-II); las que tardan en sanar más de 60 días (F:III); las que dejan cicatriz permanentemente notable en la cara (F-IV); las que disminuyen alguna facultad o el normal funcionamiento de un órgano o de un miembro (F.V); las que produzcan la pérdida de cualquier función orgánica, de un miembro, de un órgano o de una facultad, o causen una enfermedad incurable o una deformidad incorregible (F:VI), y las que pongan en peligro la vida (F-VII). Además, se encuentra la evasión de presos, prescrita en los artículos 304 y 305 y 306, fracción II y 309 párrafo segundo. La fracción II del artículo 306 contempla el supuesto de que sea el servidor público en funciones de custodia el que indebidamente ponga en libertad o favorezca la evasión. Así como esos delitos, hay otros más cuya conducta no puede quedar impune, aunque sea culposa.

El Código Penal Federal, en el capítulo concerniente a la: “Aplicación de sanciones a los delitos culposos”, estatuye, en el artículo 60, casos similares a los consignados en el Distrito Federal.

### Fracción III

Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído [no dice que “padezca”, lo que sería más adecuado] una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena.

Este y otros criterios humanitarios ya están contenidos en la mayoría de los códigos penales de los Estados de la República, en el Distrito Federal, y en el Federal. La regulación, en el ordenamiento penal, es la correcta porque se trata de ausencia (o, en algunos casos, de disminución) de punibilidad, y el establecimiento de punibilidades compete precisamente al Derecho penal sustantivo.

Si se aplicara alguna pena se afectarían más y de manera innecesaria aspectos psíquicos, a veces irreversibles.

El Código Penal para el Distrito Federal recoge estos casos en los artículos 75 y 75 Bis, y el Código Penal Federal los postula en el artículo 55.

#### Fracción IV

La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta al inculpado por otro delito, o la que podría aplicarse al mismo por otros delitos o bien, por la pena que previamente se le haya impuesto o podría llegar a imponérsele en virtud de diverso proceso tramitado en otro fuero.

La redacción de esta fracción es, además de imprecisa y ambigua, incompleta: no apunta los datos que son necesarios para saber por qué la pena que podría aplicarse carece de importancia frente a la otra pena ya impuesta o que podría imponerse en otro juicio del mismo fuero o de fuero distinto.

En el texto se plantean tres supuestos poco claros. De su lectura podría interpretarse que en todos se dispone que la pena o la medida de seguridad que corresponden al delito, respecto del cual el Ministerio Público está facultado para no perseguir, son menores en relación con las ya impuestas a otros delitos o que podrían llegar a imponerse. En resumen, se pretende prescindir de la pena o medida de seguridad de menor gravedad o relevancia.

Con este criterio de oportunidad, por un lado, se está premiando algo parcialmente similar a la reincidencia y, por otro, sin más se está beneficiando al imputado al no aplicarle la pena que merecería por el delito menor cometido. En lenguaje más claro: la fracción pudiera verse como una invitación a delinquir.

#### Fracción V

Cuando el imputado aporte información esencial para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, la información que proporcione derive en la detención de un imputado diverso y se comprometa a comparecer en juicio. En estos supuestos, los efectos del criterio de oportunidad se suspenderán hasta en tanto el imputado beneficiado comparezca a rendir su declaración en la audiencia de juicio.

Es oportuno tener presente que la reforma constitucional en materia penal de 2008, introdujo, en el artículo 20, Apartado B (Derechos del imputado), fracción III párrafo segundo, un postulado lamentable: “La ley establecerá beneficios a favor del inculpado, procesado o sentenciado que presente ayuda eficaz para la investigación y persecución del delito en materia de delincuencia organizada”. Pero cabe destacar que estas ideas no son nuevas, empiezan a surgir con motivo de la elaboración de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que data de 1996 (7 de

noviembre). En dicha Ley, se introdujeron, por primera vez, esta clase de medidas reprobables.<sup>12</sup>

Ahora, con el criterio de oportunidad —que nos ocupa— se propone, como providencia inteligente, la negociación de las autoridades con los delincuentes. Tales providencias, además de hacer patente la falta de capacidad de las autoridades para combatir la delincuencia y la inseguridad, abren la puerta a la corrupción.

Por otra parte, estas disposiciones desesperadas e irreflexivas, que antes sólo se referían a la delincuencia organizada, se han ido expandiendo en los ordenamientos procesales y han contaminado todo el sistema de justicia penal hasta convertirse en una auténtica compraventa de la impunidad.

Ante estas distorsiones de la justicia penal cabe preguntarnos —algo que yo me pregunto a menudo— ¿realmente estamos transitando por un auténtico Estado Democrático de Derecho o sólo lo pregonamos?<sup>13</sup>

#### Fracción VI

Cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa.

Este supuesto es el clásico en el que, sin discusión, debe procederse a la destipificación de la figura delictiva en el Código penal que la contenga. El problema es de carácter penal sustantivo. No hay razón para que el ordenamiento procesal proponga soluciones que jurídicamente son inadecuadas.

En cuanto al texto procesal propuesto vale preguntar: ¿Para quién es poco significativa la afectación del bien jurídico? ¿Para el imputado, para el afectado o para la sociedad? El texto no ofrece respuesta alguna.

Otros ordenamientos procesales de diversas entidades federativas, a propósito de un criterio similar, aluden a “hechos insignificantes de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución a éste” Así, los Estados de Morelos, Michoacán, Oaxaca, Zacatecas, Yucatán y Chiapas. Por su parte, Durango, Chihuahua, Tlaxcala, Baja California e Hidalgo, de manera un poco más clara, se refieren a “un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado”.

<sup>12</sup> El doctor Sergio García Ramírez afirma que la reforma penal constitucional, “introdujo mecanismos de negociación entre el Estado y el delincuente sometiendo la justicia penal al juego de la oferta y la demanda. Y lo peor, engendró una cultura penal que hoy lucha por sus fueros” a dos lustros de distancia, los resultados de esa ley son ampliamente sabidos por la opinión pública, *op. cit.*, nota 10. *La reforma penal constitucional 2007-2008, ¿Democracia y autoritarismo?*, p. 51.

<sup>13</sup> Islas de González Mariscal, Olga. *La justicia penal en la reforma constitucional de 2008*, en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coords.), *La reforma constitucional en materia penal*, IX Jornadas de Justicia Penal, IJ-UNAM-Inacipe, México 2009, p. 226.

De cualquier manera, el texto que se adopte no cambia el fondo del problema: la única solución es la cancelación de los tipos penales que tutelan bienes jurídicos que no son de la jerarquía de los que debe tutelar el ordenamiento penal.

#### Fracción VII

Cuando la continuidad del proceso o la aplicación de la pena sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal.

El contenido de esta fracción es francamente arbitrario: establece la discrecionalidad más amplia del Ministerio Público en la persecución del delito. Además, la redacción es vaga y ambigua.

Aquí es importante subrayar lo que ha afirmado en conferencias la ex Ministra Victoria Adato: “En ningún artículo del Código Nacional de Procedimientos Penales, ni de otro ordenamiento, se establecen cuáles son los fines preventivos de la política criminal”. En otras palabras: la persecución de los delitos queda subordinada a las consideraciones subjetivas del Ministerio Público.

Por otra parte, frente a este criterio de oportunidad tenemos, como principio general del proceso penal, lo postulado en la fracción I del apartado A del artículo 20 constitucional, que a la letra dice: “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”. Se transgrede, en consecuencia, uno de los principios básicos de la norma suprema.

B) Una vez concluido el señalamiento de los casos en que operan los criterios de oportunidad, el CNPP, en un párrafo dispuesto en el mismo artículo 256, se establecen los delitos en relación a los cuales no es aplicable el criterio de oportunidad. Dichas excepciones son: los delitos “contra el libre desarrollo de la personalidad, la violencia familiar, los delitos fiscales y aquellos que afecten gravemente el interés público.

La excepción expresa es innecesaria porque ninguno de esos delitos tiene cabida en las fracciones en las que se consignan los criterios de oportunidad.

Estos delitos, sin excepción, deben perseguirse con eficiencia porque afectan bienes jurídicos que deben protegerse rigurosamente por la lesividad que entrañan y por su trascendencia social.

Se observa que no se hace referencia a los delitos cometidos por servidores públicos, lo cual me parece una omisión grave porque si en las instituciones de procuración de justicia se perciben desvíos, atropellos, corruptelas,

falta de profesionalismo y hasta colusión con miembros de la delincuencia organizada, ello debiera determinar que en esos casos las autoridades fuesen más exigentes.

En el párrafo siguiente se apuntan las bases para aplicar los criterios de oportunidad. Se alude a razones objetivas y sin “discriminación”, pero ¿a qué se refiere esa discriminación, a las personas o a los delitos? se dice, además, que el análisis se hará “valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código”, lo cual es correcto, pero se añade que en esa valoración deberán, también considerarse los “criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”. Cabe preguntarse: ¿Cuáles son esos criterios generales? No se precisa nada, no obstante en el párrafo introductorio de este artículo (256) se anota que el análisis objetivo (de los datos que consten en la investigación) se hará conforme a “las disposiciones normativas de cada Procuraduría”. Este señalamiento pudiera considerarse menos impreciso porque puntualiza que se trata de “disposiciones normativas”. Sin embargo, tales “disposiciones”, que pueden ser: reglamentos, circulares o acuerdos, no son conocidas por el público en general; por ende, no son conocidas ni por el imputado que es el beneficiado ni por la víctima que posiblemente sufra el daño; además, pueden ser cambiadas o modificadas con facilidad; por lo cual producen inseguridad tanto para el imputado como para la víctima. En resumen, esta alusión podría transgredir el párrafo segundo del artículo 14 constitucional.

En los dos últimos párrafos se indica que los criterios de oportunidad se pueden aplicar “hasta antes de que se dicte el auto de apertura al juicio” y que esta aplicación debe ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad.

El efecto de la aplicación de los criterios de oportunidad se regula en el artículo 257. En su primer párrafo, se determina que dicho efecto es la extinción de la acción penal, pero, además, establece reglas para la aplicación respecto a los autores o partícipes en los diversos supuestos en que se permite la aplicación de los criterios de oportunidad. En el caso de la fracción IV, se suspende el ejercicio de la acción penal.

Como conclusión me parece que estos criterios de oportunidad, aunque en otros países hayan dado buenos resultados en cuanto a la economía procesal, no son precisamente el faro de luz en el sistema de justicia penal mexicana, como se les quiere presentar.

Con la aplicación, de los criterios de oportunidad se va a incrementar, la desconfianza de los denunciantes y querellantes respecto a la impartición de justicia ¿Tendrá sentido formular la denuncia o la querrela si la investigación quedara inconclusa como consecuencia de la aplicación de un criterio

de oportunidad? Ello, de manera inevitable, suscitará un sentimiento de frustración que se va agregar al daño sufrido por el delito?

Estoy segura que con la aplicación de tales criterios sí se van a descongestionar las procuradurías y a los tribunales de las cargas de trabajo, pues un número considerable de delitos no se van a perseguir; pero yo me pregunto: ¿Es el camino que se debe tomar? ¿Es la ruta que queremos para el sistema de justicia penal mexicano: evitarles trabajo a los tribunales con merma de la justicia e incremento de la impunidad?



## ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PREVIA DEL JUEZ DE CONTROL: CNPP

Cuatro cosas le pertenecen a los jueces;  
escuchar correctamente, contestar sabiamente,  
considerar todo sobriamente, y decidir imparcialmente.

SÓCRATES

No hay otra virtud más grande y divina que la justicia.

ADDISON

Pedro Pablo CARMONA SÁNCHEZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes conceptuales e históricos*. III. *Bases constitucionales*. IV. *Ámbito normativo en los actos de investigación*. V. *Artículo 252 del CNPP: actos de investigación que requieren autorización previa del juez de control*. VI. *Concepto de técnicas de investigación*. VII. *Principios que rigen la investigación deberán realizarse con la estricta observancia de los principios que rigen la investigación*. VIII. *Clasificación de las técnicas de investigación*. IX. *Técnicas de investigación que requieren autorización del juez de control*. X. *Protocolo de una exhumación judicial*. XI. *Protocolo de una exhumación*. XII. *Protocolo de Minnesota en la exhumación*.

### I. INTRODUCCIÓN

Los derechos del hombre al ser considerados como el conjunto de potestades, prerrogativas y libertades al ser humano, por el solo hecho de formar parte de la especie humana como tal, vinculados con la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y psíquica o mental, fue necesario que en el nuevo proceso penal acusatorio y oral, del Código Nacional de Procedimientos Penales contar con la figura y representación del *Juez de Control* o de *Garantías*, quien

\* Doctor en Derecho por la UNAM. Especialidad en Derecho Penal por la UP. Profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM, en el Inacipe y en otras Universidades.

es el titular del Órgano Jurisdiccional unipersonal y letrado, con competencia para ejercer las atribuciones que la ley le reconoce desde el inicio de la etapa preliminar hasta juicio oral que da término al procedimiento intermedio.

El derecho de acceso a la justicia previsto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra referido o sobredicho a la función jurisdiccional desarrollada por los tribunales federales y del fuero común, pero también deberá de entenderse vinculado, particularmente en tratándose de la justicia penal, con la investigación y persecución de los delitos, función asignada o encomendada por el Estado al Fiscal Federal o Ministerio Público de la Federación, conforme a los artículos 21 y 102, apartado A, constitucionales, pues tal prerrogativa contiene como presupuesto lógico, la practica efectiva, segura y cierta, en la investigación de los delitos.

En esa virtud, estableceremos las fases en que se divide el sistema penal acusatorio, ante los nuevos retos de la reforma penal, los fundamentos que dan facultad al Fiscal Federal o Ministerio Público de la Federación, de iniciar la búsqueda de los *datos de prueba* que le permitan conformar o robustecer todos aquellos *medios de prueba* y así poder formular una acusación con sustento probatorio, empero, si bien el Representante Social de la Federación, tiene o posee de facultades amplias para la investigación de los delitos, no escapa a dichas actuaciones, todos aquellos actos en los que el Fiscal Federal o Ministerio Público de la Federación, deberá de solicitar la autorización previa del Juez de Control, para su realización.

Todo ello con estricto respeto y acatamiento a los *Derechos Humanos* contenidos en nuestra Carta Magna, lo que exige no invadir la esfera jurídica del propio gobernado, actuación o procedimiento ministerial que además, deberá de reunir los requisitos para efectos de su concesión, fundados bajo el sustento de datos suficientes que hagan necesaria y justificada la afectación de acceso a los derechos que protege cada acto de investigación y así evitar prácticas que violen los derechos humanos de los gobernados.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, establece las normas que se deberán observar en la investigación, durante el procedimiento y medios de prueba de los delitos federales y locales; establece los lineamientos para llegar a demostrar la verdad de los hechos que se busca, que se resguarde al inocente, castigar a los culpables, reparar el daño, que no constituyan actos de molestia, y no afecten el debido proceso, pero fundamentalmente respetando los Derechos Humanos, reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales.

La función del Juez de Control, es proteger a la persona investigada contra la perturbación indebida e ilegal que afecte los derechos fundamentales, que pueden acaecer en virtud de capturas, registros, exhumaciones,

cateos, incautaciones e intervenciones de comunicaciones. En el marco de su poder decisorio, el juez deberá ponderar intereses legítimos contrapuestos, por un lado la garantía del debido proceso para la persona investigada, y por el otro, la efectividad de la aplicación de ley penal fincada por el Estado. Así las afectaciones excepcionales de derechos fundamentales en el curso de la investigación penal, necesariamente deberán ser ordenadas en todos los casos por un Juez de Control de garantías de manera previa. Por ello la función principal del Juez es controlar la legalidad de la investigación que desarrolla el Fiscal Federal o Ministerio Público de las Federaciones, tanto respecto de aquellas actuaciones que impliquen o puedan significar la afectación de derechos fundamentales del imputado o de terceros, como en la resolución de solicitudes o decisiones que puedan dar lugar a una terminación anticipada del procedimiento.

El Juez de Control deberá de ponderar el correcto y necesario desenvolvimiento y desarrollo de la autoridad investigadora, con la debida preservación de los derechos humanos de toda persona indiciada, deberá de valorar la legalidad y legitimidad de la oficiosidad e intromisión de la autoridad en los derechos fundamentales, frente a las necesidades del perfeccionamiento en la investigación y persecución de los delitos para su debida pertinencia y eficacia.

## II. ANTECEDENTES CONCEPTUALES E HISTÓRICOS

La reforma del 18 de junio del 2008, implicó y generó modificación de diez artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que fundó y originó un cambio trascendental en la forma como se verifica el proceso penal en el Estado mexicano, por ello, la implementación del Sistema Acusatorio Adversarial en la Federación, los Estados y el Distrito Federal se rige ahora ya, a partir del respeto de los Derechos Humanos en virtud, de que el principio de presunción de inocencia se contempla en la Carta Magna, no solo de manera implícita sino tácitamente, lo que impone un eje rector en la forma como habrán de realizarse los actos de investigación por el fiscal federal o del fuero común como órgano ministerial.

En esa virtud, la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio del 2008, que concibe el *Sistema Procesal Penal Acusatorio*, previsto en los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, fracciones XXI y XXIII del Apartado B del artículo 123 de la Carta Magna, ha sido calificada, como el evento de mayor trascendencia en México, en torno a la materia procesal, dado que establece las bases de un sistema novedoso,

moderno, que distingue, entre las cualidades y condiciones, por el respeto al principio de presunción de inocencia y cuya fecha de aplicación se determina en el artículo segundo transitorio del decreto en comento<sup>1</sup>, mediante dos supuestos, cuando lo establezca la legislación secundaria o en el plazo que no exceda de ocho años a partir del día siguiente de la publicación de la reforma.

En cuanto al invocado dispositivo ha puesto también en la Federación, los Estados y el Distrito Federal, una exigencia que implica, se expidan o pongan en vigor, las modificaciones u ordenamientos necesarios para la incorporación del sistema con la declaratoria correspondiente, que corre a cargo de los órganos legislativos y a través de los medios de difusión, el anunciar la incorporación del sistema a sus ordenamientos.

En ese propósito, se destaca que si bien la Constitución Federal regirá la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales, bajo la óptica o lupa del sistema procesal acusatorio adversarial, corresponde a las legislaciones secundarias ocuparse de implementar las mejores prácticas pretendiendo mayor eficacia en el sistema procesal, pugnando por el efectivo reconocimiento y enarbolando la defensa de los derechos fundamentales de las víctimas e imputados, como lo establece en esencia, el más relevante de los motivos que impulsaron la reforma al tenor de lo que dispone el artículo 1o, en sus párrafos primero y tercero de la Constitución Federal.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artículo 2o. El Sistema Procesal Penal Acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contados a partir del día siguiente de la publicación del Decreto.

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 Penal Acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órgano legislativos competentes deberán de emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusiones oficiales, en la que se señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y tiempos en que se substanciarán los procedimientos penales.

<sup>2</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales Mexicano sea de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Conforme a la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos del 10 de junio del 2011, en esencia o fundamental de su contenido se ajustan perfectamente a las exigencias de la Carta Magna y de los Tratados de Derechos Humanos suscritos y ratificados por nuestro país.<sup>3</sup>

El décimo cuarto párrafo del artículo 16 Constitución Federal señala que una de las atribuciones del Juez de Control, es la autorización de Técnicas de Investigación:

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

En el artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal, se establece la sanción, para el caso de no atenderse a aquella pauta en la actividad, diligencia y procedimiento ministerial de investigación, a saber, “Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula”,<sup>4</sup> lo que implica un parámetro o medida, no solo vigente ahora ya para el Fiscal o Ministerio Público, sino incluso también para el investigador privado, quien orientará su actividad, presteza o diligencia, atendiendo que en los términos del artículo 21, de la Norma Suprema, corresponde a dichos sujetos procesales la investigación de los delitos.<sup>5</sup>

Con la adopción del Sistema Penal Acusatorio, el Constituyente permanente tratando de definir las funciones que cada uno de los Actores deberían tener en la investigación del Delito: actualmente “La investigación de

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, 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.

<sup>3</sup> [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/iniciativa/iniciativa\\_Conjunta\\_unica.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/iniciativa/iniciativa_Conjunta_unica.pdf).

<sup>4</sup> Artículo 20... A, De los principios generales: ...IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

<sup>5</sup> Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las Policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.

los delitos corresponde al Ministerio Público y a las Policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función”

Con las reformas de 18 de junio de 2008 en la nueva redacción:

- I. Las funciones y actividades del Ministerio Público y de la Policía.
- II. Se amplían y legitiman constitucionalmente las facultades de las Policías,
- III. La Policía con base constitucional, fundamenta atribuciones de investigación.
- IV. Al Ministerio Público le toca la dirección o conducción jurídica de ella,
- V. A la Policía le corresponde la parte operativa,

El Dictamen de la Cámara de Diputados 11 diciembre de 2007 y la Cámara de Senadores 13 diciembre de 2007: artículo 21:

1. Las Policías podrán realizar funciones de análisis e investigación, pero de manera taxativa en el momento en el que encuentre un delito deberá de notificarlo y denunciarlo ante el Ministerio Público de manera inmediata.
2. Implica la necesidad absoluta de coordinarse para los fines de la Seguridad Pública entre los Agentes del Ministerio Público y los elementos de la Policía,
3. Se precisa que siempre que se trate de la investigación de delitos ésta actuará bajo la conducción del Ministerio Público en ejercicio de su función,
4. Es decir el Ministerio Público consolida su carácter de controlador y eje rector de la fase investigadora.

El *acto de investigación* tiene como finalidad observar, identificar, recaudar, analizar y obtener las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán vertidos en el juicio oral, para confirmar las presunciones fácticas de las partes en conflicto, así como para justificar, con grado de probabilidad las decisiones que corresponden al *Juez de Control o de Garantías* en las etapas preliminares del procedimiento penal.<sup>6</sup>

*¿Qué es Investigación?*

*In: Sobre.*

*Vestigium: Vestigio, indicio, indicador, rastro, huella. Ir sobre los vestigios, indicios, indicadores, rastros, huellas.*

<sup>6</sup> Bedoya Sierra, Luis Fernando, La prueba en el proceso penal colombiano, Fiscalía General de la Nación, Colombia, 2008, p.39.

### III. BASES CONSTITUCIONALES

En lo fundamental se destaca en el artículo 20 apartado A, párrafo primero en las fracciones I, II, III, IV, V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,<sup>7</sup> en las que se establecen o se instituyen las normas o reglas a seguir en la implementación del proceso penal acusatorio, en el cual se advierte como novedoso y propositivo el sistema procesal, en el que se concibe como el objetivo del proceso de mayor trascendencia es el esclarecimiento de los hechos que se investigan, como también sucede en torno a que se desarrolle en un sistema de audiencias en presencia del Juez como la figura procesal a quien le corresponde la facultad exclusiva de valoración libre y lógica de la prueba atendiendo que en la sentencia solo se considerarán como pruebas aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio, que ésta se celebrará ante un Juez que no haya conocido del caso, y que en la audiencia de juicio se verificará la presentación de los argumentos y elementos probatorios que sustentan la postulación de la Fiscalía o de la Defensa en un plano de igualdad, bajo los principios de publicidad, contradicción y a través de la oralidad con estricto apego al principio de inmediación, que supone en el Juez o Tribunal, la forma de percibir e manera directa y personal a prueba como medio de verificación sobre el hecho que se halla sometido a su jurisdicción.

En esa virtud, de imponerse en el acusador la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, bajo la tutela efectiva del principio de presunción de inocencia, como se ha mencionado, deberá vigilarse que exista igualdad procesal para sustentar la acusación o la defensa.

<sup>7</sup> Artículo 20... 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 repartan;

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 solo 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 de 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;

Con ese propósito, a partir de tal disposición, podemos extraer que en el sistema penal acusatorio a que hace referencia la reforma constitucional, se concibe la existencia del *Juez de Control*, que será independiente y controla la actividad del órgano de acusación en torno a medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación y que es referido en el artículo 16 párrafo décimo cuarto de la Constitución Federal,<sup>8</sup> lo anterior con la finalidad de que no se exponga ante el Juez de Juicio, ningún dato de prueba que implique vulneración a los derechos fundamentales, pretendiendo entre las partes la igualdad procesal.

Con este propósito, en virtud de que el Juez de Control, tendrá como encargo fundamental vigilar la actividad del órgano de la acusación, tutelando la investigación formalizada a efecto de que no se vulneren derechos fundamentales de la persona en contra de quien se instaura o incluso de la víctima de los hechos, lo cual necesariamente implica terminar de facto el monopolio ministerial de la acción penal, que en ocasiones sustentaba su investigación a partir de pruebas, que aun cuando podrían influir en el veredicto final, se encontraban permeadas de ilicitud, limitando con ello la actividad de las partes procesales para debatir su contenido, pues en todo caso, los hechos que a partir de tales datos se ventilaban, engendraban un matiz de vulneración de derechos fundamentales que no era declarado, incluso por los órganos jurisdiccionales de la federación.

Así, la norma federal ahora regula, como imperativo constitucional en la obtención de pruebas, solo sean considerados como tales, los que hayan sido previamente controlados, ante la vulneración de derechos fundamentales, por un Juez, al que corresponde solo filtrar a la audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que con arreglo a los principios en que se soporta el sistema acusatorio adversarial, se obtengan, generando en consecuencia con inmediación de quien recibe la prueba, bajo concentración y continuidad, igualdad de herramientas en los contendientes procesales, pero además que no provengan de actos ilícitos, como lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales en sus artículos 263, párrafo primero,<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Artículo 16... Los poderes Judiciales contarán con Jueces de Control que resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre Jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

<sup>9</sup> Artículo 263... Los datos y las pruebas deberán ser obtenidos, producidos y reproducidos lícitamente y deberán ser admitidas y desahogadas en el proceso en los términos que establece este Código.

que alude a licitud probatoria en la obtención, producción y reproducción lícita de los datos y pruebas para su admisión e incorporación al proceso, en el artículo 264, párrafo primero,<sup>10</sup> calificando como nulidad de la prueba que incluso se puede hacer valer en cualquier etapa del proceso, se indica, a petición de parte, con pronunciamiento del órgano jurisdiccional sobre su procedencia o exclusión.

En ese sentido, el artículo 346,<sup>11</sup> del citado Código Procesal, hace alusión a otro estadio procesal, para excluir los medios de prueba que pudieran considerarse obtenidos con vulneración de derechos fundamentales, lo que establece que la legislación procesal señala diversos filtros que pretenden instaurar en el proceso *igualdad de armas* o *igualdad probatoria*, dentro de un contexto de *presunción de inocencia*.

Por ello cabe señalar que en materia de prueba ilícita, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido un criterio, que señala y alude en lo sustancial, que una prueba cuya obtención ha sido irregular por contravenir el orden constitucional o legal, no puede, sino ser considerada inválida.

Prueba ilícita. El derecho a un debido proceso comprende el derecho a no ser juzgado a partir de pruebas obtenidas al margen de las exigencias constitucionales y legales. Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho de una defensa adecuada que asiste a todo imputado de acuerdo al artículo 20 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede, sino ser conside-

<sup>10</sup> Artículo 264... Se considera prueba ilícita cualquier dato o prueba obtenidos con violación a los derechos fundamentales, lo que será motivo de exclusión o nulidad.

Las partes harán valer la nulidad del medio de prueba en cualquier etapa del proceso y el Juez o Tribunal deberá pronunciarse al respecto.

<sup>11</sup> Artículo 346... Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el Juez de Control, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en audiencia de juicio, aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y, sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que actualice algunos de los siguientes supuestos: II. Por haberse obtenido con violación a derechos fundamentales:

rada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.<sup>12</sup>

#### IV. ÁMBITO NORMATIVO EN LOS ACTOS DE INVESTIGACIÓN

Como se ha mencionado, el acto de investigación tiene como finalidad la de observar, identificar, recaudar, analizar y obtener los indicios y las evidencias o los elementos materiales probatorios que serán vertidos en el juicio oral para confirmar las proposiciones fácticas de las partes en conflicto, así como para justificar, con grado de probabilidad las decisiones que corresponden al Juez de Control o de Garantías en las etapas preliminares del procedimiento penal. Es decir, son todos aquellos actos que se realizarán en la etapa de investigación cuyo actor o representante social será el fiscal o ministerio público de la federación o del fuero común, en colaboración con los peritos en las diferentes especialidades y elementos de la policía científica.

Para tal propósito se debe de entender que para actuar se requiere de la autorización previa del Juez de Control, cuando el acto que se pretenda realizar por la autoridad, pueda implicar cualquier tipo de afectación directa o indirectamente de los derechos fundamentales de la persona, por lo que deberá de actuar con apego a protección de los derechos humanos.<sup>13</sup> Esto se encuentra relacionado con el acto de molestia que se encuentra regulado en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución Federal, que señala: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”. Pautas para considerar que cualquier actuación que pueda generar afectación a la persona, el domicilio, los papeles o las posesiones y que no se obtenga con el consentimiento de la persona a quien va dirigido el acto de molestia, implica que

<sup>12</sup> Tesis 1a./J. 139/2011 (9a.) *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3, Página 2057.

<sup>13</sup> La diferencia entre derechos fundamentales y Derechos humanos, es que un derecho fundamental está reconocido en la Constitución Política, en cambio un derecho humano puede estar tanto en la Constitución como en los Tratados Internacionales.

es necesario se controle por un mandamiento del órgano jurisdiccional, el cual tendrá que cumplir con los requisitos de fundamentación y motivación.

En cumplimiento a lo anterior, se deberá identificar en qué etapa del procedimiento penal, se contemplan los actos de investigación, así como identificar quienes son los encargados de realizar dichos actos, esto, con el propósito de poder analizar el papel y los fines de cada etapa.

Las etapas del proceso son 3, a saber:

1. *La etapa de investigación, la cual tiene dos fases*

- a. La primera fase de investigación inicial: que tiene inicio con la presentación de la denuncia o querrela de la parte ofendida, así como sus análogos y tendrá fin con la presentación ante el Juez de Control del imputado.
- b. La segunda es la fase de investigación complementaria, que inicia con la formulación de la imputación, hasta cerrada la investigación que en su caso adicione la actividad del investigador en los hechos delictivos. Se contemplan los actos de investigación que se encuentran encaminados a obtener indicios o evidencias para su esclarecimiento del hecho, donde el fiscal o ministerio público tendrá el papel de investigar y determinar la probable responsabilidad del indiciado en la comisión del delito.<sup>14</sup>

2. *La etapa Intermedia o de preparación a juicio*

Que inicia desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura de juicio. En la que se ofrecerán, admitirán y prepararán para su desahogo las pruebas que ofrezcan las partes procesales y tienen como finalidad sustentar la postulación de la Fiscalía o de la Defensa en un plano de igualdad, bajo los principios de publicidad, contradicción y a través de la oralidad con estricto apego al principio de inmediación que supone en el juez o tribunal, la forma de percibir de forma directa y personal la prueba como medio de verificación sobre el hecho que se ha sometido a su jurisdicción. Pero además impone al fiscal la carga de demostrar la culpabilidad del acusado, bajo la tutela efectiva del *principio de inocencia*, como se ha mencio-

<sup>14</sup> El Fiscal o Ministerio Público ejerce dos funciones, en la etapa de investigación su papel es de investigador, y en las siguientes dos etapas ejerce la acción penal pública.

nado debe vigilarse que exista igualdad procesal para sustentar la acusación o la defensa.

### 3. *La tercera etapa es la de Juicio*

Esta empieza desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

Sin embargo, es importante señalar que la *etapa de investigación* en el sistema adversarial a que hace referencia la reforma constitucional, se plantea bajos los principios de presunción de inocencia y respeto a los derechos fundamentales de la persona inculpada, concibiendo en la existencia del *Juez de Control*, un garante en el proceso, siendo quien controla del órgano de la acusación en torno a las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, con la finalidad de que los medios de prueba que sustenten la investigación se verifiquen con respeto a los derechos fundamentales, so pena, no solo de ser excluidos del proceso, sino incluso también de fincar las responsabilidades inherentes a quien resulte responsable.

El Juez de Control tendrá como encargo fundamental vigilar la actividad de la Fiscalía o Ministerio Público, tutelando la investigación formalizada a efecto de que no se vulneren derechos fundamentales de la persona en contra de quien se instaura o incluso de la víctima, lo cual necesariamente implica un conocimiento que podría influir en el veredicto final, limitando entonces la actividad de las partes procesales en la audiencia de juicio.

Por su parte al Fiscal o Ministerio Público le corresponde la carga de la prueba, este es a quien más le interesa que los procesos se verifiquen con respecto a los derechos humanos, de ahí que esa actividad lícita también le corresponda al órgano de investigación. Al igual que cualquier otra autoridad, al Fiscal o Ministerio Público y a las instituciones de policía científica, ministerial o federal corresponde respetar y proteger los derechos humanos y esto debe hacerse desde la protección más amplia es decir, a partir del principio pro persona, como reza la norma constitucional prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, que no haya algo más importante que la persona humana vista, en su individualidad sin desconocer su sociabilidad. Persona como sujeto, fuente y objeto de derechos que, desde la propia carta magna no son únicos, individuales, propios y personales, sino universales —para todos sin distinción—. Pero, tanto la víctima del delito, los ofendidos, como el mismo inculcado son personas y, por ende, sujetos de derechos humanos.

## V. ARTÍCULO 252. CNPP: ACTOS DE INVESTIGACIÓN QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN PREVIA DEL JUEZ DE CONTROL

El artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, enlista los actos de investigación que requieren la autorización previa del juez de control, de la siguiente manera:

Con excepción de los actos de investigación previstos en el artículo anterior, *requieren de autorización previa del Juez de control todos los actos de investigación que impliquen afectación a derechos establecidos en la Constitución*, así como los siguientes:

- I. La exhumación de cadáveres;
- II. Las órdenes de cateo;
- III. La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia;
- IV. La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma;
- V. El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada, y
- VI. Las demás que señalen las leyes aplicables.

## VI. CONCEPTO DE TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

*Técnicas*: Proviene del latín *technicus*, que jurídicamente debe entenderse o interpretarse como el conjunto de medios que se emplean para la elaboración, producción, innovación, transformación de las reglas o en la aplicación de normas jurídicas. Así como también intrínsecamente o básicamente corresponde al conjunto de recursos y procedimientos de que se sirve una ciencia o un arte en la propia investigación científica.

*Las técnicas de investigación*: Son procedimientos metodológicos y sistemáticos que se encargan de operativizar e implementar los métodos de Investigación y que tienen la facilidad de recoger sensiblemente toda la información necesaria de manera expedita, limpia e inmediata; las técnicas son también una entelequia o invención especializada del hombre de ciencia y como tal existen tantas técnicas como problemas de individuos y sociedades susceptibles de ser investigados.

Estas consideraciones jurídicamente deben ser interpretadas o establecidas como:

1. Aquellos actos tendientes a reunir indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso.
2. Los datos de prueba para sustentar el ejercicio o no de la acción penal.

3. La eventual acusación contra el imputado.
4. Desde la perspectiva del inculpado.
5. Estas técnicas pueden constituir, actos de Indagación, tendientes a preparar su defensa.

## VII. LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN DEBERÁN REALIZARSE CON LA ESTRICTA OBSERVANCIA DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INVESTIGACIÓN

*La observación:* No solamente es la más universal si no la más antigua, porque coloca al investigador frente a la realidad de manera inmediata, la captación de lo que acontece en el entorno del investigador es de tipo sensorial, (como son visual, táctil, olfativo, auditivo), como es la habilidad, la destreza o de la experticia lo que permite robustecer consecuentemente por el dominio del conocimiento técnico y especializado en la ciencia o del arte.

En el nuevo Sistema de Justicia Penal los principios jurídicos fundamentales que rigen la propia Investigación técnico científica son los siguientes, de acuerdo al artículo 214 del CNPP.

- a. *Principio de Certeza,*
- b. *Principio de Legalidad,*
- c. *Principio de Objetividad,*
- d. *Principio de Eficiencia,*
- e. *Principio de Profesionalismo,*
- f. *Principio de Imparcialidad,*
- g. *Principio de Lealtad,*
- h. *Principio de Honradez,*
- i. *Disciplina y Respeto a los Derechos Humanos reconocidos en la CPEUM y los Instrumentos Internacionales ratificados por México.*

a. *Principio de certeza.* Este principio requiere que el grado de conocimientos de los hechos, materia de la noticia criminal, debe ser tal que sustente el inicio del proceso penal en contra de una determinada persona; no necesariamente implica alcanzar la verdad absoluta, sino la presencia de una explicación científica que haga probable la comisión del hecho señalado por la ley como delito; así como la intervención del imputado.

b. *Principio de legalidad.* Se comprende que las Técnicas de Investigación deberán respetar las reglas señaladas en el ordenamiento penal. Existen técnicas que para ser ejecutadas, la Ley exige la previa autorización del Juez

de Control; en tal virtud, se deberá cumplir tal exigencia normativa, de lo contrario podrá carecer de validez.

*c. Principio de objetividad.* Entendemos que en la búsqueda de la información, se debe tener como objetivo el esclarecimiento de los hechos, sin importar que fortalezca la “Teoría del Caso”, ya sea de la fiscalía o bien de la defensa.

*d. Principio de eficiencia.* Se comprende que la investigación, gira en torno al logro de fines y de objetivos que a su vez, giran en torno a la existencia de los hechos denunciados, el carácter delictuoso de los mismos, la identificación de la víctima; así como del probable autor y la cuantificación de los daños.

*e. Principio de profesionalismo.* Los agentes de investigación realizan sus actividades conforme a la preparación o capacitación que hayan recibido; en tal sentido, si bien, la investigación es libre, no carece de una base científica, cuyo conocimiento debe ser motivo de la permanente formación de los investigadores, en temas referidos a este rubro.

*f. Principio de lealtad.* Entendemos que los actores de la investigación fundan su actuar en valores éticos como: la buena fe, la probidad, y todo el ámbito ético que relaciona la investigación de delitos, condicionando sus actividades a tales valores.

*g. Principio de honradez.* Se comprende que, los investigadores actúen con veracidad, respetando su profesión; así como, buscando que su imagen y reputación no se vea empañada por actos de corrupción y que afecte su seriedad o profesionalismo.

*h. Principio de disciplina.* Implica una madurez profesional entre los agentes de investigación; es decir, una formación de vida comprometida al logro de las metas y de la indagación, pero con observancia de los valores o patrones éticos.

*i. Toda investigación debe girar en torno al respeto de los Derechos Humanos.* Dichos Derecho Humanos deben estar reconocidos en el bloque de convencionalidad, pero también debe entenderse, que los derechos humanos son atribuciones de ejercicio razonable; es decir, el respeto a los mismos debe darse en el contexto del juicio de razonabilidad que rodea a los citados derechos.

## VIII. CLASIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

1. Técnicas de Investigación de actuación inmediata o urgente.
2. Técnicas de Investigación que requieren autorización del Juez de Control.

3. Técnicas de Investigación de no requieren autorización del Juez de Control.

#### IX. TECNICAS DE INVESTIGACIÓN QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL

Dichas técnicas, como se anotó en el apartado 5, se encuentran reguladas en el artículo 252 del CNPP.

#### X. PROTOCOLO DE UNA EXHUMACIÓN JUDICIAL

*Protocolo:* Corresponde a un procedimiento y una investigación especializada técnico científica completa, metódica, descriptiva, exhaustiva y pormenorizada con el objetivo de realizar u objetivar los siguientes puntos:

- a. Para proceder a un reconocimiento e identificación.
- b. Para efectuar la práctica de una necropsia médico legal.
- c. Reconocimiento e identificación de una determinada lesión.
- d. Para la práctica de una autopsia oral y su identificación.
- e. Demostrar la causa de la muerte y mecánica de las lesiones.
- f. Por existir sospechas de la muerte, si no fue natural.
- g. Por causa de muerte violenta, sospechosa de criminalidad.
- h. Cuando existe la duda de una muerte violenta o criminal.
- i. Obtención de muestras para ADN y técnicas de comparación.
- j. Para realizar una segunda autopsia si la 1a. fue incompleta.
- k. Para toma de muestras para estudio químico toxicológico.
- l. Para estudios de muestras de tejidos histopatológicos.
- m. Para la obtención de objetos, alhajas, documentos.
- n. Para estudios de carbono 14, análisis de la cronología, su continuidad o de la contemporaneidad.

#### XI. PROTOCOLO DE UNA EXHUMACIÓN

En materia penal corresponde a una diligencia y procedimiento técnico científico especializado y una investigación completa, metódica, descriptiva, exhaustiva y pormenorizada con el objetivo de realizar u objetivar los siguientes puntos:

- a. Orden de la autoridad competente: juez de control.
- b. Autorización del encargado del panteón o cementerio.

- c. La identificación de sepultura: avenida, calle y número.
- d. Extracción del féretro, cadáver, los restos de estudio.
- e. Trabajo mecánico de la excavación.
- f. Extracción del féretro.
- g. Recolección de restos áridos.
- h. Recolección de tierra circundante y de revestimiento.
- i. Descripción de féretro metálico o ataúd de madera. Examen completo: metódico, descriptivo, exhaustivo y pormenorizado.
- j. Estudios químico toxicológicos cualitativos y cuantitativos.

## XII. PROTOCOLO DE MINNESOTA EN LA EXHUMACIÓN

Como una formalidad o procedimiento jurídico en materia penal, es fundamental la utilización especializada de la Antropología Forense es el estudio de asuntos médico-legales relacionados con una persona fallecida por tortura, por medio de la examinación y el estudio de los restos del esqueleto para, entre otras cosas, tratar de determinar la identidad de la persona, la forma y las causas de su muerte.

La identificación técnico científica de estos cuerpos es el trabajo de un equipo multidisciplinario de especialistas médicos forenses en apoyo de las cuatro disciplinas:

1. La Patología forense: estudio celular.
2. La Odontología forense: ficha dental.
3. La Antropología forense: exámenes y mediciones.
4. La Genética forense: estudio del ADN.

Los peritos en ADN realizan la llamada huella digital del ADN por la cual se hacen visibles las características individuales de una persona, se utiliza la técnica de reproducción del ADN, la llamada RCP= “Reacción en Cadena de la Polimerización” (PCR por sus siglas en Inglés).

- a. ADN nuclear: con características de los padres.
- b. ADN mitocondrial: con características de la madre.



## ¿PARA QUÉ SIRVE EL *COMPLIANCE* EN MATERIA PENAL? (A propósito del Código Nacional de Procedimientos Penales)

Miguel ONTIVEROS ALONSO\*

SUMARIO: I. *Nota preliminar*. II. *Introducción*. III. *¿Qué es el compliance en materia penal?* IV. *¿Cuál es el fundamento del compliance penal?* V. *¿Cómo se aplica el compliance en la práctica penal?* VI. *Perspectivas*.

### I. NOTA PRELIMINAR

Agradezco al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a los distinguidos coordinadores de las jornadas de derecho penal, la invitación que me permitió participar en tan destacado evento a pesar de encontrarme fuera de México. Por ello agradezco, también, a mi estimado colega, Luis David Coaña Be, que haya tenido la amabilidad de leer mi ponencia —entonces intitulada— la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código nacional de procedimientos penales.

Desde que se celebraron las jornadas de derecho penal, y hasta el mes de febrero de 2015, se han suscitado hechos importantes relativos a esta temática que me han impulsado a modificar el título y contenido de aquella exposición. Por un lado, el CPDF<sup>1</sup> fue reformado y ha incorporado, en su artículo 27 Bis, la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este es un hecho que no puede pasar desapercibido. Mientras tanto, el Senado de la República aprobó una reforma al CNPP —aún pendiente de ser analizada en la cámara baja—, retomando algunas propuestas que habíamos formulado desde su entrada en vigor (observaciones realizadas durante los

\* Becario de la Fundación Alexander von Humboldt en la Universidad de Bonn, Alemania, bajo la dirección académica del Prof. Dr. Dres. h.c. Urs Kindhäuser. Ex becario Conacyt y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> Abreviaturas utilizadas: CNPP (Código Nacional de Procedimientos Penales); CPDF (Código Penal para el Distrito Federal); LGV (Ley General de Víctimas).

destacados foros celebrados en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y el Instituto Nacional de Ciencias Penales). No obstante lo anterior, la esencia de aquella ponencia se mantiene aquí, de tal forma que el lector pueda tomar, si es que le resultan útiles, algunas de las ideas que ahí se expresaron.

## II. INTRODUCCIÓN

A pesar de las críticas que se le han formulado —muchas de éstas del todo justificadas—,<sup>2</sup> el surgimiento del CNPP ha traído consigo buenas noticias, mientras que al mismo tiempo ha derribado mitos. Que México tenga un sólo código procesal significa debatir en torno a un único instrumento normativo en la materia, dialogar y aprender respecto de un sólo código y hablar un lenguaje común. Es cierto que el CNPP tiene errores y también lo es que algunos de éstos son graves. Así, por ejemplo, abrir las puertas a una privación de la libertad indeterminada ordenada por el ministerio público, permitir el uso de la fuerza sobre una persona para extraerle una muestra sin su consentimiento, definir las causas de exclusión del delito —lo cual ni es tarea sencilla y tampoco intrascendente— y señalar las pautas para ejercer la legítima defensa, son errores y excesos que deben corregirse.

Sin embargo, creo también que el CNPP ha roto mitos que hasta antes de su expedición parecían irrefutables en México. Uno de éstos es, efectivamente, el principio *societas delinquere non potest*, que ha pasado a formar parte de la historia del derecho penal mexicano. En su lugar se ha instaurado otro que sostiene exactamente lo contrario. La reciente reforma al CPDF es una buena muestra de ello. También lo es, creo, de que a pesar de sus inconsistencias el proceso penal mexicano ha tomado una ruta que le llevará a un mejor destino.

Ahora me ocuparé de otro rubro relativo a una de las bondades de la legislación única. En primer lugar, porque de los errores del CNPP ya se ha debatido bastante y creo que se han iniciado las tareas para atenderlos. Por otro lado, porque la incorporación del esquema procesal para atribuir

<sup>2</sup> Afortunadamente cada día se escriben y publican más obras en torno al CNPP. Creo, sin embargo, que la postura más crítica y enriquecedora en torno a su contenido es la que se plasma, en Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel; UBIJUS-CEPOLCRIM-AMPEC; México, 2015. Moisés Moreno Hernández las resume con claridad: discordancia en su estructura y sistematización, discrepancia sobre las etapas del procedimiento, divergencia sobre el papel y alcance de los juicios orales y las salidas alternas, desacuerdo sobre los criterios de oportunidad y en el procedimiento abreviado; en; Fortalezas y debilidades del Código Nacional de Procedimientos Penales (la lucha poco fructífera por un modelo procesal penal en México), pp. 72-93.

responsabilidad penal a las personas jurídicas ha llegado para quedarse en nuestra legislación y resulta urgente problematizar sus funciones y alcances. Ya he tenido la oportunidad de advertir, en otro lugar,<sup>3</sup> algunos de los rubros que generan interés en esta temática. Ahora quiero ocuparme de otra dimensión que, debido a la reciente reforma al CPDF, tomará fuerza con el paso del tiempo e impactará en los procesos penales iniciados en contra de personas jurídicas en nuestro país: el *compliance* en materia penal.

### III. ¿QUÉ ES EL *COMPLIANCE* EN MATERIA PENAL?

Cuando hablamos de *compliance* en materia penal, nos referimos a los denominados *compliance programs* o *programas de cumplimiento normativo*, es decir, un catálogo de estándares mínimos de cumplimiento. Como sostiene Kuhlen; se trata de una serie de medidas, implementadas por la empresa, que rigen a ésta y a sus trabajadores y cuya infracción puede ser, eventualmente, sancionada”.<sup>4</sup> Con otras palabras: el *compliance* se configura por una serie de pautas, líneas directrices o reglas que deben cumplirse para que el actuar pueda ser considerado en armonía con el ordenamiento jurídico. Como lo advierte Engelhart en una destacada investigación; “el término *compliance* deriva del verbo inglés *to comply with* (seguir, asumir, respetar). Este término ha sido utilizado desde hace mucho tiempo en el ámbito de la medicina, donde se le entiende como asumir de forma debida una terapia. Desde hace algún tiempo se utiliza como parte del lenguaje en el ámbito de la economía, para indicar el contenido de las leyes, estándares y líneas directrices al interior de las empresas”.<sup>5</sup> Como se observa, el *compliance* tiene una larga tradición y es independiente a la consideración o no de la responsabilidad penal de las personas jurídicas:

<sup>3</sup> En las siguientes publicaciones; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); La responsabilidad penal de las personas jurídicas; Tirant lo Blanch; Valencia, 2014; Responsabilidad empresarial y *compliance* frente a la trata de personas; Revista *Penal México*; núm. 7; Inacipe, México, 2015; Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales; Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, *op. cit.*, y Casinos, *compliance* y sistema penal, en *Anuario Mexicano de Derecho Penal Económico*; Ontiveros Alonso, Miguel (director); UBIIUS-MO; México, 2015.

<sup>4</sup> Kuhlen, Lotar; Grundfragen von Compliance und Strafrecht, en Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (coords.), *Compliance und Strafrecht*; C. F. Müller; Köln, 2012, p. 1. Los casos de Siemens, Deutsche Bank o el de Deutsche Telekom, son los asuntos más conocidos y que muestran la importancia del *compliance*; p. 10.

<sup>5</sup> Engelhart, Marc; Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse Straf und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA; Duncker & Humblot, Berlin; 2010, pp. 40 y 41.

Aunque en Alemania la responsabilidad de las personas jurídicas se limita al ámbito *administrativo*, por lo que no llega al penal, son cada vez más las empresas que asumen un esquema sólido y bien definido de *compliance programs*. Las empresas alemanas han comprendido, como sucede en los Estados Unidos de América,<sup>6</sup> que ello les implica beneficios que rebasan por mucho la inversión económica que requieren: generan mayor confianza en el mercado, las empresas son sujetos de más y mejores créditos, amplían su gama de alianzas a escalas nacional e internacional, mientras que al mismo tiempo previenen el delito y les posibilita excluir una posible imputación de responsabilidad de corte administrativo o penal.<sup>7</sup>

Los *compliance programs* se reflejan en instrumentos de distinta índole, desde circulares internas que establecen criterios de actuación, pasando por manuales operativos, hasta protocolos unificados para la toma de decisiones que establecen tramos de responsabilidad bien definidos. Estos materiales son parte importante de un programa de cumplimiento normativo, pues las reglas de operación empresarial se establecen por escrito y son sujetas a revisión y actualización. Su elaboración, además, se deja a expertos en las distintas materias, quienes reflejan en estos instrumentos las experiencias más exitosas de cara a la disminución de riesgos empresariales, así como también de las medidas más adecuadas para enfrentar la eventualidad de un problema en las *praxis*.

Así, por ejemplo, el proyecto de nueva ley de juegos y sorteos en México exige a los aspirantes a obtener un permiso para instalar un casino, la presentación de un programa de cumplimiento normativo. Éste debe incluir toda la regulación interna del casino, procesos de homologación de los soportes de juego, certificación del personal que labora en la empresa, implementación y acreditación de los programas de capacitación al personal y la designación de un *compliance officer* que sirva como guía y garante de su aplicación.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> En los Estados Unidos de América pueden encontrarse antecedentes de *compliance programs* desde la década de los treinta del siglo pasado, bajo el rubro de “*self-policing*” al interior de las empresas; *Ibidem*, p. 285.

<sup>7</sup> Como sostiene Ortiz de Urbina Gimeno; Íñigo; “El *compliance* es pensable con o sin la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, aunque más adelante advierte; “no está claro que la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrezca ventajas frente a las sanciones administrativas impuestas a las empresas; Strafrechtliche Sanktionen gegen Unternehmen in Spanien, en Kuhlén/Kudlich/Ortiz de Urbina (coords.), *Compliance und Strafrecht*; *op. cit.*, pp. 227 y 228.

<sup>8</sup> Acerca de la configuración del *compliance program* establecido en la nueva ley de juegos y sorteos, de la protección del bien jurídico *juego responsable*, así como de las consecuencias administrativas o penales derivadas del incumplimiento del *compliance* referido; Ontiveros

Lo hasta ahora señalado es sólo la conclusión de un proceso previo que pasa por la realización de un diagnóstico empresarial ejecutado por expertos. Así, un *compliance program* que no se fundamente en un diagnóstico serio y real de la empresa, acabaría por ser ineficaz de cara a excluir, o en su caso atenuar, una probable responsabilidad penal. Efectivamente, no basta con generar protocolos, manuales y guías básicas de actuación, si éstas no tienen un referente sólido en la realidad de la empresa. Por el contrario, al momento de ser requerida ante una probable imputación de responsabilidad penal, la persona jurídica deberá acreditar que su programa de cumplimiento —en caso de que éste exista— se sustenta en un diagnóstico preliminar, que el personal conoce el programa y que éste es supervisado por un oficial responsable.

De conformidad con lo anterior, para que un *compliance program* pueda ser exitoso a escala de un juicio de corte penal, debe cumplir, cuando menos, con las siguientes cinco fases: 1) Elaboración de un diagnóstico institucional que incluya la detección y eliminación de riesgos, 2) Diseño de reglas mínimas y autorregulación (protocolos); 3) Capacitación y evaluación periódica del personal de la empresa; 4) Implementación de un sistema de denuncias interno y externo; 5) Implementar un sistema de supervisión y sanción liderado por un *compliance officer*.<sup>9</sup>

Las fases señaladas no marcan un límite máximo, pero sí un mínimo. Esto significa que un programa de cumplimiento *pantalla*, es decir, aquél que ni se basa en un diagnóstico preliminar y que se configura por simples formatos que no reflejan la realidad empresarial no tiene eficacia en materia penal. En casos como estos suele suceder —y esto es casi una constante— que dichos formatos no se aplican en la cotidianeidad empresarial, pues el personal operativo no los conoce y nunca fue capacitado respecto de sus contenidos:

Así sucede, por ejemplo, en un importante número de bares y restaurantes que sirven bebidas alcohólicas sin implementar los controles exigidos por la ley. Los empresarios no se ocupan de establecer lineamientos mínimos a ser implementados por los encargados del acceso al lugar, ni capacitan a su personal para poder advertir, por ejemplo, que la identificación presentada por

Alonso; Miguel; Casinos, *compliance* y sistema penal (fundamentos del juego responsable)..., *op. cit.*, pp; 275 y ss.

<sup>9</sup> Como sostiene Kindhäuser; algunas de las tareas del *compliance officer* serían mantener las actividades de la empresa en el marco de la legalidad, fungir como observador al interior del ente colectivo, así como informar a los directivos de la empresa acerca de cómo evitar daños; Strafrecht. Allgemeiner Teil, 6a. ed., Nomos, 2013, p. 313.

un cliente es falsa. Esto se ha traducido en que se sirvan bebidas alcohólicas a personas menores de 18 años y que se impute el delito de corrupción de personas menores de edad.<sup>10</sup>

Las modalidades, tipos y alcances de un *compliance program* son tan amplios como el mundo empresarial y como los riesgos que la persona jurídica genera dependiendo de la actividad que realiza: desde un pequeño cibercafé, donde la normativa mexicana exige establecer medidas de control para prevenir el consumo y tráfico de pornografía infantil, hasta la industria de la construcción, donde el incumplimiento de las medidas mínimas de seguridad pueden terminar con la vida de un empleado. Casos como los antes referidos ponen en evidencia que no pueden existir esquemas predeterminados de *compliance*, pues cada empresa genera sus propios riesgos, incluso aquellas que se dedican a la misma actividad comercial.

No pueden aplicarse los mismos modelos de *compliance* -con especial referencia a la prevención del lavado de dinero- en la institución bancaria más grande de México, que en la casa de cambio ubicada en el aeropuerto.

Por último, cabe destacar la importancia del experto en materia penal al momento de diseñar el programa de cumplimiento. Es cierto, como ya se ha advertido, que el *compliance* tiene múltiples beneficios de cara al bienestar de la empresa. Sin embargo, su fin último es salvaguardar al ente colectivo de los procedimientos penales que pudiesen iniciarse en su contra por la probable comisión de un delito, y en caso de instaurarse alguno, acreditar que el ente colectivo ha cumplido con los requisitos establecidos por el sistema penal para poder quedar excluida de responsabilidad. Con palabras de Bock: “criminal *compliance* significa, en concreto, eliminar los riesgos de una imputación penal”.<sup>11</sup> Esto, como resulta obvio, es tarea de un abogado penalista.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> En un caso como este hubiese bastado que la empresa acreditara, mediante su programa de *compliance*, que sí tiene un esquema preventivo para reducir este tipo de riesgos, que su personal está capacitado para ello y que en el caso objeto de estudio sí se aplicó el protocolo correspondiente.

<sup>11</sup> Bock, Dennis; *Compliance und Aufsichtspflichten im Unternehmen*; en *Compliance und Strafrecht...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>12</sup> Lo anterior no significa excluir expertos en otras ramas del conocimiento, pues siempre será necesario contar con profesionales —no abogados— dependiendo de la actividad empresarial desarrollada por el ente colectivo. Sucede, sin embargo, que son múltiples los casos en que se ofrecen programas de cumplimiento que además de estar *previamente maquillados*, no están dirigidos a la prevención de acciones penalmente relevantes, sino que su diseño responde, más bien, al ánimo de generar mayor clientela y captación de recursos.

#### IV. ¿CUÁL ES EL FUNDAMENTO DEL *COMPLIANCE* PENAL?

Para dar respuesta a este interrogante hay que partir de una nueva realidad: que las personas jurídicas ya pueden ser sujetos de imputación penal en México. Este presupuesto se deriva —por ahora y a reserva de que se sumen más códigos penales de otras entidades federativas—, en dos ordenamientos, es decir, el CNPP y el CPDF:

##### Código Nacional de Procedimientos Penales

###### Título X

###### Procedimientos especiales

###### Capítulo II

###### Procedimiento para personas jurídicas

###### Artículo 421. Ejercicio de la acción penal

Cuando algún miembro o representante de una persona jurídica, con excepción de las instituciones estatales, cometa un hecho delictivo con los medios que para tal objeto le proporcione dicha persona jurídica, de modo que resulte cometido a nombre, bajo el amparo o en beneficio de aquélla, el Ministerio Público ejercerá acción penal en contra de ésta, sólo si también ha ejercido acción penal en contra de la persona física que deba responder por el delito cometido.

El resto del capítulo II, dedicado expresamente al procedimiento para personas jurídicas, establece las bases para la investigación (art. 422), formulación de la imputación y vinculación a proceso (art. 423), formas de terminación anticipada (art. 424) y sentencias (art. 425). Es cierto que la redacción de este capítulo no es afortunada y que no se menciona en su articulado la posibilidad de valorar o no la existencia de un *compliance program* al interior de la empresa. En torno a lo primero, ya ha quedado claro que hacer depender la imputación de responsabilidad en contra de un ente colectivo, del previo ejercicio de la acción penal en contra de una persona física, es una contradicción que debe ser corregida. Acerca de lo segundo, mi parecer es que el código procesal debe leerse en armonía con el código penal para dar sentido a la figura del *compliance program*:

##### Código Penal para el Distrito Federal

###### Artículo 27 Bis. (Responsabilidad penal de una persona jurídica o moral)

I. Las personas morales o jurídicas serán responsables penalmente de los delitos dolosos o culposos, y en su caso, de la tentativa de los primeros, todos previstos en este Código, y en las leyes especiales del fuero común, cuando:

a) [...].

b) Las personas sometidas a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el inciso anterior, realicen un hecho que la ley señale como delito *por no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional* que deba atenderse según las circunstancias del caso, y la conducta se realice con motivo de actividades sociales, por cuenta, provecho o exclusivo beneficio de la persona moral o jurídica.

Artículo 27 Quintus. Serán circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de la persona moral o jurídica haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito, las siguientes conductas:

- a) [...].
- b) [...].
- c) Establecer, antes de la etapa de juicio oral, *medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica*, o

De conformidad con lo antes reproducido se presenta el siguiente escenario: una legislación procesal que sienta las bases para investigar, ejercer acción penal, procesar y sentenciar a las personas jurídicas por la probable comisión de un delito.<sup>13</sup> Por otro lado, un código penal que establece que las personas jurídicas o morales serán responsables penalmente por la comisión de delitos dolosos o culposos, entre otras razones, por *no haberse ejercido sobre ellas el debido control que corresponda al ámbito organizacional*<sup>14</sup> que deba atenderse según las circunstancias del caso. Así mismo, una disposición que abre las puertas para considerar una atenuante a favor de las personas jurídicas, siempre que establezca, antes del juicio oral, *medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos* que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo el amparo de la persona moral o jurídica.

Si bien es cierto las disposiciones señaladas pueden ser objeto de importantes críticas y mejoras, parece claro también que las dos referencias arriba resaltadas, es decir, las relativas a ejercer el debido control al ámbito organizacional y la de establecer medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos, se refieren claramente a programas de cumplimiento. Efectivamente, el *compliance* cumple, entre otras, con las dos tareas referidas. Así, la fase de detección y eliminación de riesgos está dirigida a evitar que éstos se

<sup>13</sup> Acerca de las personas jurídicas imputadas, incluyendo las irregularmente constituidas y las que en absoluto estén constituidas pero que funcionen como tal y el respeto a sus derechos fundamentales, Gómez Colomer, José Luis; La persona jurídica acusada en el proceso penal español, en *El derecho penal económico ...*, *op.cit.*, pp. 50 y 51.

<sup>14</sup> No es el momento de debatir la fórmula asumida por el legislador de la capital de la República, sin embargo, puede advertirse que la reforma al CPDF retoma —casi textualmente— la redacción contemplada en el código penal español.

traduzcan en delitos y para ello se requiere ejercer el control debido sobre ellos, mientras que las medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse, pasan por la generación y aplicación de protocolos así como por los canales de denuncia interno y externo. En el marco de estos dos ejes rectores juega un rol fundamental la fase de supervisión y sanción desarrollada por el *compliance officer*.

La figura del —también denominado— oficial de cumplimiento ha desatado una serie de publicaciones, bastante interesantes, acerca de la posición que éste ocupa, de sus deberes, pero también de la probable imputación de responsabilidad penal de que puede ser objeto. Prittwitz,<sup>15</sup> por ejemplo aborda la posición de garante del *compliance officer* y su probable responsabilidad a título de omisión, cuando por falta de control se realiza algún hecho ilícito en la empresa. Más enfocado a esta problemática es el trabajo de Bermejo/Palermo para quienes la responsabilidad penal del *compliance officer* puede ampliarse o reducirse. Debido a la posición de garante que éste ocupa, su probable responsabilidad penal no se limita a delitos como el lavado de dinero y el financiamiento al terrorismo, sino que también alcanza a los delitos vinculados a la corrupción, abuso de confianza o delitos financieros.<sup>16</sup>

## V. ¿CÓMO SE APLICA EL *COMPLIANCE* EN LA PRÁCTICA PENAL?

En los Estados Unidos de América, como en Holanda<sup>17</sup> por ejemplo, los *compliance programs* son una herramienta cotidiana y forma parte de la cultura empresarial. Por ello es que han llegado a ser parte fundamental de cara a atribuir o excluir la responsabilidad penal de las empresas. Desde la fase de investigación policial, pasando por la intervención de las fiscalías o la labor jurisdiccional, los programas de cumplimiento juegan un rol básico cuando una empresa se ve probablemente implicada en la comisión de un delito. Las condiciones para que esto suceda en México ya se han gestado, de tal forma que acudir a un *caso de laboratorio* puede servir para ejemplificar su eficacia:

<sup>15</sup> Prittwitz, Cornelius, Die Rechtsstellung —insbesondere Garantenstellung— von Compliance-Beauftragen; en; Compliance und Strafrecht ..., *op.cit.*, p. 130.

<sup>16</sup> Die strafrechtliche Verantwortung des Compliance-Officers wegen Beteiligung an einer Straftat; en, Compliance und Strafrecht..., *op. cit.*, p.167

<sup>17</sup> Como sostiene Vervaele, John A. E.; “Holanda introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la materia penal tributaria y aduanera en 1822, para todos los tipos penales económicos en 1950 y para todos los tipos penales en 1975”; *Societas/universitas delinquere et puniri potest: 60 años de experiencia en Holanda*, en Ontiveros Alonso; Miguel (coord.); La responsabilidad penal ..., *op. cit.*, p. 524.

El día de los hechos se escucha una fuerte explosión en *Absurdistán*. Al arribar al lugar, los bomberos advierten que la explosión se debe a que un camión que surtía gas en un hospital infantil ha explotado. En el lugar se encuentran decenas de heridos, en su mayoría enfermeras, niñas y niños. Los servicios de emergencia atienden a su máxima capacidad, pero no logran salvar a varios bebés recién nacidos que mueren en el lugar, junto con personal del hospital que intentó salvarlos. Decenas de seres humanos pierden la vida y los daños ascienden a cientos de millones de pesos.

¿Cómo abordar estos hechos desde las ciencias penales? El sistema tradicional mexicano se enfocaría en la detención del chofer y su ayudante,<sup>18</sup> pues éstos eran quienes surtían de gas al hospital, mientras que al mismo tiempo, se demandaría civilmente a la empresa para enfrentar los daños causados al hospital y a los inmuebles del entorno que se vieron afectados. Si del resultado de los peritajes efectuados al camión surtidor de gas se llegase a desprender que éste tenía alguna falla —por ejemplo, la falta de un tornillo de seguridad, lo cual había sido advertido por el chofer y su ayudante—, entonces se les imputaría a éstos la comisión de los delitos de homicidio imprudente, lesiones y daño en propiedad ajena.<sup>19</sup>

Casos hipotéticos como el referido pueden llegar a suceder. Es frecuente, asimismo, que se procese a quienes en realidad no son responsables de los hechos, pero sí el eslabón más débil de una cadena de negligencias que incluyen a la empresa. Con la expedición del CNPP y la reforma al CPDF, esto ya no sería así. He aquí, de entrada, un factor que no puede perderse de vista: la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sirve no sólo para atraer a los entes colectivos al sistema de justicia penal, sino también para evitar que otras personas —generalmente empleados del más bajo rango dentro del ente colectivo— paguen el precio por la inexistencia de un *compliance program*. Así, mediante éste y sus cinco fases fun-

<sup>18</sup> Desafortunadamente, la realidad muestra que casos como el aquí descrito suelen resolverse de esa forma: imputar penalmente a los empleados del más bajo rango y liberar al ente colectivo de la responsabilidad penal.

<sup>19</sup> Por el contrario, y de acuerdo aquí con Sieber; “Como resultado parcial puede afirmarse que los programas de *compliance* que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de *lege lata*, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa, sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de las responsabilidades empresariales en cuanto a multa contravencional. De este modo puede decirse que ambos sistemas sancionadores establecen recompensas, con estímulos positivos, para el desarrollo de programas de *compliance*; Programas de *compliance* en el derecho penal de las empresas. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica; Traducción de Manuel Abanto Vázquez, en *El derecho penal económico...*, *op. cit.*, p. 95.

damentales, se hubiese ejercido el debido control al ámbito organizacional, reducido y finalmente eliminado los riesgos que significaba surtir gas con un camión en malas condiciones de servicio.<sup>20</sup>

Si los hechos sucedidos en *Absurdistán* se verificaran ahora mismo en la ciudad de México, el ministerio público iniciaría la investigación, en contra de la empresa surtidora de gas, con base en el artículo 422 del CNPP que claramente establece:

Cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en el que se encuentre involucrada alguna persona jurídica, en los términos previsto en el artículo anterior, iniciará la investigación correspondiente.

El ministerio público debería entonces hacer del conocimiento de la persona jurídica, a través de su representante, que se ha iniciado una investigación en su contra por la probable comisión de diversos delitos, y con base en el segundo párrafo del artículo 422, hacerle saber sus derechos para que manifieste los que a su derecho convenga. Simultáneamente, la coordinación general de servicios periciales estaría analizando el material sensible recopilado en el lugar de los hechos y elaborando los dictámenes correspondientes para determinar la causa de la explosión.

Como parte de su investigación, y con fundamento en el artículo 27 bis del código penal, el ministerio público tendría que solicitar a la empresa, por lo menos, la siguiente información: *a.* Estructura orgánica del ente colectivo; *b.* Reglamento y normativa interna de la empresa. *c.* Diagnósticos de riesgos elaborados hasta el día de los hechos y medidas asumidas para su control que incluyan a los vehículos utilizados para distribuir el producto; *d.* Protocolos de actuación y flujogramas. *e.* Esquema de división de tareas por competencias. *f.* Programas de capacitación y certificación del personal *g.* Procesos de denuncias internas y externas y, finalmente *h.* Mecanismos de supervisión y sanción al interior del ente colectivo.

En suma, como se puede observar, el ministerio público solicitaría el programa de cumplimiento (*compliance program*) de la empresa. A partir de ahí podrían suceder dos cosas:

1) Que la persona jurídica no tenga un programa de cumplimiento, o en su caso, sólo tenga algunas directrices internas sin capacidad de rendi-

<sup>20</sup> Como sostiene Tiedeman, Klaus, “Igualmente en los delitos imprudentes los códigos de *compliance* pueden ser aplicados para determinar la medida del cuidado necesario”; El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico”, en *El derecho penal económico en la era compliance*; Arroyo Zapatero, Luis/Nieto Martín, Adán; (Directores); Tirant lo Blanch; Valencia; 2013; p. 38.

miento para detectar, controlar y eliminar riesgos. De ser este el caso, con base en el artículo 423 del CNPP, procedería a formularse la imputación y, seguramente, su vinculación a proceso. ¿Qué consecuencias tendría, en su caso, que se le encontrara penalmente responsable? Este interrogante no es cosa menor. Declarar penalmente responsable a la persona jurídica se traduciría, antes que nada, en procurar justicia para las víctimas directas e indirectas de los homicidios y lesiones cometidas en contra de niñas, niños y personal del hospital:

La LGV establece un catálogo de derechos muy claro para las víctimas. Éste va desde el acceso a la justicia, pasando por la reparación del daño, hasta cuidados permanentes durante todo el tiempo que sea necesario cuando la víctima sea una persona menor de edad. Sucede, como ya se advirtió, que en el caso de la explosión diversas víctimas pertenecían a la primera infancia.

Por otro lado, con base en la LGV, la empresa estaría obligada a solventar rubros de corte económico que un empleado, como el de nuestro ejemplo, nunca podría enfrentar. Sin embargo, uno de los factores que más interesan al derecho penal, conjuntamente con la protección de los derechos victimales, es la prevención del delito. Esto significa que la persona jurídica estaría obligada a implementar un *compliance program* serio y sólido, para evitar que hechos como el descrito se repitan. Efectivamente, el *compliance* sirve a la prevención del delito,<sup>21</sup> y como salta a la vista, también sirve a la protección de bienes jurídicos. Y es que los entes colectivos no sólo tienen capacidad para corromper servidores públicos y causar destrozos, sino también para lesionar y privar de la vida. ¿Cómo negar, entonces, las virtudes del *compliance* en materia penal? Sin embargo, puede suceder también lo siguiente:

2) Que la empresa sí cuente con un programa de cumplimiento efectivo, y que de éste se derive que la persona jurídica ha mantenido, gracias a la aplicación de aquél, los riesgos inherentes a su actividad en el marco del riesgo permitido. Ante una hipótesis como ésta, el ministerio público tendría que declarar la actualización de una causa excluyente de responsabilidad penal,<sup>22</sup> en el caso, de atipicidad por no poderse atribuir objetivamente el resultado a la persona jurídica:

<sup>21</sup> Un tratamiento sólido y crítico en torno a los modelos orientados a la prevención especial y la prevención general en esta materia, puede verse en; Feijoo Sánchez, Bernardo; Fortalezas, debilidades y perspectivas de la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles; en, Ontiveros Alonso, Miguel; La responsabilidad penal ...; *op. cit.*, pp. 135 y ss.

<sup>22</sup> Como he apuntado en otro lugar, retomando lo sostenido por la doctrina dominante, una conducta amparada por riesgo permitido excluye la imputación al tipo objetivo. Acerca de esta determinación, así como del alcance y función del riesgo permitido en derecho pe-

En torno a la exclusión de la tipicidad por riesgo permitido, es decir, por haber aplicado eficazmente el *compliance program*, la doctrina no es pacífica. Es más, la doctrina dominante se decanta por la exclusión de la culpabilidad de la empresa. En lo que sí hay acuerdo, sin embargo, es que en ambos casos la responsabilidad penal de la empresa podría quedar excluida.

No sólo soy partidario —y aquí en contra de la doctrina dominante—, de que un buen programa de cumplimiento excluye la imputación al tipo objetivo debido a que el actuar de la empresa se mantiene en el marco del riesgo permitido. Sucede, también, que de conformidad con el estado actual de nuestra legislación no hay otra opción más que la que sostengo aquí. Véase, para ello, la siguiente disposición del CNPP:

Artículo 410. Criterios para la individualización de la sanción pena o medida de seguridad.

Dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en las leyes penales, el Tribunal de enjuiciamiento individualizará la sanción tomando como referencia la gravedad de la conducta típica y antijurídica, así como el grado de culpabilidad del sentenciado. *Las medidas de seguridad no accesorias a la pena y las consecuencias jurídicas aplicables a las personas morales, serán individualizadas tomando solamente en consideración la gravedad de la conducta típica y antijurídica.*

No puedo extenderme aquí y abordar la problemática que genera la redacción del artículo 410. Primero, porque no es el objetivo de este espacio, segundo, porque ya lo he hecho en otro lugar.<sup>23</sup> Insisto, solamente, en que resulta una contradicción del CNPP establecer las bases para llevar a juicio penal a las personas jurídicas y al mismo tiempo considerarlas sin capacidad de culpabilidad. Este es otro de los errores graves del nuevo código.

nal; Ontiveros Alonso, Miguel; Legítima defensa e imputación objetiva (especial referencia a los mecanismos predispuestos de autoprotección; Inacipe, 2010, p. 157. En torno al riesgo permitido directamente vinculado con la —así denominada por el autor— teoría del delito empresarial; Gómez-Jara Diez, Carlos, “en cualquier caso, se trata de determinar si, en función del uso que la empresa ha efectuado de su capacidad autoorganizativa, ésta ha generado un determinado riesgo empresarial que se ha terminado realizando en el concreto resultado lesivo producido. Brevemente se puede indicar que un dato especialmente relevante es que, a la hora de determinar el riesgo permitido, las mayores capacidades empresariales para la gestión del riesgo permiten configurar un *ciudadano empresarial medio*...; ¿Qué modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas?, en Ontiveros Alonso, Miguel, La responsabilidad penal..., *op. cit.*, p. 180.

<sup>23</sup> En el artículo intitulado “La responsabilidad penal de las personas jurídicas” en el *Código Nacional de Procedimientos Penales*, en Moreno Hernández, Moisés y Ontiveros Alonso, Miguel, Comentarios..., *op. cit.*, pp. 305 y ss.

## VI. PERSPECTIVAS

El debate acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se activó en nuestro país con la expedición del CNPP. A este debate se sumará, sin duda, el del alcance y función del *compliance* en materia penal. Al respecto, y para abonar un poco en esta discusión que apenas empieza en México, quisiera advertir lo siguiente. La implementación de los programas de cumplimiento debería verificarse con independencia de que hubiese o no un esquema de responsabilidad penal para los entes colectivos vigente en nuestra legislación: como advertí al principio, las empresas que más confianza generan, que mejores resultados ofrecen y que muestran el mayor crecimiento, son aquellas que tienen los *compliance programs* más sólidos.

Hay muchos interrogantes pendientes de ser resueltos en esta materia. Así, como sostiene Kuhlen,<sup>24</sup> desde hace 10 años se discute en Alemania no sólo acerca de la elaboración de una teoría del *compliance* y el derecho penal, sino también en torno a por lo menos 5 problemas de corte normativo en esta materia: 1) Los deberes de observación que la empresa tiene sobre sus empleados; 2) La posición jurídica del *compliance officer*; 3) Las fronteras entre el *compliance* y los derechos de los trabajadores; 4) Las investigaciones internas, y 5) Las sanciones en contra de las empresas.

Como salta a la vista, los 5 rubros señalados tienen profundas implicaciones según el orden jurídico mexicano. Por destacar sólo uno: ¿Puede la administración de la empresa intervenir las llamadas de los empleados —realizadas a través de la red institucional— con fines preventivos, y un *compliance program* establecerlo así? Un interrogante similar debe formularse en torno a las cuentas de correo electrónico, así como también acerca de las videograbaciones para efectos de vigilancia en algunas zonas al interior de la empresa, pero vinculadas al mismo tiempo al ámbito privado.

Conjuntamente con lo señalado hasta ahora, creo que muy pronto se abrirá una nueva parcela de estudio en nuestro país. Me refiero al binomio *compliance* y derechos humanos. Mi parecer es que los *compliance programs*, además de ser una herramienta eficaz en materia de prevención del delito, sirven a la salvaguarda de los derechos humanos. Es cierto que en aquellos casos en que una persona jurídica implementa un esquema de funcionamiento dirigido a la comisión de delitos, el *compliance* no juega rol alguno: ante una empresa que es utilizada como pantalla para lavar dinero prove-

<sup>24</sup> Kuhlen, Lothar; Grundfragen von Compliance und Strafrecht, en *Compliance und Strafrecht...*, *op. cit.*, pp. 22-25.

niente del tráfico de armas —en un caso así— no hay *compliance* que sirva. Hay otros casos, por el contrario, en que el *compliance* tiene mucho por hacer de cara a salvaguardar la dignidad de la persona humana:

A finales del mes de marzo de 2015, aproximadamente 80,000 jornaleros indígenas (en su mayoría mixtecos, triquis y zapotecos) denunciaron condiciones de explotación en campos agrícolas de San Quintín y Ensenada. Entre otros factores, acusaron jornadas laborales de 15 horas, vivir en chozas de lámina, sin seguro social, con salarios por debajo de los establecido en la ley, sin aguinaldo ni prima vacacional.

A pesar de sus deficiencias en esta materia, el ordenamiento jurídico mexicano sanciona el trabajo forzado, pues le considera una forma de explotación de la persona humana. Seguramente hay empresas que ejercen esa explotación de forma dolosa. Ante casos así, no hay otra opción más que la imputación, ya sea por trata de personas o trabajo forzado —o por concurso de ambas hipótesis—, en contra de la empresa (ahí donde rija el esquema de responsabilidad penal de las personas jurídicas), o de sus administradores, en caso de que los entes colectivos no respondan penalmente (como es el caso de Baja California).<sup>25</sup>

No obstante lo anterior, lo que verdaderamente interesa aquí es que al empresario de buena fe que desconoce los entresijos de la normativa laboral mexicana, el *compliance program* no sólo le vendría muy bien, sino también a todos sus empleados. Esto es así, ya que un programa de cumplimiento efectivo, bien delineado y diseñado por expertos, debe servir ciertamente a la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa, pero también al respeto a los derechos humanos de las personas que laboran en el ente colectivo. Y es que sólo de esa forma se puede blindar a la persona jurídica de acusaciones, no sólo bien fundadas, sino también por la comisión de delitos graves como ha sucedido en San Quintín y Ensenada.

La experiencia chilena puede impulsar nuevas rutas de *compliance* en México ¿Qué pasaría si la Secretaría del Trabajo exigiese a las empresas agrícolas sus respectivos programas de *compliance*, sustentados en las mejores prácticas de la materia a escala internacional y sujetos a la debida certificación?

<sup>25</sup> En torno a esta temática; Quintero, María Eloísa; Persona jurídica y crimen organizado: reflexiones sobre migración ilegal y trata de personas; en; Ontiveros Alonso, Miguel (coordinador); La responsabilidad ..., *op. cit.*, p. 596; "...es necesario plantear políticas que impidan que los migrantes sean utilizados como mercancía de la delincuencia organizada y de las personas jurídicas que soportan o intervienen en las actividades de ésta, sea por medio de la explotación laboral o sexual, o bien por otras formas de sometimiento de trata de personas ...".

Lo que pasaría es que habría una mejor garantía del respeto no sólo a los derechos laborales, sino también a las condiciones humanas en el desempeño del trabajo. Esto es así porque, como ya se advirtió anteriormente, el *compliance* laboral pasaría por el debido diagnóstico de la empresa, el control y la eliminación de los riesgos (es decir, acabar con condiciones de trabajo violatorias de los derechos humanos o similares a la esclavitud). Se diseñarían reglas básicas para la realización de las tareas (desde condiciones de higiene, alimentación y vivienda), pasando por un canal de denuncias y un oficial de cumplimiento que sirva de garante de ese *compliance program*. ¿Acaso no serviría lo señalado para respetar la dignidad humana, por ejemplo, de las personas indígenas que denunciaron injusticias en San Quintín y Ensenada?

Como se desprende de lo hasta ahora señalado, el *compliance* sirve para el prevailecimiento del orden jurídico, por lo que también es una vía útil para la salvaguarda de los derechos humanos. Nos encontramos, sin duda, ante una herramienta que, en mi parecer, sólo puede traducirse en beneficios para las personas jurídicas. Esto ha sido destacado por Konu, para quien el *compliance* tiene cinco funciones básicas: 1. Protección. 2. Información y orientación. 3. Asegurar la calidad y la innovación. 4. Supervisión y, 5. Marketing.<sup>26</sup>

Finalmente, vale la pena insistir en que los programas de cumplimiento sirven para combatir la corrupción e instaurar una cultura de la legalidad en los entes colectivos. Esto, traducido a lenguaje empresarial, significa prestigio. Sin embargo, lo que resulta más importante para el derecho penal, es que mediante los programa de cumplimiento se previene el delito y de esa forma se colabora con el prevailecimiento del ordenamiento jurídico ¿Qué hubiera pasado en *Absurdistán*, si la empresa expendedora de gas tuviese un programa de cumplimiento y éste le hubiese permitido detectar la falla en el tornillo del camión y corregirla a tiempo?<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Konu, Metin; Die Garantstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation; Dunker & Humblot, Berlin; 2014; p. 28.

<sup>27</sup> Son múltiples los casos en que la lesión de bienes jurídicos fundamentales se hubieran podido evitar mediante la implementación de un *compliance program* efectivo. Piénsese, respecto de México, en los casos de la guardería “ABC” y “Casitas del Sur”, donde perdieron la vida, en el primero, y fueron víctimas de trata de personas, en el segundo, decenas de bebés y niños. Un buen programa de cumplimiento hubiera evitado instalar una guardería en una zona de riesgo, así como entregar a niñas y niños a una residencia infantil dedicada a la explotación de la infancia. Respecto del caso alemán: ¿Acaso una empresa como German Wings no da seguimiento a los tratamientos de salud mental de sus pilotos? ¿Dónde están los protocolos y medidas de cuidado para evitar que un empleado depresivo se suba al avión y lo estrelle matando a 150 personas?

## MESA 4



## EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO. COMENTARIOS A LA SENTENCIA DICTADA POR LA PRIMERA SALA DE LA SCJN, EL 9 DE ABRIL DE 2014

Jesús ZAMORA PIERCE\*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Principios aplicables al procedimiento abreviado*. III. *Presunción de inocencia y carga de la prueba*. IV. *Facultades del juez en el procedimiento abreviado*. V. *El convenio procesal*.

### I. ANTECEDENTES

Por Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008 se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para crear un nuevo procedimiento penal al que la opinión pública, fijando la atención en una sola de sus características, ha denominado “el juicio oral”.

Entre las novedades que nos trae esta reforma se encuentra el procedimiento abreviado que tiene su cuna en el artículo 20 de la Constitución, Apartado A, fracción VII, que, en la parte correspondiente, dice:

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 inculcado cuando acepte su responsabilidad.

Es por esta vía por donde la reforma pretende encaminar hasta un 95% de los casos, que no llegarán a juicio oral. El proceso abreviado será la regla de la cual el juicio oral será una mera excepción, una utopía sin aplicación práctica. De donde resulta que reviste mucho más interés el estudio del pro-

\* Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Sorbona de París. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

ceso abreviado que el conocimiento del juicio oral y quizá sería más preciso denominar a la reforma “el procedimiento abreviado”. El análisis crítico del procedimiento abreviado nos permitirá concluir el éxito o fracaso de la reforma constitucional.

La Constitución no da respuesta expresa a una larga serie de cuestiones que, necesariamente, debemos resolver, antes de aplicar el procedimiento abreviado: ¿Quién otorga los beneficios? ¿Quién es el juez competente para conocer? ¿Puede el juez absolver? ¿Cuál es el momento oportuno para solicitar el proceso abreviado? ¿Pueden las partes ofrecer pruebas y formular conclusiones? ¿Cuál es la función del juez en el procedimiento abreviado?

Responder estas preguntas, y muchas otras que surgen respecto a este procedimiento, no es fácil, pues, al principio, y como es lógico, no existía doctrina ni jurisprudencia que iluminaran el camino. La labor se complica por la forma en que se reglamentó la reforma en los códigos procesales: inicialmente, algunos estados dictaron códigos locales de procedimientos penales (Chihuahua, Baja California, Nuevo León, Estado de México, Oaxaca, Veracruz y otros) las normas contrarias y, en ocasiones, contradictorias, que componían estos ordenamientos, amenazaban con balcanizar los procedimientos penales en la República. Posteriormente, y previa reforma del artículo 73 de la Constitución, a fin de otorgarle facultades al Congreso de la Unión para legislar en materia de proceso penal, se dictó el Código Nacional de Procedimientos Penales, aplicable tanto a nivel federal como en el caso de las entidades federativas y del Distrito Federal.

Es en estas circunstancias que, el 9 de abril de 2014, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Unión resolvió el Amparo Directo en Revisión 4491/2013 por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente y Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo, en contra del emitido por el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz, quien formuló voto particular.

Esta ejecutoria tiene gran importancia, por abrir brecha en el campo virgen del estudio del procedimiento abreviado y por el interés de los argumentos empleados en la Sentencia y en el Voto particular.<sup>1</sup> A continuación me permito exponer y comentar esos argumentos.

<sup>1</sup> Abreviaturas: Sentencia. La dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 9 de abril de 2014, en el Amparo Directo en Revisión 4433/2013, por mayoría de cuatro votos de los señores Ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas, y Presidente y Ponente Jorge Mario Pardo Rebolledo. Voto particular. El formulado por el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz en relación con la sentencia dictada en el Amparo Directo en Revisión 4491/2013.

## II. PRINCIPIOS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En orden lógico, la primera cuestión que se plantea la Corte consiste en saber si los principios generales del proceso penal le son aplicables también al procedimiento abreviado o únicamente al juicio oral. Y concluye, con fundamento en el artículo 20, apartado A, fracciones I, II, V, VII, VIII y X de la Constitución, que el imputado también queda bajo la protección de esos principios en el procedimiento abreviado.

Dice la Sentencia:

Esta Primera Sala considera que es *correcta* la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado del conocimiento, por las razones jurídicas que a continuación se indican:

En efecto, con la finalidad de establecer los elementos que sustentan la validez de la interpretación constitucional realizada por el Tribunal Colegiado, se estima conveniente hacer referencia al artículo 20, apartado A, fracciones I, II, V, VII, VIII y X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual señala:

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

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;*

*[...].*

*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;*

*[...].*

*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;*

*VIII. El juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado;*

[...].

*X. Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio.*

[...].

Este precepto constitucional, reformado por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el dieciocho de junio de dos mil ocho, establece que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, destacando que en el trabajo legislativo que culminó con la reforma en comentario, se precisó que la oralidad es la principal herramienta para materializar esos principios, la cual, tiene como finalidad abandonar el sistema de formación de un expediente físico y suplantarlo por una metodología de audiencias en las que se hacen las peticiones y se exponen las consideraciones para dirimir las controversias entre las partes.

En el caso, importa señalar que de las fracciones I, II y V transcritas con anterioridad, se advierte claramente la intención del Constituyente permanente de precisar *los principios generales que rigen a todo el proceso penal con independencia de la forma en la que éste culmine*, es decir, si concluye con el juicio oral, de forma anticipada o mediante un procedimiento abreviado, estableciendo que el objeto que persigue el proceso penal es 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; además, *que la valoración de las pruebas deberá realizarse directamente por el juez de manera libre y lógica*; específicamente, se precisa que *la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora*, conforme lo establezca el tipo penal, teniendo las partes igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

En efecto, los principios del proceso penal *no sólo son aplicables al juicio propiamente dicho, sino a todas las audiencias en las que, entre otras, exista inmediación de las partes y se presenten pruebas*, esto debido a que el Constituyente claramente señaló que el objetivo de la reforma era implementar 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, pues considerar lo contrario sería tanto como sostener que sólo en el juicio oral se respetarán los derechos humanos del imputado y que en las demás etapas del proceso penal no, lo cual, contrariamente a lo que señala el recurrente, es insostenible.

Lo que se corrobora, con el texto expreso de la fracción X, apartado A, del artículo 20 constitucional que expresamente dispone que: "...los princi-

pios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”. Con lo cual, no queda duda respecto de que los aludidos principios resultan aplicables al procedimiento abreviado a que se refiere el caso concreto.

El voto particular afirma:

54. Es por lo que considero que la resolución de la mayoría es errónea, porque no es posible sostener que habiéndose sometido voluntariamente el quejoso a un procedimiento especial abreviado, que procedió al haber aceptado ser juzgado con los antecedentes de la investigación, entre los que se contaba con una opinión pericial de valuación del objeto material del robo que se le imputó, que en términos constitucionales no podría alcanzar el rango de prueba sino hasta que fuera desahogada en juicio oral; entonces se estimara equivocada la sentencia condenatoria, en la que se consideró dicho dato de prueba como elemento base para determinar las sanciones que debían imponerse, bajo el argumento de que no reúne los elementos formales y materiales que son exigibles para la configuración de la prueba pericial.

55. A mi parecer, los datos de prueba en los que se sustenta la acusación en un procedimiento abreviado derivan de hechos que deben tenerse por demostrados y no admiten contradicción en sede judicial; precisamente, porque son resultado del convenio asumido por las partes en un caso en que el acusado y su defensor concluyen que no tienen forma de revertir los elementos que sustentan la acusación. Entonces, el acusado se declara culpable ante el juez del control y admite su responsabilidad penal en la comisión del delito por el que se le acusa, a cambio de que a través de un procedimiento que permita la terminación anticipada del proceso se le dicte una sentencia con penas inferiores a las que pudieran imponérsele como resultado de la tramitación del procedimiento ordinario de juicio oral.

53. Lo cual no significa un rechazo total a la aplicación de los principios de debido proceso al procedimiento especial abreviado, sino que existen ciertos principios, propios del procedimiento ordinario de juicio oral, que no son aplicables al especial abreviado, particularmente los de contradicción, inmediación, convicción de culpabilidad y presunción de inocencia.

*Comentario:* El juicio oral y el procedimiento abreviado son, en su esencia, iguales. Ambos son procedimientos penales en los que entran en conflicto la pretensión sancionatoria del Estado con la pretensión defensiva del imputado. En ambos hay pruebas y alegatos de las partes. En ambos un juez valora las pruebas (sobre este tema, necesariamente, volveré más adelante) y pronuncia sentencia que resuelve el conflicto.

La diferencia fundamental estriba en que el procedimiento abreviado, tal como lo indica su nombre, acorta, reduce su duración en virtud, como

dice el artículo 20, apartado A, fracción VII de la Constitución de que “el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito...” Este reconocimiento ahorra al Estado tiempo y dinero, razón por la cual “La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad”.

Y al dictar sentencia en el procedimiento abreviado el juez tendrá a la vista pruebas. Las reunidas por el Ministerio Público, desde luego, pero también las que el imputado haya logrado aportar al proceso, pues debemos tener presente que la apertura del procedimiento abreviado puede ocurrir hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral (artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

La Constitución, en el apartado A de su artículo 20, establece los principios *generales* del proceso penal. General quiere decir tanto como común y esencial a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente. General es sinónimo de universal, total. Nos equivocamos si pretendemos convertir los principios generales del proceso penal en principios especiales, aplicables únicamente al juicio oral.

Quien es juzgado en un procedimiento abreviado es un imputado, así lo denomina, correctamente, la Constitución. El apartado B del artículo 20 de la Constitución enumera “los derechos de toda persona imputada”. Todo imputado engloba a la totalidad, el imputado sometido a un proceso abreviado también goza de esos derechos, entre ellos, a la presunción de inocencia, a defensa adecuada, etcétera.

Bien menguados serán los logros de la reforma constitucional de 2008 si los principios del proceso penal y los derechos que otorga están reservados, únicamente, a los casos excepcionales que llegan a juicio oral.

### III. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y CARGA DE LA PRUEBA

La Constitución, en su artículo 20, apartado B, fracción I, dispone que el imputado tiene el derecho “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”. En el mismo artículo 20, pero ahora en el apartado A, fracción V, ordena que “La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora...”.

Dice la sentencia respecto al procedimiento abreviado:

Así, en dicho procedimiento, resulta plenamente aplicable uno de los principios fundamentales del proceso acusatorio, relativo a que *la carga de la prue-*

*ba corresponde a la parte acusadora*, es decir, que el Ministerio Público tiene la obligación de acreditar plenamente el delito y la culpabilidad del procesado; quedando la valoración de éstas al libre arbitrio del juez, debiendo fundar y motivar sus decisiones en términos del artículo 16 constitucional. Asimismo, la fracción VIII *dispone el estándar de prueba para la condena, que no es otro sino la convicción motivada para la condena*, lo cual, según el propio Constituyente (*reflejado en el trabajo legislativo*), no se trata de una convicción íntima, sino de aquella que pueda ser justificada a partir de los elementos fácticos que el ministerio público logre probar...

En este sentido, del artículo 20, apartado A, en específico la fracción V, de la Constitución Federal, en relación con los diversos 21, párrafos primero y segundo y 102, apartado A, segundo párrafo del referido ordenamiento, se desprende, por una parte, el *principio del debido proceso legal* que implica que al inculpado se le reconozca el derecho a su libertad, y que el Estado sólo podrá privarlo del mismo, cuando, existiendo suficientes elementos incriminatorios y seguido un proceso penal en su contra el juez pronuncie sentencia definitiva declarándolo culpable; y por otra, el principio acusatorio, mediante el cual corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (*onus probandi*) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia del delito y la culpabilidad del procesado, tal y como se desprende de lo dispuesto en la citada fracción V, particularmente cuando previene que *“la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal”*; en el artículo 21 al disponer que *“La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público a las policías”*; así como en el artículo 102, al disponer que corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución de todos los delitos del orden federal, correspondiéndole *“buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos*.

De esta manera, el principio constitucional acusatorio resguarda en forma implícita el diverso *Principio de Presunción de Inocencia*, dando lugar a que el gobernado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que el acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que el sistema previsto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le reconoce, *a priori*, tal estado, al disponer expresamente que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

Pues efectivamente, el principio del debido proceso legal implica que un inculpado debe gozar de su derecho a la libertad, no pudiendo privársele del mismo, sino cuando existan suficientes elementos incriminatorios y se siga un proceso penal en su contra, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y se le otorgue una defensa adecuada, que culmine con una sentencia definitiva que lo declare penalmente responsable en la comisión de un delito.

Y por su parte, el principio acusatorio establece que corresponde al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos y la obligación (*carga*) de buscar y presentar las pruebas que acrediten la existencia de éstos. Así pues, los citados principios dan lugar a que el indiciado no esté obligado a probar la licitud de su conducta cuando se le imputa la comisión de un delito, en tanto que no tiene la carga de probar su inocencia, sino que es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y la plena responsabilidad penal del sentenciado.

Al respecto, cabe precisar que esta Primera Sala ha desarrollado respecto de la presunción de inocencia, las vertientes en las que se desarrolla: (1) como regla de trato procesal; (2) como regla probatoria; y (3) como estándar de prueba o regla de juicio. Lo que se ha sostenido, en los precedentes siguientes: Amparo en Revisión 466/2011, Amparo en Revisión 349/2012, Amparo en Revisión 123/2013, Amparo Directo en Revisión 1481/2013, y Amparo en Revisión 359/2013.

Así, en este caso, el criterio analizado es acorde con la *Presunción de Inocencia* como *regla probatoria*, del cual deriva una regla respecto a la carga de la prueba, la cual, se relaciona con el establecimiento de los requisitos que debe cumplir la actividad probatoria y las características que debe reunir cada uno de los medios de prueba aportados por el Ministerio Público para poder considerar que existe prueba de cargo válida, y destruir así el estatus de inocente que tiene todo procesado. Por su parte, la presunción de inocencia como estándar de prueba ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se han aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona.

El voto particular afirma:

25. Es decir, en el procedimiento abreviado, es el acusado quien, con la asistencia jurídica de su defensor, se declara culpable del delito que se le imputa y acepta totalmente los hechos materia de la acusación; y, por tanto, renuncia al derecho a tener un juicio oral, en el que pueda ejercer el derecho de contradicción probatoria y prevalezca a su favor el principio de presunción de inocencia.

26. Así, el acusado acepta que sea juzgado bajo las reglas procesales especiales que rigen el procedimiento de terminación anticipada del proceso, que tiene como base su aceptación de culpabilidad respecto del delito materia de la acusación.

27. A partir de las premisas enunciadas, queda claro que la apertura del procedimiento abreviado tienen una consecuencia jurídica trascendental, porque en la posición en la que se coloca voluntariamente el acusado se excluye la aplicación de los principios de contradicción probatoria y de presunción de inocencia. Ello, porque ya no estará en debate demostrar la comisión del

hecho delictivo ni la culpabilidad del acusado, mediante elementos prueba; pues las partes convienen en tener estos presupuestos como hechos probados a partir de los datos en los que se sustenta la acusación, con la finalidad de que la autoridad judicial esté en condiciones de dictar la sentencia respectiva.

28. La aceptación de culpabilidad por el acusado en el procedimiento especial abreviado no es gratuita, sino que deriva de un juicio de ponderación de los elementos de defensa con los que se cuenta para hacer frente a la acusación. Entonces, ante un grado óptimo de probabilidad de que el juicio oral concluya con el dictado de una sentencia condenatoria, con la asesoría de su defensor, el acusado decide declararse culpable, mediante la admisión de la acusación y de que se tengan por demostrados los hechos en que esta se sustenta, con la finalidad de que sea procedente el mecanismo anticipado de conclusión del proceso, a cambio de tener un procedimiento breve y con la posibilidad de obtener sanciones de menor intensidad.

29. En este escenario procedimental, que parte de tener por probados los hechos materia de la acusación, no existe una etapa de presentación y desahogo de pruebas ante el juez. Lo que sí sucede es que una vez que el juez acepta la apertura del procedimiento abreviado, después de verificar que se cumplen los presupuestos mencionados, en la audiencia respectiva se le otorgará la palabra al Ministerio Público para que exponga la acusación, además de mencionar las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamentan.

*Comentario:* La presunción de inocencia consiste en la exigencia de un juicio antes de y como fundamento de toda privación de derechos. La presunción de inocencia tiene idéntico contenido que la garantía de juicio previo consagrada en el artículo 14 Constitucional. Luego entonces, podemos afirmar que la presunción de inocencia formaba parte de nuestro derecho positivo desde antes de la reforma constitucional de 2008.

La presunción de inocencia es hija del Siglo de las Luces, nació en el artículo 9o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada el 26 de agosto de 1789, en la que cristalizó el ideario de la Revolución Francesa y en la enmienda V de la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*) de los Estados Unidos de América.

La enmienda V otorga al inculpado penal el derecho a un debido proceso legal. El artículo 9o. de la Declaración Francesa establece el principio de que “Se presume que todo hombre es inocente hasta que haya sido declarado culpable” (“*Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable...*”). En este artículo, el legislador francés seguía las ideas de Beccaria, quien había afirmado: “A un hombre no se le puede llamar reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede negarle su protección

pública, si no cuando haya decidido que ha violado los pactos con que se le otorgó”.<sup>2</sup>

La presunción de inocencia impone al Estado la obligación de dar a todo ser humano tratamiento de inocente, hasta el momento en que los tribunales, mediante sentencia firme, lo declaren culpable. Entonces, y sólo entonces, podrá el Estado tratar al individuo como culpable. Dar a una persona tratamiento de culpable tanto quiere decir como imponerle una pérdida, o una limitación, de sus derechos. La pena de prisión priva de la libertad, la de multa, disminuye el patrimonio, y la de muerte priva de la vida. Quien no ha sido juzgado y condenado, no puede ser considerado culpable, ni privado de sus derechos. La presunción de inocencia ampara a todos los seres humanos, aun a aquéllos que nunca han sido objeto de una acusación penal. Si se ejerce acción penal en contra de una persona, la presunción continúa favoreciéndola durante todo el proceso, a pesar de que se dicte en su contra auto de formal prisión, y aun si se acumulan pruebas contundentes de la comisión del delito y de la responsabilidad del acusado. No desaparecen los efectos de la presunción ni siquiera si se dicta en su contra sentencia condenatoria, a condición de que interponga recurso que le impida quedar firme. Apenas ante la sentencia ejecutoria de condena podremos afirmar que la presunción ha desaparecido y que estamos ante un culpable al cual podemos privar de sus derechos, en los términos de la decisión jurisdiccional.

Jurídicamente, pues, decir que se presume la inocencia del imputado quiere decir que se le reconoce en posesión de un derecho a su vida, a su libertad y a su patrimonio, y que el Estado podrá privarlo de tales derechos únicamente cuando, seguido un proceso penal en su contra, el juez pronuncie sentencia declarándolo culpable y esa sentencia quede firme. Idéntico principio expresa la máxima *nulla poena sine iudicio*.

Entendida la presunción como la exigencia de un juicio previo a toda privación de derechos, salta a la vista su identidad con el derecho al debido proceso legal contenido en los derechos inglés y norteamericano, y se impone el estudio comparativo de esta última.

El debido proceso legal (*Due Process of Law*) es el nombre de uno de los derechos básicos que otorga a sus ciudadanos el derecho norteamericano, cuyas raíces se encuentran en el antiguo derecho consuetudinario (*common law*) inglés. La primera consagración del concepto del debido proceso aparece en la Carta Magna (Artículo 39), en la promesa real de que: “Ningún

<sup>2</sup> Beccaria, Cesare, *De los Delitos y de las Penas*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 119.

hombre libre será detenido o puesto en prisión o fuera de la ley, o en forma alguna destruido, excepto por el juicio legal de sus pares o conforme a la ley de la tierra.” (“*No free man shall be seized or imprisoned or outlawed, or in any way destroyed; excepting by the legal judgment of his peers, or by the laws of the land*”). La doctrina y la legislación inglesa posteriores consideran que los conceptos de “juicio legal de sus pares” y “ley de la tierra”, son sinónimos con el debido proceso legal. Pero esa denominación recibe su primera consagración legislativa en la V Enmienda a la Constitución Norteamericana (1791), que dice: “Ninguna persona deberá... ser privada de la vida, la libertad o la propiedad sin debido proceso legal” (“*No person shall... be deprived of life, liberty or property without due process of law*”).

Tanto los autores ingleses<sup>3</sup> como los norteamericanos afirman que la presunción de inocencia forma parte de sus respectivos sistemas jurídicos, y aun agregan que dicha presunción es la característica más destacada y prestigiosa de dichos sistemas, a pesar de que no se encuentra consagrada legislativamente ni en Inglaterra ni en los Estados Unidos de América, pero la Suprema Corte de los Estados Unidos la ha incluido entre los elementos esenciales del debido proceso legal.<sup>4</sup>

Los dos principios: presunción de inocencia y debido proceso, aparecen, correctamente, fundidos en una sola garantía en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, proclamada por la Organización de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 11.1 dice: “Se presume inocente a toda persona acusada de un acto delictivo hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida en el curso de un proceso público donde se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.”

A idéntica conclusión llega Ferrajoli cuando afirma:

*Principio de jurisdiccionalidad y presunción de inocencia.* Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad —al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio (axioma A7), y en sentido estricto que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba y a refutación (tesis T63)— postula la *presunción de inocencia* del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena.

<sup>3</sup> Giles, F. T., *El Derecho penal Inglés y su Procedimiento*, Barcelona, Bosch, Casa Editorial, 1957, pp. 195 y 196.

<sup>4</sup> *In re Winship*, 397 U. S. 358, 1970, citado en Goldstein, Dershowitz, Schwartz, *Criminal Law: Theory and Process*, Nueva York, 1974, pp. 280 y ss.

Se trata, como afirmó Luigi Lucchini, de un «corolario lógico del fin racional asignado al proceso» y, al mismo tiempo, de la «primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: presunción *juris*, 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 la de la inocencia, que se presume desde el principio— la que forma el objeto del juicio.<sup>5</sup>

Las presunciones legales han sido divididas, tradicionalmente, en dos grupos: presunciones *iuris et de iure*, o sea aquellas en que, probado el hecho del que se deducen, no pueden ser contrarrestadas por otras pruebas, y presunciones *iuris tantum*, o sea aquellas que protegen mientras no se pruebe lo contrario.

La presunción de inocencia, es una presunción *iuris tantum*, que puede ser destruida por la prueba en contrario. La carga de esa prueba recae sobre el acusador. A idéntica conclusión podemos llegar si, en vez de emplear el concepto de presunción de inocencia, nos valemos de aquel otro de estado de inocencia. El acusado se encuentra en un estado de inocencia que le permite el uso y goce pleno de sus derechos, quien afirme que ha cometido un delito y que, en consecuencia, debe ser sancionado con privación de derechos, tiene la carga de probar que se cometió el delito y que el imputado es responsable. El acusado no tiene la carga de probar su inocencia, puesto que la ley le reconoce, *a priori*, tal estado, es al Ministerio Público a quien incumbe probar los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado.

En realidad, un imperativo lógico de congruencia jurídica exige que no sólo en el proceso penal, sino en todo proceso, quien pretende cambiar una situación existente deba llevar la carga de la prueba de los hechos que alega, y en los cuales funda su pretensión. Por ello, no es sorprendente que, en el proceso civil, se hayan formulado desde antigua fecha aforismos tales como: “*Actor non probandus, reus est assolvendus*” y “*Onus probandi incumbit actore*”, los cuales, el día de hoy, inspiran a nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando afirma:

Acción. Falta de prueba de la. Dado que la ley ordena que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, es indudable que, cuando no los prueba, su acción no puede prosperar, independientemente de que la parte demandada haya o no opuesto excepciones y defensas.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 9a. ed., 2009, p. 549.

<sup>6</sup> Tesis de Jurisprudencia Definida número 4, Semanario Judicial de la Federación, Apéndice 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, p. 16.

La reforma constitucional de 2008 ha resuelto la cuestión en forma terminante en su artículo 20 al establecer que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia (apartado B, fracción I), que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (apartado A, fracción V) y que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (apartado A, fracción VIII).

El voto particular afirma que, en el procedimiento abreviado, el imputado no goza de la presunción de inocencia y el Ministerio Público no tiene la carga de la prueba, pues el imputado se ha declarado *culpable* del delito por el que se le acusa.

El término *culpable*, empleado en el voto particular, no aparece en el artículo 20, apartado A, fracción VII de la Constitución, que establece el procedimiento abreviado, ni en los artículos del Código Nacional de Procedimientos Penales que lo regulan. El término *culpable* viene directamente de la institución del *plea bargaining*, tal como lo establece el derecho procesal penal de los Estados Unidos de América.

En efecto, en el proceso del país vecino interviene el jurado, a más del juez. Al iniciar los procedimientos el juez pregunta al procesado si es culpable o no culpable. Si el procesado afirma su inocencia, se procede al juicio, cuya finalidad es que el jurado, mediante un veredicto, se pronuncie sobre la cuestión de hecho referida a la culpabilidad del imputado. El veredicto de culpabilidad del jurado funda la resolución judicial de condena. Pero, en cambio, si el imputado se declara culpable, la intervención del jurado resulta innecesaria y el juez procede a dictar sentencia que, necesariamente, será condenatoria. En estas condiciones, *el guilty plea* no es un elemento de prueba o una confesión, es en sí mismo una condena, con idéntico valor al veredicto del jurado. Luego entonces el *guilty plea* reemplaza al juicio y lo hace innecesario.

Nuestra Constitución, en cambio, condiciona el procedimiento abreviado (artículo 20, apartado A, fracción VII) a dos requisitos:

- a. Que el imputado reconozca ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito, y
- b. Que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.

El reconocimiento del imputado constituye una confesión, no un allanamiento a las pretensiones del acusador.<sup>7</sup> Es prueba que deberá ser tomada en cuenta por el juzgador, junto con las demás pruebas que integren la causa. Eso me lleva a ocuparme de las facultades del juez en el procedimiento abreviado, tema que procedo a tratar.

#### IV. FACULTADES DEL JUEZ EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Dice la sentencia:

En el caso, importa señalar que de las fracciones I, II y V transcritas con anterioridad, se advierte claramente la intención del Constituyente permanente de precisar *los principios generales que rigen a todo el proceso penal con independencia de la forma en la que éste culmine*, es decir, si concluye con el juicio oral, de forma anticipada o mediante un procedimiento abreviado, estableciendo que el objeto que persigue el proceso penal es 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; además, *que la valoración de las pruebas deberá realizarse directamente por el juez de manera libre y lógica*; específicamente, se precisa que *la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora*, conforme lo establezca el tipo penal, teniendo las partes igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente.

En efecto, los principios del proceso penal *no sólo son aplicables al juicio pro- piamente dicho, sino a todas las audiencias en las que, entre otras, exista inmediatez de las partes y se presenten pruebas*, esto debido a que el Constituyente claramente señaló que el objetivo de la reforma era implementar 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, pues considerar lo contrario sería tanto como sostener que sólo en el juicio oral se respetarán los derechos humanos del imputado y que en las demás etapas del proceso penal no, lo cual, contrariamente a lo que señala el recurrente, es insostenible.

Lo que se corrobora, con el texto expreso de la fracción X, apartado A, del artículo 20 constitucional que expresamente dispone que: *“...Los principios previstos en este artículo, se observarán también en las audiencias preliminares al juicio”*. Con lo cual, no queda duda respecto de que los aludidos principios resultan aplicables al procedimiento abreviado a que se refiere el caso concreto.

Así, en dicho procedimiento, resulta plenamente aplicable uno de los principios fundamentales del proceso acusatorio, relativo a que la carga de la

<sup>7</sup> García Ramírez, Sergio. *La Reforma Penal Constitucional (2007-2008)*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 135.

prueba corresponde a la parte acusadora, es decir, que el Ministerio Público tiene la obligación de acreditar plenamente el delito y la culpabilidad del procesado; quedando la valoración de éstas al libre arbitrio del juez, debiendo fundar y motivar sus decisiones en términos del artículo 16 constitucional. Asimismo, la fracción VIII dispone el estándar de prueba para la condena, que no es otro sino la convicción motivada para la condena, lo cual, según el propio Constituyente (*reflejado en el trabajo legislativo*), no se trata de una convicción íntima, sino de aquélla que pueda ser justificada a partir de los elementos fácticos que el ministerio público logre probar.

Lo que incluso se advierte con claridad del texto de la fracción VII, que señala que una vez iniciado el proceso penal, en caso de que el procesado admita su participación en el delito, aunado a que existan medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez deberá citar a audiencia para dictar sentencia. Lo que evidencia que en ese caso preciso, sigue siendo obligación del Ministerio Público aportar las pruebas suficientes que permitan determinar al juzgador la existencia del delito que se atribuye al procesado, siendo que éste únicamente ha aceptado su participación en el delito con todas las consecuencias que esto pueda traer; lo que no se traduce en que el juzgador inexorablemente deba emitir una sentencia condenatoria en los precisos términos en los que lo solicita la parte acusadora, como equívocamente lo sostiene el recurrente.

### El voto particular afirma:

24. Lo anterior evidencia una marcada diferencia entre ambos procedimientos. Mientras que en el procedimiento ordinario tiene lugar la etapa intermedia en la que se depuran las pruebas y los hechos que serán materia de desahogo y cuestionamiento en el juicio oral, en un escenario de contradicción probatoria. En el procedimiento especial abreviado no existen las etapas de ofrecimiento y producción de prueba. La razón, es porque se parte de condiciones distintas a las que son esencia de la contienda adversarial, al existir un acuerdo previo entre las partes que da por probada la acusación a partir de los datos que son antecedentes de la investigación.

46. Lo anterior implica que las partes prevén la posibilidad de tener por probados los hechos en los que se sustenta la acusación, a partir de los datos de prueba que ha logrado reunir el Ministerio Público en la etapa de investigación, con independencia de que no aun no hayan obtenido el rango de prueba, por no haberse desahogado en juicio oral. Sin embargo, se aceptan como elementos de convicción suficientes para corroborar la acusación. Y es a través del acuerdo que tiene el acusador con el acusado, sobre la aceptación de los hechos materia de la imputación y del procedimiento abreviado, como se solicita que se dicte la sentencia respectiva.

47. Ahora bien, el hecho de que el juzgador esté en posibilidad de dictar una sentencia absolutoria, de ninguna manera implica que el resultado dependa de la valoración que realice de los datos de prueba, a fin de determinar si efectivamente se acredita el delito y se demuestra la culpabilidad del acusado. Estos son aspectos que, en principio, constituyen hechos probados, por la aceptación de común acuerdo con el acusado de que se juzgue con los antecedentes recabados durante la investigación, que constituirán medios de convicción para corroborar la imputación. Elementos que tendrán que ser suficientes para tal efecto, pues es evidente que no podrá dictarse sentencia condenatoria únicamente con la aceptación de culpabilidad del acusado.

48. Lo anterior implica, en mi opinión, que si bien el juzgador puede dictar sentencia absolutoria como resultado de un procedimiento abreviado, la posibilidad de hacerlo está extremadamente limitada, porque la decisión no depende del ejercicio de valoración de los datos de prueba con los que el Ministerio Público sustentó la acusación para afirmar el acreditamiento del delito y la demostración de culpabilidad del acusado. Es decir, en este procedimiento el juzgador no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y de éste resultado formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado. Ello está fuera de debate, porque así lo convinieron las partes, pues de no ser así carece de sentido la previsión del procedimiento abreviado como medio anticipado de solución de la controversia jurídico penal.

49. Desde mi perspectiva, la posición del juzgador en el procedimiento abreviado no es otra que figurar como un ente intermedio, que funge como órgano de control para que se respete el debido proceso y no se vulneren los derechos procesales de las partes. En esta posición, al juzgador le corresponde verificar que efectivamente se actualicen las condiciones presupuestales para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia. Así, sin poder incurrir en un juicio de valoración probatoria, porque los datos de prueba no tienen el carácter de prueba desahogada en juicio, sí deberá revisar la congruencia, trascendencia y pertinencia de los elementos reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación.

50. De manera que en caso de existir una inconsistencia sustancial de estos datos de prueba, el juzgador podrá concluir con una sentencia absolutoria; pero insisto, ello no depende de la valoración de los elementos de convicción, sino de la eficacia y congruencia en la formulación de la acusación.

51. Incluso, con independencia de la importancia que tiene el principio de acusación y carga de la prueba para la parte acusadora en el sistema procesal penal acusatorio. En el procedimiento abreviado, para efecto del dictado de una sentencia, no puede exigirse que el Ministerio Público haya demostrado plenamente la existencia del delito y la culpabilidad del acusado. Precisamente porque los elementos que pudieran ser eficaces para tal efecto, en su caso, serían materia de incorporación como prueba en audiencia de juicio

oral. Lo que constriñe la actuación del juzgador, para que al dictar la sentencia derivada de un procedimiento especial abreviado únicamente a revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los datos de prueba que sustenta la acusación para corroborar la imputación que ha sido aceptada por el acusado.

52. Por las razones anteriores, considero que si el procedimiento especial abreviado es resultado de un convenio entre el acusador y el acusado, en el que de común acuerdo aceptan para optar por una vía que permita la conclusión anticipada del juicio, a fin de que no se tramite el procedimiento ordinario de juicio oral; ello implica que no se trata de procedimientos que tengan similar identidad, como para sostener que por analogía en ambos procedimientos deben observarse íntegramente los principios que rigen el sistema procesal penal acusatorio y oral.

53. Lo cual no significa un rechazo total a la aplicación de los principios de debido proceso al procedimiento especial abreviado, sino que existen ciertos principios, propios del procedimiento ordinario de juicio oral, que no son aplicables al especial abreviado, particularmente los de contradicción, inmediación, convicción de culpabilidad y presunción de inocencia.

54. Es por lo que considero que la resolución de la mayoría es errónea, porque no es posible sostener que habiéndose sometido voluntariamente el quejoso a un procedimiento especial abreviado, que procedió al haber aceptado ser juzgado con los antecedentes de la investigación, entre los que se contaba con una opinión pericial de valuación del objeto material del robo que se le imputó, que en términos constitucionales no podría alcanzar el rango de prueba sino hasta que fuera desahogada en juicio oral; entonces se estimara equivocada la sentencia condenatoria, en la que se consideró dicho dato de prueba como elemento base para determinar las sanciones que debían imponerse, bajo el argumento de que no reúne los elementos formales y materiales que son exigibles para la configuración de la prueba pericial.

55. A mi parecer, los datos de prueba en los que se sustenta la acusación en un procedimiento abreviado derivan de hechos que deben tenerse por demostrados y no admiten contradicción en sede judicial; precisamente, porque son resultado del convenio asumido por las partes en un caso en que el acusado y su defensor concluyen que no tienen forma de revertir los elementos que sustentan la acusación. Entonces, el acusado se declara culpable ante el juez del control y admite su responsabilidad penal en la comisión del delito por el que se le acusa, a cambio de que a través de un procedimiento que permita la terminación anticipada del proceso se le dicte una sentencia con penas inferiores a las que pudieran imponérsele como resultado de la tramitación del procedimiento ordinario de juicio oral.

*Comentario:* La esencia de la función del juez consiste en valorar las pruebas que ante él se presentan y los argumentos que se le invocan, a fin de

resolver el conflicto que se le somete. Quien no tenga facultades para ello no puede ser llamado juez.

El juez que conoce de un procedimiento abreviado tiene ante sí pruebas que debe valorar. Tanto aquellas que reunió el Ministerio Público durante la investigación como aquellas otras que aportaron al proceso el propio Ministerio Público, el imputado y su defensor. Deberá valorarlas para poder dictar sentencia fundada y motivada.

El voto particular se contradice cuando niega al juez la facultad de valorar las pruebas, pero le concede la de “revisar la congruencia, trascendencia y pertinencia de los elementos reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación”, porque esta revisión es, precisamente, una valoración de pruebas.

Si el juez puede, y debe, valorar las pruebas, existe la posibilidad de que dicte una sentencia absolutoria, a pesar de que el imputado reconoció su participación en el delito y aceptó su responsabilidad. Ello no es suficiente. El juez deberá atender, también en el proceso abreviado, los principios constitucionales que establecen: que, a más del reconocimiento, deben existir medios de convicción suficientes para corroborar la imputación (artículo 20, A, VII); que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos proteger al inocente (artículo 20, A, I); que la carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (artículo 20, A, V); que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado (artículo 20, A, VIII); que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula (artículo 20, A, IX) y que el imputado tiene derecho a que se presuma su inocencia (artículo 20, B, I).

La sentencia deberá ser absolutoria cuando, a pesar de que el inculcado reconoce su participación en el delito, no existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, o bien cuando está probada alguna causa de exclusión del delito, como la atipicidad o la legítima defensa; o, por último, si está probada alguna causa de extinción de la pretensión punitiva, como la prescripción.

El voto particular admite que “... si bien el juzgador puede dictar sentencia absolutoria como resultado de un procedimiento abreviado, la posibilidad de hacerlo está extremadamente limitada, porque la decisión no depende del ejercicio de valoración de los datos de prueba con los que el Ministerio Público sustentó la acusación...” No explica cuáles son las hipótesis en donde puede darse esa sentencia absolutoria. Al admitir que el procedimiento abreviado puede concluir en una sentencia absolutoria, el voto particular entra en contradicción interna, pues afirma que este pro-

cedimiento se funda en un convenio entre las partes, y semejante convenio haría imposible la absolucón. Procedo a ocuparme de este tema.

## V. EL CONVENIO PROCESAL

El voto particular afirma que "...el procedimiento especial abreviado es resultado de un convenio entre el acusador y el acusado". Agrega que el juez conoce de "...hechos que deben tenerse por demostrados y no admiten contradicción en sede judicial, precisamente porque son resultado del convenio asumido por las partes."

Ese supuesto convenio no aparece mencionado en la Constitución, ni en el Código Nacional de Procedimientos Penales. La sentencia tampoco cita el convenio.

El derecho de los Estados Unidos de América s  practica las negociaciones entre el Ministerio Público y el acusado. La institución es denominada *plea bargaining* y es definida como "La negociación de un acuerdo entre el ministerio público y el inculpaado conforme al cual se permite al inculpaado declararse culpable de una acusación disminuida".<sup>8</sup>

Admitir la posibilidad de que el Ministerio Público y el inculpaado negocien la acción penal va en contra de toda la tradición jurídica mexicana, representada por el artículo 2947 del Código Civil Federal conforme al cual: "Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito, pero no por eso se extingue la acción pública para la imposición de la pena, ni se da por probado el delito". El concepto mismo de negociación entre el Ministerio Público y el inculpaado es un absurdo. La negociación sólo puede darse entre iguales. El Leviatán no negocia con sus súbditos, les impone su voluntad.

Antes de copiar la institución del *plea bargaining* bueno sería estudiar los resultados que ha tenido en su país de origen.

La figura del *plea bargaining*, o negociación del alegato, surgió en Estados Unidos de América a principios del siglo XIX,<sup>9</sup> como una práctica del Ministerio Público, quien retiraba algunos de los cargos que pretendía hacer al acusado a cambio de que éste se declarase culpable. Los jueces no participaban en esa práctica. De hecho la veían con desaprobación e, incluso, en algún caso pretendieron sancionar a quienes la usaban<sup>10</sup> pero pronto los

<sup>8</sup> *Merriam-Webster's Collegiate Dictionary*, Springfield, Massachusetts, U.S.A., Tenth Edition, 1993.

<sup>9</sup> Fisher, George, *Plea Bargaining's Triumph*, *The Yale Law Journal*, V, 109, marzo 2000, p. 864.

<sup>10</sup> *Ibidem*, pp. 882 y 915.

jueces se unieron a la práctica de negociar la pena que podrían imponer. El *plea bargaining*, que a principios del siglo XIX servía para resolver unos cuantos casos, a fines de ese siglo se aplicaba a casi el 90% de ellos.<sup>11</sup> Hoy, el acusado se declara culpable en más de 95% de los casos. El *plea bargaining*, dice Fisher, no puede crecer más,<sup>12</sup> ha triunfado en toda la línea. El jurado popular, que, según la Constitución de Estados Unidos, debería ser la regla general para tramitar el proceso penal, se ha convertido en la práctica en algo excepcional, cuya subsistencia parece servir únicamente como espectáculo a la televisión y al cine.

Cabe preguntarse cuál es la causa de ese éxito fulminante. Fisher nos informa que el *plea bargaining* ha triunfado porque sirve a los intereses de los poderosos.<sup>13</sup> El Ministerio Público, en primer lugar, encuentra en el *plea bargaining* el camino para deshacerse de la sobrecarga de trabajo y evitar el riesgo de perder un caso. El juez, igualmente, encuentra en este procedimiento la forma de eliminar el trabajo de manera rápida, efectiva y sin riesgo de que su resolución sea revocada en apelación.<sup>14</sup> El *plea bargaining* protege la reputación del Ministerio Público y del juez y da legitimidad a todo el sistema en la medida en que el público piensa que el resultado se ajusta a la verdad, puesto que las partes lo han aceptado. Al admitir culpa, el acusado elimina toda duda acerca de ésta. Por su naturaleza, el *plea bargaining* oculta todos los errores de hecho y de derecho.

Por lo que hace a los defensores, recordemos que en Estados Unidos, al igual que en México, los defensores de oficio se encargan de más del 85% de los casos. El defensor de oficio es un empleado del Estado y recibe un salario fijo que no guarda relación ni con el número de casos que se le confían ni con el resultado de los mismos. En consecuencia, está tan interesado como el Ministerio Público y el juez en que los casos se resuelvan en el menor tiempo posible y con el mínimo esfuerzo. Si un asunto termina sin tener que agotar todas las etapas procesales, tanto mejor para el defensor de oficio.

El triunfo del *plea bargaining* se explica porque favorece los intereses de todas las partes en el juicio. Bueno, de casi todas. Se nos ha olvidado hablar del acusado. Éste se enfrenta, simultáneamente, a un Ministerio Público que exige que se declare culpable, a un defensor que afirma que, en efecto, eso es lo que más le conviene y a un juez que dice: si usted no se declara culpable será severo al condenar.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 1016.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 1075.

<sup>13</sup> Fisher. *op. cit.*, nota 8 p. 859.

<sup>14</sup> *Ibidem*, pp. 867, 893, 989, 1039, 1042 y 1043.

Los agentes del Ministerio Público, quienes saben que, en casi la totalidad de los casos, el asunto se resolverá por la vía del *plea bargaining*, amenazan al inculcado con acusaciones por delitos múltiples e invocan agravantes improcedentes.<sup>15</sup> Actúan como los vendedores en los mercados árabes, que piden 100 por una mercancía a fin de iniciar un sabroso regateo que les permitirá vender en 20 lo que vale 10.

En algunos, raros, excepcionales casos, un acusado se atreve a declararse inocente, y a reclamar el juicio que la Constitución dice garantizarle. Ese individuo es considerado como enemigo del sistema, que está obstaculizando su funcionamiento fluido, que está dificultando la labor del Ministerio Público y del juez, y que será obligado a pagar las consecuencias (*trial tax*). El Ministerio Público cambiará su acusación inicial para agravar los cargos, el juez lo enviará a prisión preventiva por largo tiempo, uno o dos años, a esperar que el juzgado tenga tiempo para atender ese fenómeno excepcional: un juicio penal.<sup>16</sup> En estas condiciones, fácilmente podemos suponer que muchos inocentes se declaran culpables, pues son incapaces de enfrentar la presión combinada del Ministerio Público, del juez y de su propio defensor.

El *plea bargaining* ha tenido fuertes críticas. Los conservadores afirman que favorece a los criminales. Los liberales critican que condena inconscientemente, por rutina. En 1973, la Comisión Nacional Asesora en Justicia Penal recomendó su abolición en cinco años. La única finalidad del *plea bargaining*, dijo, es disponer de los casos lo más rápidamente posible, sin atender a la justicia. Su recomendación no ha sido atendida.<sup>17</sup> El número de casos que se resuelven mediante *plea bargaining*, si acaso, ha aumentado. El sistema de justicia penal tiene una adicción por el *plea bargaining* y ya no está a su alcance el librarse de él.

Pizzi expresa su opinión ya en el nombre de su libro: *Trials Without Truth, Why our System of Criminal Trials has Become an Expensive Failure and What we Need to do to Rebuild it*.<sup>18</sup> Sabemos, dice, que no podemos confiar en nuestros procedimientos penales para obtener sentencias ajustadas a la verdad.<sup>19</sup> Una cosa es ofrecer al acusado una reducción en su pena, como un incentivo para resolver un caso en forma expedita y otra, muy diferente, evitar el juicio a cualquier costo, como sucede en los Estados Unidos. Un sistema totalmente entregado al *plea bargaining* pierde el respeto de todo mundo, inclu-

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 872.

<sup>16</sup> Bogira, Steve, *Courtroom 302*, Nueva York, *Alfred A. Knoff*, 2005, pp. 73, 74 y 127.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 41 y 47.

<sup>18</sup> Pizzi, William T., *Trials Without Truth, Why Our System of Criminal Trials Has Become an Expensive Failure And What We Need to do to Rebuild it*, New York, *New York University Press*, 1999.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 71.

so el de las víctimas y el de los acusados.<sup>20</sup> El resultado es que los tribunales más parecen bazares que cortes de justicia.<sup>21</sup>

Para Vogler<sup>22</sup> el uso del *plea bargaining* en los Estados Unidos representa una paradoja, porque es completamente ajeno a sus más valoradas creencias. En un sistema comprometido con la confrontación contradictoria representa acuerdo y consenso. En un sistema construido alrededor de la presunción de inocencia presume culpabilidad. En un sistema comprometido con la libre discusión de cuestiones en tribunales a puertas abiertas, es reservado, burocrático, discrecional y casi inapelable. Finalmente, en un sistema que enfatiza los derechos del procesado con un fervor casi religioso, destruye, al menos, cuatro Derechos Fundamentales y Libertades garantizados por la Convención Europea de Derechos Humanos y un número de derechos procedimentales consagrados en la Constitución de los Estados Unidos.

La primera y más poderosa objeción a la práctica del *plea bargaining* es que contradice completamente la presunción de inocencia. Si los acusados se presumen inocentes, ¿cuál es la lógica de penalizarlos por ejercer el derecho al juicio? Es perfectamente aceptable que un acusado renuncie voluntariamente a un derecho fundamental (como el derecho a la presunción de inocencia hasta que el proceso ha sido rigurosamente puesto a prueba) pero cuestión diferente es inducirlo a hacerlo a través de amenazas y penas.<sup>23</sup>

Diversas investigaciones han determinado que, entre aquellos que se declaran culpables, son, en verdad, inocentes, entre el 11% y el 51.6%.<sup>24</sup>

Citaré, por último, a Langbein<sup>25</sup> para quien el *plea bargaining* es un procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de graves delitos. Si alguien busca en la Constitución de los Estados Unidos algún fundamento para el *plea bargaining*, buscará en vano. En su lugar, encontrará, en un texto de la misma jerarquía axiológica, el *Bill of Rights*, una garantía opuesta, la garantía del juicio previo. La Sexta Enmienda establece:

En toda persecución penal, el acusado tendrá derecho a... juicio... por un jurado imparcial.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>22</sup> Vogler, Richard, *Justicia Consensuada y Proceso Penal*, p. 219.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 232.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>25</sup> Langbein, John H., "Tortura y Plea Bargaining", en *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 9 y 10.

En nuestros días, el juicio por jurado sigue ocupando su lugar central tanto en el ordenamiento jurídico formalmente vigente como en la mitología del derecho. El texto constitucional no ha cambiado, los tribunales pretenden aplicar el derecho del imputado a un juicio por jurados, y la televisión transmite un flujo permanente de dramas en los cuales un debate judicial por el veredicto del jurado conduce inexorablemente al descubrimiento del verdadero culpable. En verdad, el juicio penal por jurados en gran medida ha desaparecido en los Estados Unidos. El sistema de justicia penal en la actualidad, resuelve prácticamente todos los casos de delitos graves a través del *plea bargaining*. Dependiendo de la jurisdicción, tanto como el 99 por ciento de las condenas por delitos son impuestas mediante un *plea*. Este procedimiento sin juicio se ha transformado en el procedimiento regular en el derecho de Estados Unidos para resolver los casos penales.<sup>26</sup>

Langbein, después de efectuar un estudio comparativo de los procedimientos penales de la inquisición medieval europea con el *plea bargaining*, llega a la siguiente conclusión:

En los Estados Unidos del siglo XX hemos duplicado la principal experiencia del procedimiento penal de Europa medieval: hemos abandonado un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones. Forzamos al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española ni otros instrumentos de tormento para dañar sus piernas. Pero, como los europeos de hace siglos que sí utilizaban esas máquinas, hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable. Es esta diferencia en la gravedad de las penas impuestas lo que torna coercitivo al *plea bargaining*. Existe, por supuesto, una diferencia entre soportar la destrucción de los miembros del propio cuerpo si uno se rehúsa a confesar, o sufrir algunos años adicionales de privación de libertad si uno se rehúsa a confesar, pero la diferencia es cuantitativa, no cualitativa. El *plea bargaining*, como la tortura, es coercitivo. Del mismo modo que los europeos de la Edad Media, los estadounidenses están operando, en nuestros días, un sistema procesal que impone decisiones condenatorias sin un proceso judicial de determinación de la culpabilidad. La máxima de los glosadores medievales —ya no más aplicable en el derecho europeo— describe ahora con propiedad el derecho

<sup>26</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

estadounidense: *confessio est Regina probationum*, la confesión es la reina de las pruebas.<sup>27</sup>

*En resumen:* ¿El proceso penal en México va a seguir el modelo de juicio previo, elaborado por la cultura jurídica occidental en el último milenio? O bien ¿vamos a adoptar el *plea bargaining*, que ya fracasó en los Estados Unidos de América? La sentencia que ahora comento es uno de los frentes de batalla entre dos principios: presunción de inocencia y *pacta sunt servanda*.

<sup>27</sup> *Ibidem*, págs. 15, 16 y 17.

## LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA Y POR CASO URGENTE EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Roberto A. OCHOA ROMERO\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio del hecho como óbice para la intervención penal del Estado*. III. *La detención en flagrancia*. IV. *El caso urgente*. V. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* un importante decreto de reforma que modificó, sustancialmente, las bases constitucionales del sistema mexicano de enjuiciamiento criminal.<sup>1</sup>

De acuerdo con el contenido del decreto, se reformaron 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 (CPEUM).

Entre otras cuestiones, el decreto de 18 de junio del 2008 vino a implantar en nuestra norma suprema las bases para que, en su día, la legislación secundaria del ámbito federal y, por su parte, la del orden común, desarrollara un nuevo sistema procesal penal de corte acusatorio y oral.

Tiempo después, uno de los artículos reformados por el decreto de junio del 2008 (artículo 73 CPEUM), fue nuevamente reconfigurado en su fracción XXI. Esta reforma se produjo mediante decreto publicado en el *DOF* del 8 de octubre de 2013.

\* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> La reforma constitucional señalada es tratada a profundidad por García Ramírez en *La reforma penal constitucional (2007-2008)*. ¿*Democracia o autoritarismo?*, 4a. ed., México, Porrúa, 2010.

El texto del artículo 73 fracción XXI CPEUM, después de la reforma citada,<sup>2</sup> quedó en los siguientes términos:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

a) Las leyes generales en materias de secuestro y trata de personas, que establezcan como mínimo, los tipos penales y sus sanciones.

Las leyes generales contemplarán también la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios;

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse; así como legislar en materia de delincuencia organizada;

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

Las autoridades federales podrán conocer de los delitos del fuero común, cuando éstos tengan conexidad con delitos federales o delitos contra periodistas, personas o instalaciones que afecten, limiten o menoscaben el derecho a la información o las libertades de expresión o imprenta.

En las materias concurrentes previstas en esta Constitución, las leyes federales establecerán los supuestos en que las autoridades del fuero común podrán conocer y resolver sobre delitos federales.

Muy concretamente, la reforma que se produjo sobre el artículo 73 fracción XXI del 8 de octubre de 2013, trajo consigo un completo rediseño del precepto.

De acuerdo con su configuración actual, la fracción XXI del artículo 73 CPEUM se organiza en un primer párrafo —seguido por tres incisos—, y dos párrafos más. Dentro de los incisos llama especialmente la atención el inciso c). Y llama especialmente la atención porque en éste se integra una facultad exclusiva del Congreso de la Unión que se traduce en expedir la “legislación única en materia procedimental penal”.

Como consecuencia lógica de esa importante adición al catálogo de facultades exclusivas del Congreso de la Unión, los congresos de los diferentes estados de la República pierden dicha potestad legislativa —que subsistía en tiempos de la reforma del 18 de junio del 2008—. Sin embargo, los congre-

<sup>2</sup> El inciso a) del artículo 73 fracción XXI CPEUM, fue reformado posteriormente mediante decreto del 10 de febrero de 2014. En esa ocasión la reforma dotó al Congreso de la Unión de la facultad para legislar sobre delitos electorales.

Los locales mantienen sus facultades legislativas en el ámbito del Derecho penal sustantivo.

Hay que reconocer que la adición de tal facultad en el ámbito de atribuciones del Congreso de la Unión permite unificar, cuando menos, la legislación procesal penal a nivel nacional.

Más adelante, el 5 de marzo de 2014, se publicó en el *DOF* el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP). Este código viene a hacer realidad lo dispuesto por el artículo 73 fracción XXI inciso c) CPEUM y representa —previo cumplimiento de las disposiciones transitorias que acompañaron al decreto—, la ley de rito procesal penal de aplicación a nivel nacional, tanto para delitos del orden común como para delitos del orden federal.

Como es natural, es en el CNPP en donde ahora se desarrollan todas y cada una de las distintas cuestiones constitucionales que tienen injerencia en la conformación del sistema procesal penal mexicano, dentro de las cuales se hallan, desde luego, las que tienen que ver con las diferentes formas de detención. Por tanto, la cuestión se traslada —de forma particular aunque no exclusiva—, al artículo 16 CPEUM.

Así las cosas, si en el CNPP se condensan —al tiempo que se homologan—, los principios y las reglas del sistema procesal penal mexicano, es también ahí en donde han de explicarse los alcances de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008. En tal virtud, es en el CNPP en donde han de explicarse —entre otras cuestiones—, las formas de detención y, dentro de ellas, muy particularmente, dos formas básicas de captura que parten de la probable comisión de un delito: la flagrancia y el caso urgente (artículo 16 párrafos quinto y sexto CPEUM).

Pues bien, en los apartados siguientes se realiza una exposición sobre el estado actual de las cosas en lo que respecta a la detención en flagrancia y por caso urgente. Especialmente, se trata de ilustrar cuál es la recepción normativa que tales formas de detención presentan en el CNPP, sobre todo, porque ambas formas de detención fueron modificadas —directa o indirectamente—, por el ya citado decreto del 18 de junio de 2008.

## II. EL PRINCIPIO DEL HECHO COMO ÓBICE PARA LA INTERVENCIÓN PENAL DEL ESTADO

Antes de avanzar en el análisis de la flagrancia y el caso urgente como formas de detención, es importante recordar que sólo puede intentarse una de tales fórmulas si, en el caso particular, se está ante la probable comisión de un hecho que la ley señale como delito. Por tanto, la primera exigencia para

que se produzca una detención en flagrancia y, sin duda, por caso urgente, es verificar la existencia material de un hecho penalmente relevante.

En este sentido cobra especial importancia el principio del hecho, que, como obstáculo material, impide al legislador tipificar y sancionar los meros pensamientos o las formas de ser o de vivir y, como obstáculo o presupuesto formal para la intervención penal, prohíbe afectar la esfera de derechos del ciudadano salvo en aquellos casos en los que su conducta exterior sea, cuando menos en apariencia, constitutiva de delito. Así, como cortapisa formal, el principio del hecho se condensa en la exigencia de que se verifique la conducta típica y el resultado de la misma.

En efecto, el principio del hecho comporta la exigencia de que el delito se traduzca en una actividad externa susceptible de apreciación sensorial y no en una actividad puramente interna ni en una forma de ser del sujeto.<sup>3</sup> Conforme a este principio, el delito sólo es apreciable cuando le precede la realización de un hecho externo que es reflejo del plan criminal.

Conforme a este principio, no pueden ser sancionadas como delitos las conductas humanas que no se exterioricen mediante acciones u omisiones.<sup>4</sup> Tal prohibición supone, por tanto: *a*) Que con el pensamiento no se delinque (*cogitationem paenam nemo patitur*), y *b*) Que la forma de ser del autor no pueda ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que puedan comportar una agravación de la pena.<sup>5</sup>

De esta forma, el principio del hecho es uno de los ejes fundamentales del Derecho penal (Derecho penal de acto), que no admite que los presupuestos del delito o de las circunstancias de agravación de éste, tengan como base la forma de ser del sujeto, o bien, su siempre pretendida peligrosidad (Derecho penal de autor). El Derecho penal de autor, por su parte, elimina el carácter fáctico del Derecho penal y lo convierte en un simple e inopinado instrumento de intervención estatal que comporta riesgos incalculables para el estado de Derecho.

Dando por sentada la vigencia del principio del hecho como obstáculo material para la intervención penal, el principio de legalidad se proyecta, junto con aquél, como uno de los grandes logros de las sociedades modernas. Dentro de este principio fundamental la garantía criminal excluye del ámbito de lo penal todas aquellas acciones u omisiones que, por muy graves

<sup>3</sup> Véase Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 343 (especialmente la nota 2). También, Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal, Parte general*, 2a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 82.

<sup>4</sup> Zugaldía Espinar, José Miguel, *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, 3ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p. 278.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 278 y 279.

que pudieran parecer desde la perspectiva moral, religiosa, social, ética o política, no han sido consideradas por el legislador como base formal para la imposición de sanciones penales.

En efecto, la fundamental exigencia de legalidad en la previsión de las conductas cuya comisión arrastra la aplicación de sanciones penales, permite que el ciudadano pueda desarrollar su vida en absoluta libertad, sobre todo, porque la certeza que la propia previsión típica produce sobre los alcances de lo punible (función de selección), tiene su reverso en la prohibición de ser molestado por la realización de conductas que no han sido consideradas como delito (función de garantía),<sup>6</sup> o bien, que siendo consideradas como delito, no han sido ejecutadas por quien es señalado como autor o partícipe.

De suerte tal que el principio del hecho y, especialmente, su significación como obstáculo formal para la intervención penal (garantía criminal), esto es, como exigencia de materialización o exteriorización de la acción u omisión que la ley señale como delito, constituye un presupuesto básico para la intervención penal del Estado y, por tanto, para la detención en flagrancia o en caso urgente.

### III. LA DETENCIÓN EN FLAGRANCIA

Como ya se dijo, la intervención penal del Estado solo es posible allá en donde el pensamiento criminal se ha manifestado en hechos y siempre que esos hechos se ajusten a la descripción que de éstos realiza la ley. Por tanto, el principio de legalidad —a través del principio del hecho y, con él, de la garantía criminal—, es un presupuesto indispensable para que pueda producirse una detención, ya sea en flagrancia, ya en caso urgente.

En lo que respecta a la detención en flagrancia, su reconocimiento constitucional se realiza actualmente desde el artículo 16 párrafo quinto CPEUM.<sup>7</sup>

Antes de la reforma constitucional que se produjera por virtud del decreto publicado en el *DOF* el 18 de junio de 2008, el párrafo cuarto del artículo 16 CPEUM señalaba: “En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público”.

<sup>6</sup> Sobre las funciones que posee el tipo en Derecho penal véase Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 252.

<sup>7</sup> El actual párrafo quinto del artículo 16 CPEUM, era el párrafo cuarto del mismo precepto cuando se produjo la reforma del 18 de junio de 2008.

Como puede advertirse, el artículo 16 párrafo cuarto CPEUM no señalaba cuáles eran los casos de delito flagrante. Se trataba de una cuestión que de forma muy dispar identificaban y desarrollaban los diferentes códigos procesales penales vigentes a la sazón, muy a pesar de que, gramaticalmente, el término flagrante se utiliza para indicar el momento mismo de estarse realizando un delito, ni antes, ni después.<sup>8</sup>

En la reforma que tuvo lugar mediante decreto del 18 de junio del 2008, el constituyente procuró ser mucho más claro y definir, directamente en el texto constitucional, cuáles son los casos que pueden entenderse como flagrancia y cuáles incurren, seguidamente, en otra forma de detención vinculada con aquella que se encuentra cifrada en el enunciado inmediatamente después.

Como ya se dijo, la detención en flagrancia —en sentido estricto—, así como la detención inmediatamente después, se recogen actualmente en el artículo 16 CPEUM en los siguientes términos:

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Así, verificada que sea la apariencia de criminalidad del hecho, esto es, que exista una acción u omisión que la ley reconozca como delito y que genere un resultado, el artículo 16 CPEUM autoriza a toda persona para detener a otra en flagrancia, o bien, inmediatamente después.

De conformidad con esta disposición, una persona puede ser detenida en dos supuestos: a) en el momento mismo de estar cometiendo el delito (flagrancia); o bien, b) inmediatamente después de haberlo cometido.

Como consecuencia lógica se genera la obligación de poner al detenido a disposición de la autoridad más cercana y ésta, a su vez, se obliga a conducirla ante el Ministerio Público para el desarrollo de la investigación. En ambos casos, la puesta a disposición no admite demora.

<sup>8</sup> Véase, sobre este punto, Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Las garantías del inculgado*, 2a. ed., México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2012, pp. 2 y ss.; Contreras Castellanos, Julio César, *Las garantías individuales en México*, México, UNAM-Miguel Ángel Porrúa, 2006, p. 393; Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México, Oxford, 2009, p. 209. *Cfr.*, Del Castillo del Valle, Alberto, *Garantías del gobernado*, 2a. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2005, pp. 438 y 439; Carbonell, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Porrúa-UNAM-CNDH, 2007, p. 145; Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2012, p. 705; Ojeda Velázquez, Jorge, *Derecho constitucional penal*, t. I, 2a. ed., México, Porrúa, 2007, pp. 256-260.

Ahora bien, cuáles deben ser los alcances de las dos hipótesis, esto es, de la detención en el momento mismo de cometerse el delito y cuáles, por su parte, de la detención inmediatamente después de haber cometido el delito.

Si se parte de la idea —como no podía ser de otra manera—, de que la Constitución general de la República está diseñada de forma tal que cualquier ciudadano del país e, incluso, cualquier persona que se encuentre en él, pueda conocer y entender cuál es el contenido de sus disposiciones, la detención en el momento mismo de estar cometiendo el delito solo puede significar que al detenido se le haya realizando, materialmente, el hecho que la ley reconoce como delito. En el segundo caso, el de la detención inmediatamente después de haberlo cometido, solo puede sugerir que la persona que ha cometido el delito fue detenida instantes o momentos después de haberlo realizado.

### *Su desarrollo en el CNPP*

La detención en flagrancia se recoge en el CNPP en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo III, “Formas de conducción del imputado al proceso”, Sección II, “Flagrancia y caso urgente”, en sus artículos 146 a 149.

En su artículo 146 el CNPP señala cuáles son los supuestos de flagrancia a los que, pretendidamente, se refiere el artículo 16 párrafo quinto CPEUM. Su texto es el siguiente:

#### Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o  
II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) 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 y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

En lo que respecta a su fracción I, el artículo 146 CNPP simplemente replica la primera hipótesis de detención a que alude el artículo 16 párrafo quinto CPEUM, esto es, al supuesto de flagrancia en sentido estricto. En cambio, en su fracción II, se plantean dos alternativas con respecto a la segunda hipótesis del artículo 16 párrafo quinto CPEUM. Dicho de otra manera, se aportan dos alternativas dentro del supuesto de detención inmediatamente después de que se cometa el delito.

La ubicación sistemática de las diferentes formas de detención inmediatamente después, no deja lugar a dudas sobre la confusión legislativa. En efecto, tal parece que en el CNPP la flagrancia y la detención inmediatamente después son dos formas de captura equivalentes, cuando, en realidad, el constituyente fue preciso al distinguir entre una y otra.

Pues bien, en el primer caso, el del artículo 146 fracción II inciso a) CNPP, se recoge el primer supuesto de detención inmediatamente después de cometido el delito. En este caso, no era necesario exigir —como presupuesto para la persecución y detención inmediatamente después—, que el sujeto sea sorprendido cometiendo el delito, pues tal hipótesis quedaría abarcada por el artículo 146 fracción I CNPP. Era suficiente con explicar el segundo supuesto del artículo 16 párrafo quinto CPEUM en términos de persecución material e ininterrumpida después de la comisión del delito.

Ahora bien, en el artículo 146 fracción II inciso b), el legislador pierde el rumbo y se aleja de lo dispuesto por el artículo 16 párrafo quinto CPEUM. En efecto, en esta segunda hipótesis del artículo 146 fracción II CNPP, el legislador configuró un supuesto de detención llamado por señalamiento que, como más adelante se verá, no se corresponde con el texto del artículo 16 párrafo quinto CPEUM, ni con los motivos que impulsaron la reforma.

En efecto, el artículo 16 párrafo quinto CPEUM solo reconoce dos formas de detención: a) en el momento mismo de estar cometiendo el delito (flagrancia del artículo 146 fracción I CNPP); o, b) inmediatamente después de haberlo cometido (artículo 146 fracción II inciso a) CNPP).<sup>9</sup> Pero nada se dice en la CPEUM sobre una detención por señalamiento que, dicho sea de paso, fue una de las perniciosas estrategias de detención adoptadas mayoritariamente por la legislación procesal penal anterior a la reforma constitucional de junio de 2008.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal. Mesas redondas abril-mayo 2008*, México, 2008, pp. 5 y 6.

<sup>10</sup> En efecto, la reforma que se produjo sobre el texto del entonces párrafo cuarto del artículo 16 CPEUM, permitió eliminar la hipótesis de “detención en caso de flagrancia equiparada, que se traduce en la detención del indiciado cuando es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito”. *Ibidem*, pp. 73, 111, 112, 189 y 242.

La denominada detención por señalamiento —según dispone el artículo 146 fracción II inciso b) CNPP—, parte de la base de que la persona que ha cometido el delito es “señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo”. Es evidente que la precitada detención por señalamiento se aparta del radio de aplicación del artículo 16 párrafo quinto CPEUM, pues se desprende de la exigencia —acaso sea terminológica—, de que la detención se realice inmediatamente después de cometido el delito.

Por esa razón, en el párrafo último del artículo 146 CNPP se pretende corregir tal inconsistencia mediante el requerimiento de que la detención por señalamiento se realice “siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización”. No obstante, lo cierto es que con esta cláusula no se alcanzan a evitar los riesgos de exceso a que puede conducir esta peculiar forma de detención que la reforma de 2008 vino a desarraigar.

Y es que, aún y cuando la detención por señalamiento se condiciona a que inmediatamente después de cometido el hecho típico no se haya interrumpido la búsqueda o localización del autor o partícipe, lo cierto es que se diluye la exigencia de inmediatez a que se refiere la CPEUM en su artículo 16 párrafo quinto.

Así es, si la detención por señalamiento solo puede articularse inmediatamente después de cometido el delito y siempre que no se haya interrumpido la búsqueda o localización del autor del hecho típico, se está, sencillamente, ante la hipótesis del inciso a) de la fracción II del artículo 146 CNPP, y en nada afecta que la persecución haya iniciado o pueda continuar por el señalamiento que haga la víctima, el ofendido, algún testigo presencial, un coautor o el partícipe. Mientras que, si en este caso se tiene como presupuesto el señalamiento por parte de “la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito”, quiere decir que la búsqueda o localización podría realizarse sobre una persona no identificada y, precisamente por ello, se requiere del señalamiento para poderla individuar.<sup>11</sup> Es decir, que cabrían casos en los que la detención no se realizaría inmediatamente después de cometido el delito.

En efecto, sería imaginable el caso en el que se verifique la existencia de un hecho que la ley señale como delito y, por el solo hecho de haberse inicia-

<sup>11</sup> Véase García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 1, p. 70.

do la investigación en contra de cualquier persona, se satisfaría el requisito de la búsqueda o localización ininterrumpida, por lo que, aun habiendo pasado varias horas o días, se podría producir la detención en flagrancia por señalamiento.<sup>12</sup> En estas condiciones, no cabe duda que la llamada detención por señalamiento erosiona la seguridad jurídica que el constituyente pretendió acrecentar al identificar, con toda claridad, en qué casos se puede detener a una persona bajo el supuesto de flagrancia y en cuáles inmediatamente después.

Este peculiar supuesto de flagrancia por señalamiento no configura, siquiera, una detención inmediatamente después de cometido el delito.

#### IV. EL CASO URGENTE

La detención en caso urgente es un acto de autoridad ordenado por el Ministerio Público y constituye, junto con otras formas de detención constitucionalmente regladas, uno más de los supuestos que reconoce el artículo 16 CPEUM para que el Estado pueda intervenir, legítimamente, en el ámbito de la libertad personal.

Su desarrollo está contenido en el artículo 16 párrafo sexto CPEUM con el siguiente texto:

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

De acuerdo con su manufactura constitucional, la orden ministerial de detención por caso urgente solo puede tener lugar si se colman los siguientes requisitos que la propia CPEUM plantea de forma cumulativa: *a*) que se trate de delito grave así calificado por la ley; *b*) que exista riesgo fundado de evasión, y *c*) que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no se pueda acudir ante la autoridad judicial.

Así, la detención ministerial en caso urgente pretende solucionar aquellos casos en los que existe riesgo de evasión y no es posible acudir ante la autoridad judicial para solicitar —lo cual es de toda lógica jurídica—, una orden de búsqueda y captura. Siempre y cuando —de ahí la excepcionali-

<sup>12</sup> En este sentido Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Errores e inconstitucionalidades del Código nacional de procedimientos penales*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 78-80.

dad del supuesto—, la investigación se haya realizado respecto de un delito calificado como grave por la ley.

Antes de la reforma constitucional que se produjera mediante decreto del 18 de junio de 2008, el primer requisito que planteaba y, sin duda, hoy sigue planteando el artículo 16 párrafo sexto CPEUM —que se trate de delito grave así calificado por la ley—, se colmaba por la vía del artículo 20 apartado A fracción I CPEUM, según su texto anterior.<sup>13</sup>

Actualmente, después de las modificaciones que se produjeran a través del aludido decreto de reforma de 2008 y que, entre otras, recondujeron el tratamiento de la cuestión a otro lugar, la recepción constitucional del régimen de los delitos graves se ubica ahora en el artículo 19 párrafo segundo (segunda parte) de la Constitución general de la República. El artículo 19 CPEUM señala en ese punto:

...el juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

El artículo 19 párrafo segundo CPEUM, indica que habrá prisión preventiva oficiosa solo en los casos de delincuencia organizada, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas o explosivos, así como aquellos delitos graves que señale la ley, exclusivamente, contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Conviene distinguir que dentro de los delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa se encuentran los delitos graves, lo que no quiere decir que todos aquellos delitos respecto de los cuales opere dicha medida cautelar, oficiosamente, deban ser considerados graves a todos los efectos.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

A. Del inculpado:

I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley o, cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad...

<sup>14</sup> Así Hernández-Romo Valencia, Pablo, *op. cit.*, nota 12, p. 83.

Así las cosas, se tiene que la CPEUM solo reconoce como delitos graves aquellas figuras típicas que comprometan la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Esto es, que si antes de la reforma que sufriera el artículo 20 apartado A fracción I CPEUM, se reconocía la posibilidad de que existiera —sujeto a toda suerte de caprichos legislativos— un catálogo más o menos amplio de delitos graves, hoy solo son calificables como tales aquellos delitos que involucren una lesión o puesta en riesgo de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

En su redacción actual, el artículo 19 párrafo segundo CPEUM pretende producir mayor seguridad jurídica en este sentido y cierra el eventual catálogo de delitos graves sobre la base del contenido de injusto. Y es que no podía ser de otra manera, sobre todo si se parte de la idea de que la prisión preventiva se visualiza como una excepción en el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal; de suerte tal, que solo puede haber prisión preventiva oficiosa en los casos de mayor lesividad.

Sin embargo, de acuerdo con lo que se puede apreciar en el artículo 150, en relación con el 167, ambos del CNPP, el legislador secundario ha llevado el catálogo de delitos graves —específicamente para efectos de la detención en caso urgente—, más allá de lo dicho por el constituyente.

### *Su desarrollo en el CNPP*

En el artículo 150 CNPP, ubicado en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo III, “Formas de conducción del imputado al proceso”, Sección II, “Flagrancia y caso urgente”, se desarrolla lo dispuesto por el artículo 16 párrafo sexto CPEUM. Su texto es el siguiente:

#### Artículo 150. Supuesto de 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. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

[...].

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

En este artículo el legislador ha desarrollado, en tres fracciones, los presupuestos constitucionales para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona en caso urgente. En su fracción I se desenvuelve el primer requisito constitucional de esta especial forma de detención, esto es, el requisito de que se trate de delito grave. Para tales efectos, el artículo 150 fracción I CNPP señala:

...se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión

En esta fracción se registra como primer requisito para la emisión de una orden ministerial de detención en caso urgente la existencia de un hecho señalado como delito grave y, además, que exista la probabilidad de que una persona lo realizó o participó en su realización.

En realidad, además de la gravedad del hecho, se requieren al tiempo los elementos que el artículo 16 párrafo tercero CPEUM exige para la emisión de una orden de aprehensión. Y es que no podía ser de otra manera. La detención ministerial por caso urgente es, en cierta forma, una excepción al pedimento de orden de aprehensión (imposibilidad para acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia) y no una fórmula de detención equiparable a la flagrancia.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Así Hernández-Romo Valencia, Pablo y Ochoa Romero, Roberto Andrés, *Delitos cometidos por servidores públicos contra la administración de justicia*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch-UNAM-Inacipe, 2013, pp. 78 y 79. La cuestión tiene especial relevancia cuando se trata de definir si el agente del Ministerio Público puede iniciar el conteo del plazo de retención a partir del momento en que el indiciado es detenido en urgencia y puesto a su disposición, o bien, si de otro modo, se encuentra obligado a poner a disposición de la autoridad judicial al

La segunda parte del artículo 150 fracción I CNPP, evidentemente, excede los límites constitucionales establecidos para la creación de un catálogo de delitos graves, esto es, que va más allá de lo que dispone el artículo 19 párrafo segundo CPEUM.

En efecto, cuando se trata de establecer cuáles son los delitos que por su gravedad habilitan la emisión de una orden de detención por urgencia, el artículo 150 CNPP aglomera a “los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión”. Así, se generan tres diferentes categorías de delitos graves: *a)* Los señalados como de prisión preventiva oficiosa en el CNPP; *b)* Los señalados como de prisión preventiva oficiosa en la legislación aplicable, y *c)* Los delitos cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años de prisión.

Para identificar, entonces, los delitos que por su gravedad habilitan al Ministerio Público para detener a una persona en caso urgente, ha de acudir, primeramente, al artículo 167 CNPP que recoge las causas de procedencia de las medidas cautelares, entre ellas, de la prisión preventiva.

El artículo 167 CNPP, contenido en su Libro Primero “Disposiciones generales”, Título VI, “Medidas de protección durante la investigación, formas de conducción del imputado al proceso y medidas cautelares”, Capítulo IV “Medidas cautelares”, Sección I “Disposiciones generales”, señala en este sentido:

Artículo 167. Causas de procedencia  
[...].

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

detenido. La respuesta a favor de la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial, se apunta con buen juicio en el CNPP *ex* artículo 150 párrafo tercero.

- II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;
- III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;
- IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;
- V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;
- VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;
- VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;
- IX. 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 y Pederastía, previsto en el artículo 209 Bis;
- X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;
- XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.  
[...].

En su párrafo tercero, el artículo 167 CNPP indica que el juez solo podrá ordenar la prisión preventiva oficiosamente en los casos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”.

En este punto, como es evidente, el legislador se conforma con reproducir la segunda parte del párrafo segundo del artículo 19 CPEUM, de suerte que aquí aparecería comprendido el primer grupo de casos que el artículo 150 fracción I CNPP identifica como delitos graves: Los delitos para los cuales se tenga prevista prisión preventiva oficiosa en este Código.

Pero para integrar por completo este primer grupo de casos, el artículo 167 de la ley nacional de rito procesal penal también considera como delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa los señalados en sus once fracciones, dentro de las cuales se citan diversos artículos del Código penal federal (CPF). En tales condiciones, lo correcto sería que en esas once fracciones

se recogieran las distintas formas del homicidio doloso, de la violación, los delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como los cometidos contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud. De esta forma, serían delitos graves aquellos que el artículo 167 CNPP prevenga con prisión provisional oficiosa; pero hay que insistir en que el artículo 19 párrafo segundo CPEUM sólo considera como delitos graves los cometidos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud.

En cuanto al segundo grupo de casos que son considerados como delitos graves por el artículo 150 fracción I CNPP, esto es, los señalados en la legislación aplicable, en el artículo 167 CNPP se produce un reenvío a otros cuerpos normativos que deben estar, sin duda, en sintonía con el artículo 19 párrafo segundo CPEUM: la Ley General de Salud, la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos, así como la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, que señalarán los casos que ameritan prisión preventiva oficiosa. En este sentido, se sigue la línea que traza el artículo 19 párrafo segundo CPEUM para la prisión provisional oficiosa, aunque se vuelven a considerar como graves algunos delitos que no afectan a la seguridad de la nación, al libre desarrollo de la personalidad o la salud. En definitiva, se confunde la cuestión de los delitos que ameritan prisión provisional oficiosa con el catálogo de delitos graves.

En lo que respecta al tercer grupo de casos que el artículo 150 fracción I CNPP considera como delitos graves —el de los delitos cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años de prisión—, se rebasan sin discusión los presupuestos que marca el artículo 19 párrafo segundo CPEUM para el diseño del catálogo de delitos graves.

Así es, el artículo 19 párrafo segundo CPEUM no reconoce un catálogo de delitos graves tan amplio como el que pretende diseñar en este punto el legislador del CNPP. Los delitos que ameriten pena de prisión cuyo término medio aritmético sea mayor a cinco años, son delitos graves conforme al artículo 150 fracción I del CNPP. Por ello, la disposición se coloca absolutamente fuera de lo que reconoce y limita el artículo 19 párrafo segundo CPEUM, pues los delitos contra la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud, ya han sido considerados como de prisión preventiva oficiosa en el artículo 167 CNPP, por lo que, abrir el catálogo de delitos graves a través de esta particular y añeja fórmula aritmética, no puede sino considerarse inconstitucional. En ningún lugar de la CPEUM se reconoce tal posibilidad.

De hecho, el problema se agudiza. Y se agudiza porque parece que el legislador del CNPP se olvida de que la definición de las conductas típicas y, con ella, la selección de la naturaleza y cuantía de las penas que por ellas pueden imponerse, sigue estando en manos de los órganos legislativos de los diferentes estados de la República. De esta forma, si en algún código penal del país se establece (o modifica) el rango de pena aplicable por la comisión de un delito y se le coloca por encima de los cinco años de prisión en su término medio aritmético, se produciría un delito grave para efectos de la detención en caso urgente. Así, el legislador del CNPP deja a merced de los congresos locales la definición de un catálogo más o menos amplio de delitos graves.

Las consecuencias de tan peculiar forma de ver el catálogo de delitos graves para efectos de la detención en caso urgente, no se dejan esperar.

En primer lugar, se diluye la seguridad jurídica que la CPEUM pretende proyectar en una materia tan sensible como lo es la libertad de las personas y, especialmente, en el ámbito de la detención ministerial por caso urgente. En segundo lugar —en línea de coherencia con lo anterior—, se fractura la homologación de Derecho penal objetivo instrumental que se pretende lograr a través del CNPP. Y es que esta forma tan dislocada de apreciar los delitos graves en el CNPP, permitirá que algunos delitos sean graves para efectos de la detención en caso urgente en algunos estados de la República y en otros no.

## V. CONCLUSIONES

El artículo 146 CNPP, que desarrolla las hipótesis de detención en flagrancia e inmediatamente después a que alude el artículo 16 párrafo quinto CPEUM, contiene disposiciones que no se corresponden con lo señalado en dicho precepto constitucional. La amplificación del supuesto de detención inmediatamente después de cometido el delito, a través de la fórmula de la llamada flagrancia por señalamiento, desajusta lo dispuesto por el constituyente y produce riesgos muy serios de seguridad jurídica.

Con tan aventurada disposición se genera, sencillamente, una forma de detención que no reconoce la CPEUM y que no es sino un remanente del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal que, dada su amplitud, permitía que la legislación procesal penal federal o del orden común, reconociera hasta tres formas de detención en flagrancia completamente distintas.

Como segundo punto, en el ámbito de la detención ministerial por caso urgente, también se han cometido excesos legislativos.

El legislador del CNPP confunde las categorías delictivas que ameritan prisión provisional oficiosa, con los delitos graves que configuran la plataforma primera para que el Ministerio Público pueda ordenar una detención en caso urgente. Y es que el artículo 19 párrafo segundo CPEUM sólo reconoce como delitos graves aquellos que atenten contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y la salud. Fuera de tales cotas no existen otros delitos que puedan ser calificados como graves para efectos de la detención ministerial por caso urgente.

Pero aun considerando como delitos graves también aquellos que ameritan prisión preventiva oficiosa conforme al artículo 19 párrafo segundo CPEUM y, cuidadosamente, la mayoría de los señalados en el artículo 167 CNPP, no hay forma alguna para colocar dentro de ese conjunto a los delitos cuyo rango penal, en su término medio aritmético, rebase los cinco años de prisión.

En definitiva, dicha regla aritmética no es sino un capricho legislativo completamente ajeno al contexto constitucional que, sin duda, provoca la más absoluta inconstitucionalidad del artículo 150 fracción I CNPP y que, de no corregirse en el corto plazo, supondría tener que arrostrar los excesos legislativos en aquellos Estados de la República que, valiéndose de su capacidad para legislar en materia penal sustantiva, generarían, a través de la modulación de los diferentes rangos penales, un mayor o menor catálogo de delitos graves.

## ASISTENCIA MUTUA EN MATERIA PENAL EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Javier DONDÉ MATUTE\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estructura y materia de regulación de la AJIMP en el CNPP.* III. *Consideraciones sobre violaciones a derechos humanos.* IV. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

En las siguientes líneas se expondrán diversos comentarios con respecto al Título XI del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) titulado “Asistencia Jurídica en Materia Penal”.

De inicio es importante hacer algunas aclaraciones. Este apartado del CNPP regula la comunicación entre autoridades nacionales y extranjeras para el desahogo de pruebas que se encuentren en México a solicitud de autoridades extranjeras, así como otros trámites procesales. Lo que se denomina asistencia jurídica internacional en materia penal (AJIMP) pasiva.

Claramente, en este ordenamiento jurídico no se podría regular la AJIMP activa, cuando las autoridades mexicanas hacen esta solicitud, puesto que corresponderá a cada Estado regular el trámite interno. No obstante, el artículo 80 prevé que los exhortos al extranjero serán tramitados a través de los consulados o agentes diplomáticos, presumiblemente de conformidad con los requisitos del tratado aplicable. Incluso se prevé que las autoridades consulares en el extranjero puedan practicar las diligencias solicitadas directamente. A pesar de ello, el trámite interno en el extranjero corresponde al marco jurídico de cada país.

También está excluida la extradición internacional la cual está regulada por la Ley de Extradición Internacional y versa exclusivamente sobre la

\* Profesor-Investigador Titular “C” del Inacipe, doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen, Escocia.

entrega de personas, ya sea en cumplimiento a una orden de aprehensión dictada en el extranjero o una sentencia condenatoria que deba ser cumplida, también, emitida por un tribunal extranjero.<sup>1</sup>

De este Título XI también están excluidas las formas cooperación internacional con tribunales internacionales. Destaca el caso de la Corte Penal Internacional, para la cual se ha enviado, por parte del Ejecutivo Federal, una iniciativa de ley de cooperación que no ha sido aprobada por el Congreso de la Unión.<sup>2</sup> Aunque también hay diversos tribunales internacionalizados con los que pudiera haber cooperación como el Tribunal Especial para Líbano y las Salas Extraordinarias para Camboya, en México existe un vacío legal pues no existe siquiera un proyecto de ley que permita asistir jurídicamente a estos órganos jurisdiccionales.

Una vez delimitado el alcance de este Título XI es importante establecer el esquema de análisis que se empleará. En un primer apartado se describirá la estructura de esta parte del CNPP simplemente señalando lo que regula. No obstante, se harán algunos comentarios globales que resultan de interés.

En el segundo apartado se harán algunas observaciones puntuales sobre aspectos que se consideran inconstitucionales.

## II. ESTRUCTURA Y MATERIA DE REGULACIÓN DE LA AJIMP EN EL CNPP

El Título correspondiente a la AJIMP a su vez se subdivide en tres Capítulos. El primero se denomina “Disposiciones Generales”. En el mismo se regulan aspectos básicos como el alcance de la regulación de estos preceptos, la designación de la Procuraduría General de la República como Autoridad Central, la supletoriedad de la ley con respecto a los tratados, los principios rectores de la AJIMP, las causales de denegación o aplazamiento, las solicitudes y sus requisitos, el trámite ante la Autoridad Central y la confidencialidad de la información derivada de las solicitudes.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Véase Ley de Extradición Internacional, artículo 5o., “Podrán ser entregados conforme a esta ley los individuos contra quienes en otro país, se haya incoado un proceso penal como presuntos responsables de un delito o que sean reclamados para la ejecución de una sentencia dictada por las autoridades judiciales del Estado solicitante.”

<sup>2</sup> Véase, “Proyecto de decreto, que expide la Ley Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y adiciona la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación” que el Senado remitió la iniciativa a la Cámara de Diputados en diciembre de 2009, publicada en la *Gaceta* parlamentaria el 2 de febrero de 2010. <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2010/feb/20100202-II.html>.

<sup>3</sup> Véase Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Código Nacional de Procedimientos Penales – Guía Práctica y Comentarios desde el Sistema Acusatorio Mexicano*, México, Flores Editor, 2014, pp. 1031-1039.

El Capítulo II denominado “Formas Específicas de Asistencia” simplemente señala cuáles son las pruebas y demás diligencias que se pueden llevar a cabo con base en la regulación del CNPP. Así como señalar que los gastos de cumplimiento corren a cargo de la autoridad solicitante extranjera.

El Capítulo III regula, en un solo artículo, la Asistencia Informal que según señala es aquella que no requiere de mayor trámite. Por exclusión, se puede asumir que las mencionadas en el apartado anterior son medias formales de AJIMP.

Es importante destacar la mera existencia de este Título XI ya es un avance con respecto a la legislación anterior. En el Código Federal de Procedimientos Penales no existía una regulación completa sobre la materia<sup>4</sup>. La AJIMP activa estaba regulada en los artículos 58 y 59 y preveía un trámite engorroso que incluía solicitar autorización a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para obtener el apoyo de las autoridades extranjeras, lo cual no parecía tener mucho sentido.<sup>5</sup>

Por su parte, solamente el artículo 60 decía algo sobre la AJIMP pasiva estableciendo dos condiciones para su cumplimiento, que se cubrieran los requisitos de las legislaciones estatales y los tratados internacionales y que los consulados mexicanos legalizaran la solicitud.<sup>6</sup>

Ello significaba que el grueso de las normas que regulaban la AJIMP se encontraba en los tratados internacionales. Esto parece no haber cambiado puesto que, como ya se mencionó, el Título XI es supletorio de los tratados en la materia. Consecuentemente, de existir un tratado estas disposiciones no serían aplicables.

Donde se percibe un cambio sustancial es en la ejecución. Ante la falta de regulación federal, la Procuraduría General de la República, como Autoridad Central, simplemente recibía la información, a través de sus oficinas centrales, y la remitía a las autoridades federales, estatales y municipales para su ejecución.<sup>7</sup> Con el nuevo esquema, la Autoridad Central es la que directamente analiza la procedencia de la solicitud y desahoga la misma de

<sup>4</sup> Anteriormente todos los estados y el Distrito Federal contaban con un código procesal penal propio, con disposiciones particulares para la materia, por lo que habría que revisar cada uno de ellos para una comparación más detallada.

<sup>5</sup> Dondé Matute, Javier, *Cooperación Internacional en Materia Penal*, México, IJ-UNAM-IFP-PGJDF, 2014, colección Juicios Orales, vol. 14, pp. 35-68.

<sup>6</sup> Código Federal de Procedimientos Penales, artículo 60, “Los exhortos de los tribunales extranjeros deberán tener, además de los requisitos que indiquen las legislaciones respectivas y los tratados internacionales, la legalización que haga el representante autorizado para atender los asuntos de la República en el lugar donde sean expedidos.”

<sup>7</sup> Véase Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, artículos. 35, 36 y 64.

forma directa. Esta es una consecuencia de la centralización del proceso penal en un código único.

Efectivamente, el CNPP no prevé un trámite para la AJIMP pasiva, al centralizar el análisis de la petición del extranjero y la ejecución de la solicitud no parece necesario regular un procedimiento pues todo recae en la misma instancia.

Como ya se adelantaba, es importante destacar el carácter subsidiario de este Título. El artículo 435 señala que estas disposiciones son aplicables solamente cuando no haya un tratado internacional que regule la AJIMP. Es importante hacer notar que no son disposiciones destinadas a llenar lagunas que pudieran existir en los tratados internacionales suscritos por México. Entonces la aplicación de estas disposiciones resulta limitada, puesto que hay un número considerable de tratados en la materia. Hay 30 tratados bilaterales de AJIMP suscritos por México que regulan este trámite en términos generales y 37 tratados bilaterales sobre cooperación con relación a delitos particulares como fraude tarifario, delincuencia organizada y narcotráfico; igualmente hay 5 tratados multilaterales que regulan la AJIMP para delitos transnacionales, notoriamente la Convención de Palermo sobre delincuencia organizada transnacional y la Convención de Viena sobre estupefacientes y sustancias sicotrópicas.<sup>8</sup> En realidad es un número considerable de tratados si se compara con la extradición donde escasamente hay 30 suscritos por México.

En un primer momento pudiera pensarse que serían aplicables las disposiciones del Título XI cuando no existe un tratado, pero sí un acuerdo interinstitucional.<sup>9</sup> Sin embargo, del listado de formas específicas de AJIMP no parece que pudiera haber alguna que estuviera regulada en los acuerdos interinstitucionales suscritos por la Procuraduría General de la República, pues normalmente versan sobre temas como el intercambio de información (no vinculada a una investigación penal), tecnología, experiencias de los operadores y capacitación.<sup>10</sup> Tampoco podría tratarse de la asistencia infor-

<sup>8</sup> Dondé Matute, Javier, "Report on Mexico", en Rugeri, Stefano (comp.) *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings*, Berlin, Springer, 2013, p. 460.

<sup>9</sup> El artículo 2o., fracción II de la Ley de Celebración de Tratados define el acuerdo interinstitucional como: "...el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado".

<sup>10</sup> Dondé Matute, Francisco, Javier, *Cooperación Internacional en Materia Penal*, op. cit., nota 5, pp. 88-96.

mal, pues el artículo 455 expresamente señala que deben estar previstas en “un convenio o Tratado internacional”.

Por último, es importante aclarar que hay varios tratados internacionales que prevén la obligación de AJIMP para perseguir diversos delitos como el terrorismo<sup>11</sup> y violaciones a los derechos humanos como la tortura.<sup>12</sup> En estos casos, para dar cumplimiento a la obligación internacional deberán aplicarse estas disposiciones del CNPP. Estos tratados establecen la obligación de cooperar, pero no establecen un procedimiento para ello; consecuentemente, la frase “Tratado internacional” empleada en el artículo 435 debe entenderse como los acuerdos en materia de AJIMP, no cualquier tratado. Esta interpretación impediría que se creara una laguna, por falta de procedimiento aplicable. Interpretar este precepto de forma restrictiva, irónicamente, le da un alcance mayor compatible con las demás obligaciones adquiridas por el Estado mexicano.

### III. CONSIDERACIONES SOBRE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS

Hay varios artículos del título relativo a la AJIMP que a primera vista y en abstracto resultan violatorios de derechos humanos y, por ende, inconstitucionales.<sup>13</sup> En este apartado se analizarán los aspectos más relevantes.

#### 1. *Prohibición del uso de AJIMP por el imputado y su defensa*

Quizá el caso más sonado es el relativo al artículo 434 en su último párrafo que señala “La asistencia jurídica sólo podrá ser invocada para la obtención de medios de prueba ordenados por la autoridad investigadora, o bien la judicial para mejor proveer, pero jamás para las ofrecidas por los imputados o sus defensas, aun cuando sean aceptadas o acordadas favorablemente por las autoridades judiciales.”

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha impugnado este precepto vía acción de inconstitucionalidad. Según este órgano consti-

<sup>11</sup> Véase Convenio para la Represión de Actos Ilícitos contra la Seguridad de la Aviación Civil (Convenio de Montreal).

<sup>12</sup> Véase Convención de las Naciones Unidas Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, artículo 9o.

<sup>13</sup> Para una visión más global de los problemas de técnica legislativa y violaciones a los derechos humanos del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) véase Hernández-Romo Valencia, Pablo, *Errores e inconstitucionalidades del código nacional de procedimientos penales*, México, Tirant Lo Blanch, 2014, colección Reformas.

tucional autónomo hay una violación a la legalidad, seguridad jurídica, así como a la supremacía constitucional. Esto ocurre en virtud de que se amplían las causales de denegación de la solicitud a los supuestos en los que la petición proviene de un particular. Lo anterior en contravención a la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal.<sup>14</sup>

Lamentablemente, se detectan varios errores en este razonamiento. Para empezar ya se ha dicho que las disposiciones del Título XI son supletorias a los tratados, por lo que un régimen se aplica cuando existe un tratado, por ejemplo la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal, y otro muy distinto cuando no existe tratado, en cuyo caso operan las disposiciones del CNPP. Consecuentemente, no hay un problema de jerarquía constitucional entre un tratado y el CNPP, dado que estos son utilizados en circunstancias distintas.

Por otro lado, como ya se vio existen un gran número de tratados de AJIMP suscritos por México, por lo que no resulta lógico pensar que estas disposiciones solamente contravienen un tratado. En dado caso, habría que analizar cada uno de los tratados para ver si existe la contradicción.

La CNDH pudo haber señalado que se trata de un tratado con disposiciones de derechos humanos y que estas se violan con esta limitación prevista en el CNDH. Este razonamiento, pudo haber tenido mejores resultados, sin embargo en la acción de inconstitucionalidad no se alegó en estos términos la inconstitucionalidad.

Adicionalmente, el tratado invocado por CNDH prevé la exclusión de los particulares en el empleo de la AJIMP. El artículo 2o. en su último párrafo señala: “Esta Convención se aplica únicamente a la prestación de asistencia mutua entre los Estados Partes; sus disposiciones no otorgan derecho a los particulares para obtener o excluir pruebas, o para impedir la ejecución de cualquier solicitud de asistencia.” Consecuentemente, el razonamiento de la CNDH no tomó en cuenta todas las disposiciones del tratado que argumenta se ve contravenido por el título XI del CNPP.

Efectivamente, este artículo del CNPP es inconstitucional, pero no por los motivos expresados en la acción de inconstitucionalidad mencionada. Más bien porque viola el derecho de defensa. El artículo 20, Apartado B, fracción IV dispone como derecho de la persona imputada que: “Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener

<sup>14</sup> Véase CNDH, Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, pp. 216 y 217, [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion\\_20\\_2014.pdf](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/CorteInteramericana/accion_20_2014.pdf)

la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley...”.

Así, en caso de que las pruebas que quisiera ofrecer la defensa se encuentran en el extranjero, la Autoridad Central estaría obligada a auxiliar en su obtención y desahogo. Un artículo que impida el ejercicio de este derecho es claramente inconstitucional.

Aunque pudiera alegarse que este derecho es aplicable solamente para el caso de los testigos, en virtud de la redacción restrictiva del precepto constitucional, entonces resultaría aplicable el artículo 8 (2) (c) de la Convención Americana de Derechos Humanos que no prevé limitación alguna a este derecho, pues prevé que se le concederá: “al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa...” La redacción más amplia e incluyente del tratado internacional tendría que ser aplicable preferentemente en virtud del principio pro persona establecido en el artículo 1o., párrafo 2 de la Constitución Federal.

Cabe notar que este derecho, al parecer, si lo tienen las víctimas, pues a diferencia de la Convención Interamericana sobre Asistencia Mutua en Materia Penal que usa un término más amplio “particulares”, el CNPP excluye del ejercicio de la AJIMP sólo al imputado y su defensa. Entonces, este artículo sería además inconstitucional por limitar el acceso a la justicia de las víctimas, en contravención al artículo 20, Apartado C, fracción II que señala que éstas pueden: “Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.” Cabe notar que todos los tratados de AJIMP que prevean una disposición similar son igualmente inconstitucionales.

## 2. *Reciprocidad*

El tema de la reciprocidad internacional es bastante controvertido,<sup>15</sup> pero a la luz del artículo 1o. constitucional se trata de una práctica que resulta violatoria de derechos humanos.

<sup>15</sup> El principio de reciprocidad se refiere a los intercambios de valores no equivalentes mediante los cuales las acciones de una de las partes son consecuentes con las acciones previas de la otra parte de tal forma que la bondad se regresa con bondad y la maldad con maldad. De igual forma, en el derecho internacional este principio cobra vital importancia puesto que no existe una autoridad como tal facultada para sancionar en caso de incumplimiento.

El artículo 438 del CNPP señala:

En ausencia de convenio o Tratado internacional, los Estados Unidos Mexicanos prestarán ayuda bajo el principio de reciprocidad internacional, la cual estará subordinada a la existencia u ofrecimiento por parte del Estado o autoridad requirente a cooperar en casos similares. Dicho compromiso deberá asentarse por escrito en los términos que para tales efectos establezca la Autoridad Central.

Este precepto y todo el concepto de reciprocidad es violatorio de los derechos humanos pues establece una obligación internacional en virtud de la cual los intereses del Estado prevalecen sobre los de los individuos.<sup>16</sup> Esto se reitera en el artículo 436, fracción IV que define la reciprocidad como “la colaboración internacional entre Estados soberanos en (*sic*) los que priva la igualdad.”

Según esta regla, una solicitud de AJIMP debe cumplirse independientemente de los intereses o derechos de la persona. Lo cual viola el artículo 1o, párrafo 3 de la Constitución Federal que obliga a las autoridades, en este caso a la Autoridad Central, entre otras cosas, a respetar,<sup>17</sup> proteger<sup>18</sup> y garantizar<sup>19</sup> los derechos humanos; y consecuentemente prevenir la violación de los mismos. Así, la reciprocidad no debe otorgarse de forma lisa y llana para favorecer la colaboración entre Estados. Ésta debe realizarse de conformidad con los tratados o, en su defecto, con las

miento de los acuerdos. Véase, Kehoane O., Robert, “Reciprocity in international relations”, *International Organization*, vol. 40, núm. 1, invierno, MIT Press, 1986, p. 8; véase también, Parisi, Francesco and Ghei, Nita, “The Role of Reciprocity in International Law”, *Cornell International Law Journal*, vol. 36, núm. 1, primavera 2003, George Mason Law & Economics Research Paper, No. 02-08, p. 93.

<sup>16</sup> Shaw, Malcolm N, *International Law*, 5a. ed., Reino Unido, Cambridge University Press, 2003, pp. 7 y 8. Explicando que la reciprocidad es parte de una estrategia de los Estados para conseguir sus fines y objetivos a largo plazo, sacrificando el corto plazo.

<sup>17</sup> Véase Derechos humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis: XXVII. 3o.1 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

<sup>18</sup> Véase Derechos humanos. Obligación de respetarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis: XXVII. 3o.3 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

<sup>19</sup> Véase Derechos humanos. obligación de garantizarlos en términos del artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tesis: XXVII. 3o.2 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 3 de octubre de 2014.

disposiciones del CNPP, siempre y cuando no impliquen una violación a los derechos humanos. De esta forma y en este contexto se cumpliría con el mandato constitucional.<sup>20</sup>

Según los criterios de la interpretación conforme,<sup>21</sup> estas disposiciones del CNPP resultarían constitucionales únicamente si se interpretan en el sentido de que la reciprocidad tiene como límite el debido proceso.

También dentro de las causales para negar la solicitud hay disposiciones que pudieran ayudar a corregir esta situación. En términos más particulares en el CNPP se prevé la prohibición de cooperar cuando se violen diversos derechos humanos como imponer la pena de muerte<sup>22</sup> o en violación al derecho, al *ne bis in ídem*.<sup>23</sup> De igual forma, se establece como regla general que la solicitud se negará si se contravienen “las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados Unidos Mexicanos”.<sup>24</sup> Dentro de estas obligaciones figuran las contraídas en los tratados internacionales de derechos humanos.

Estas causales y los mecanismos de regularidad constitucional establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevan a la conclusión de que la reciprocidad no puede interpretarse sin excepciones, como se desprende de las disposiciones del CNPP que la regulan,<sup>25</sup> sino a la luz de las propias limitaciones que prevé el Título XI y, desde luego, la Constitución Federal.<sup>26</sup> Quizá estos comentarios pudieran resultar evidentes, pero ante

<sup>20</sup> Véase Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos. Tesis: P. LXIX/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 552.

<sup>21</sup> Véase Interpretación conforme. Naturaleza y alcances a la luz del principio pro persona. Tesis: 1a. CCCXL/2013 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 1, t. I, diciembre de 2013, p. 530. Según esta jurisprudencia las disposiciones legales no son inconstitucionales de forma automática, sino que si se les da una interpretación acorde con el texto constitucional no será necesario declarar su invalidez. Sin embargo, solamente con esta interpretación pueden salvarse de ser declaradas inconstitucionales.

<sup>22</sup> CNPP, art. 440, fracción VI.

<sup>23</sup> *Ibidem*, fracción VII.

<sup>24</sup> *Ibidem*, fracción III.

<sup>25</sup> Véase Derechos humanos reconocidos tanto por la constitución política de los estados unidos mexicanos, como en los tratados internacionales. para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia. Tesis: 1a. CCCXLI/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, ubicada en publicación semanal el 17 de octubre de 2014.

<sup>26</sup> Para un recuento de los criterios de la Suprema Corte en materia de control de regularidad constitucional véase Montoya Ramos, Isabel, *Los principios de la suspensión de derechos a la luz del derecho internacional y el artículo 29 constitucional*, México, Inacipe, 2015, pp. 60-62 (en prensa).

los términos absolutos en los que está redactado el precepto comentado es importante hacer la aclaración.

### 3. *Doble criminalidad*<sup>27</sup>

Este es un concepto que se ha desarrollado principalmente en el contexto de la extradición. En ese ámbito se puede definir como la exigencia de que las conductas (*acts*), materia de la extradición, sean consideradas delictivas en el país requerido como en el requirente.<sup>28</sup> Poco se ha dicho al respecto en el ámbito de la AJIMP. El artículo 436, fracción III habla de un principio de identidad de normas que se asemeja mucho a la doble criminalidad

Se prestará la asistencia con independencia de que el hecho que motiva la solicitud constituya o no delito según las leyes del Estado requerido. Se exceptúa de lo anterior el supuesto de que la asistencia se solicite para la ejecución de las medidas de aseguramiento o embargo, cateo o registro domiciliario o decomiso o incautación, en cuyo caso será necesario que el hecho que da lugar al procedimiento sea también considerado como delito por la legislación del Estado requerido...

Como se puede observar, la regla general es prestar la asistencia aunque no se verifique la doble criminalidad. Esta norma incluso va mucho más allá del deterioro del principio de doble criminalidad en materia de extradición, donde ya solamente es necesario que el delito motivo de la solicitud sea considerado grave o corresponda a categorías genéricas como “delitos contra la salud”.<sup>29</sup>

No exigir la identidad de las conductas delictivas va en detrimento del principio de legalidad penal. Con la doble criminalidad se verifica la existencia de un tipo penal que da sustento a la AJIMP y sirve para obstaculizar los procesos por conductas que no tienen una ilicitud universalmente reconocida. Con esta cláusula se podría estar coadyuvando en la investigación o proceso de conductas que son perfectamente legales en México. Si bien la violación al principio de legalidad penal no es tan contundente como en

<sup>27</sup> Algunas de las ideas mencionadas aquí se expusieron por primera vez en el contexto de la extradición en Dondé Matute, Javier, *Extradición y Debido Proceso, México*, México, Tirant Lo Blanch, Inacipe, 2011, pp. 63-74.

<sup>28</sup> Tigar, Michael E., “The Extradition Requirement of Double Criminality in Complex Cases: Illustrating the Rationale of Extradition”, *Revue Internationale de Droit Penal*, Francia, Nueva Serie, año 62, 1er. y 2do. trimestre 1991, p. 163.

<sup>29</sup> Dondé Matute, Javier, *Extradición y Debido Proceso, op. cit.*, nota 27, pp. 69 y 70.

los casos de extradición, no por esto deja de verse vulnerado dicho derecho humano.

La excepción a la llamada identidad de normas se verifica en casos donde la intromisión estatal es más fuerte, pues están en juego la propiedad y la privacidad de los individuos. En estos casos también pudiera haber una violación al principio de legalidad penal, en la medida en la cual se adopten los criterios flexibles que actualmente imperan en los procesos de extradición.<sup>30</sup> No identificar adecuadamente la conducta materia de la AJIMP solicitada aplicando criterios genéricos, como las mencionadas líneas arriba, pueden tener las mismas consecuencias negativas que en la extradición. El CNPP no indica los criterios para la identificación de conductas, por lo que no sería extraño que se recurriera, por analogía, a los procesos de extradición para adoptar los mismos conceptos ambiguos a este otro ámbito de la cooperación internacional.

Una interpretación pro persona exigiría como mínimo que la misma conducta fuera delictiva en ambos Estados, el requerido y el requirente. No es necesaria una identificación exacta, elemento por elemento, sino que en términos generales la conducta sea delictiva aunque se adecúe a un tipo penal diverso con elementos divergentes. En otras palabras, que desde una óptica político-criminal el legislador de ambos países la considere merecedora de sanción penal.

#### 4. *Traslado de personas detenidas*

Una de las disposiciones más difíciles de entender es el traslado de personas detenidas, previsto en el artículo 451 del CNPP. Para su mejor comprensión resulta conveniente transcribirlo:

Cuando sea necesaria la presencia de una persona que está detenida en el territorio de la parte requerida, el Estado o la autoridad requirente deberá manifestar las causas suficientes que acrediten la necesidad del traslado a efecto de hacer del conocimiento, y en caso de que resulte procedente, obtener la autorización por parte de la autoridad ante la cual la persona detenida se encuentra a disposición.

Igualmente, para los efectos de traslado es requisito indispensable contar con el consentimiento expreso de la persona detenida; en este caso, el Estado o la autoridad requirente se deberá comprometer a tener bajo su custodia a la persona y tramitar su retorno en cuanto la solicitud de asistencia haya culminado, por lo que deberá establecerse entre la autoridad

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 64-69.

requerida y la autoridad requirente un acuerdo en el que se fije una fecha para su regreso, la cual podrá ser prorrogable sólo en caso de no existir impedimento legal alguno.

La primera pregunta que surge es ¿bajo qué figura puede estar detenida la persona? De inicio se puede descartar que esté detenida para fines de extradición puesto que para eso precisamente se inicia ese proceso.<sup>31</sup> Por las mismas razones, se puede excluir la extradición temporal o definitiva pues, aunque son pocos tratados los que regulan esta figura, normalmente se exige que la persona ya haya sido condenada en México.<sup>32</sup> En todo caso, esta es la forma adecuada para trasladar a una persona detenida en México, para que posteriormente sea devuelta. Es importante que se ponga como requisito la condena, pues con ello se asegura que se le esté dando prioridad a los procesos penales que se llevan a cabo en los tribunales nacionales y, sólo después de concluidos se pueden atender las solicitudes del extranjero.

Por exclusión, pudiera tratarse de una persona detenida en flagrancia<sup>33</sup> o urgencia<sup>34</sup> ante el agente ministerial. Si bien es posible que esto ocurra aunque el tiempo es limitado, más aun en los casos de delincuencia organizada donde el plazo de detención se duplica a 96 horas, el problema se presenta en la constitucionalidad de la medida. No parece lógico pensar que en este tipo de detención ante la autoridad ministerial, en donde lo que se busca es perfeccionar la investigación para lograr una consignación, sea viable entregar a la persona a una autoridad extranjera. Lo mismo se puede decir si la persona se encuentra detenida en virtud de una orden de arraigo,<sup>35</sup> pues precisamente lo que se busca con este tipo de detención es obtener una orden de aprehensión. En ambos casos se estaría entorpeciendo una investigación llevada a cabo en México.

La conclusión es similar si la persona se encuentra en prisión preventiva. Como ya se mencionaba, una de las razones por las cuales la extradición temporal solamente se puede llevar a cabo una vez dictada la sentencia condenatoria es para darle prioridad a los procesos en México y una vez resueltos estos asuntos podría cooperarse con las autoridades extranjeras. Este precepto del CNPP rompe con la lógica de las relaciones internacionales en materia de extradición temporal y antepone los intereses extranjeros a los nacionales.

<sup>31</sup> Véase, Ley de Extradición Internacional, artículos 16 a 18.

<sup>32</sup> Véase Tratado de Extradición México-EUA, artículo 15, párrafo 2.

<sup>33</sup> Véase Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo. 16, párr. 5.

<sup>34</sup> *Ibidem*, párr. 6.

<sup>35</sup> *Ibidem*, párr. 7.

Otra opción es que la persona esté detenida en virtud de un proceso migratorio. La Ley de Migración autoriza este tipo de detenciones en la fracción VII del artículo 20, donde expone que es facultad del Instituto Nacional de Migración “presentar en las estaciones migratorias o en los lugares habilitados para tal fin, a los extranjeros que lo ameriten conforme a las disposiciones de esta ley, respetando en todo momento sus derechos humanos”.<sup>36</sup>

La siguiente pregunta que surge es ¿para qué? Claramente no podría ser para que la persona detenida rinda una declaración, dado que para esto están los artículos 446 y 450 del CNPP que regulan incluso las videoconferencias para el desahogo de testimoniales.

Al parecer hay dos posibles explicaciones. En los sistemas de corte acusatorio es indispensable cumplir con el principio de inmediación, lo cual constituiría una violación a la garantía de audiencia<sup>37</sup>. Consecuentemente, quizá no sea suficiente contar con mecanismos como las videoconferencias. Otro supuesto serían los careos, que a diferencia de las testimoniales, implica una confrontación cara a cara, lo cual sería imposible a distancia o mediante una videoconferencia.<sup>38</sup>

En estas condiciones, el potencial para el uso de esta medida parece muy limitado, en comparación con el potencial para el abuso de la misma; si bien, no se podría alegar una violación a los derechos humanos, dado que la persona solicitada tienen que consentir su entrega al Estado requirente.

En materia de extradición, la cual parece más afin con esta medida que la propia AJIMP, se pueden detectar varias medidas destinadas a evitar los procesos de extradición como los secuestros transfronterizos, y las expulsiones.<sup>39</sup> Esta podría ser otra medida destinada a ello.<sup>40</sup> No sería impensable que

<sup>36</sup> Véase también, Ley de Migración, artículos 99 a 111.

<sup>37</sup> Véase Procedimientos penales. El artículo 145 del código federal relativo, al autorizar al juzgador federal para no repetir las diligencias de la policía judicial local y de los tribunales del orden común, no viola el principio de inmediación. Tesis: 1a. CCVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, noviembre de 2009, p. 411.

<sup>38</sup> Sobre la naturaleza de los careos véase Careos constitucional y procesal, su naturaleza, finalidad y diferencias sustanciales. Tesis: I.2o.P.150 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 1551.

<sup>39</sup> Al respecto véase Dondé Matute, Javier, *Extradición y debido proceso*, *op. cit.*, nota 27, pp. 103-115.

<sup>40</sup> Extradición internacional. El hecho de que el sujeto reclamado continúe privado de su libertad después de que el Estado requirente presenta en tiempo la solicitud formal relativa, no implica prolongación de la detención ni violación directa al artículo 119, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Tesis: P./J. 25/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 7.

la persona acceda a su entrega a un Estado que le ofrezca ser testigo protegido o que se le procese por un delito menor del que se le acusa en México.

Está como antecedente el caso de las personas que han sido extraditadas a los Estados Unidos por delitos contra la salud. Presumiblemente se trata de extradiciones temporales y deberían ser entregadas a México para continuar con sus procesos, pero eso no ha sucedido. Con antecedentes como estos no parecerían extraño que una persona fuera entregada con fundamento en este precepto del CNPP y nunca regresara al territorio nacional. Incluso, bajo los supuestos mencionados le resultaría conveniente sustraerse de los procesos que pudiera tener en México.

Líneas arriba se comentaba que no hay una violación a los derechos humanos de la persona que sería entregada dado que se contaría con su consentimiento. Sin embargo, podría haber un problema con las víctimas de los delitos que se pudieran haber cometido en México. Como ejemplo, está nuevamente el caso de las personas que están acusadas de delitos contra la salud en Estados Unidos y que son entregadas a éste país. Otros delitos que pudieron haber cometido en México como homicidio, extorsión, violación o, incluso, crímenes de lesa humanidad, quedarían impunes.<sup>41</sup> En este supuesto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el derecho de acceso a la justicia de las víctimas y familiares en su caso debe verificarse en todas las etapas del proceso penal.<sup>42</sup> De no hacerse posible la investigación o proceso ante los tribunales mexicanos por la entrega de la persona se estaría violando este derecho humano.

Las conclusiones a las que aquí se llegan pueden parecer exageradas, sin embargo, debe insistirse que aunque el artículo 451 establece salvaguardas para que la persona sea regresada a México, la experiencia en materia de extradición muestra que el panorama es diferente, por lo que ésta parece ser una medida para evadir los procesos de extradición en detrimento del derecho de acceso a la justicia de las víctimas.

##### 5. *La autoridad central como garante de los derechos humanos en el extranjero*

Como ya se adelantaba al momento de hablar de la reciprocidad, la Autoridad Central tiene la obligación constitucional de salvaguardar los de-

<sup>41</sup> Dondé Matute, Javier, “Delincuencia Organizada y Terrorismo en México”, en Ambos, Kai *et al* (coords.), *El delito de terrorismo. Perspectivas latinoamericana y europea*, Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, CEDPAL, 2015 (en prensa).

<sup>42</sup> Véase, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 192.

rechos de todas las personas, dentro del ámbito de su competencia, que en este caso se concreta en la AJIMP.

Un caso concreto en el que se tendría que poner en práctica esta situación, se da con relación al artículo 453 del CNPP, que prevé la presencia de autoridades extranjeras como observadores al momento del desahogo de la prueba solicitada. En ninguna parte del texto aparece la posibilidad de que la defensa esté presente. El párrafo 1 de este precepto señala que es facultad discrecional de la Autoridad Central otorgar la autorización para que los representantes del Estado requirente acudan al desahogo de la diligencia.

En consideración de las obligaciones que tiene la Autoridad Central para proteger y respetar los derechos humanos en el ámbito de su competencia, se tendría que negar la autorización cuando no sea posible que la persona imputada o su defensa estén presentes en el momento del desahogo. Contar con la presencia exclusiva del órgano acusador extranjero (que presumiblemente es quien tendría interés en asistir a la diligencia) crea una situación de desigualdad procesal, pues aunque se encuentre de observador, puede influir en la forma de desahogo, posibilidad que no se le da a la defensa.<sup>43</sup> Ya la Corte Interamericana de Derecho Humanos ha señalado que las condiciones fácticas de desigualdad entre la defensa y el órgano acusador son violaciones al derecho de defensa.<sup>44</sup>

Se podría objetar que la violación, en todo caso, se da en el extranjero y por autoridades extranjeras. Sin embargo, la Autoridad Central se encuentra en una posición extraordinaria cuando coadyuva en el desahogo de pruebas que serán utilizadas en el extranjero, pues normalmente las autoridades y sus actos se circunscriben al territorio nacional. Con relación a la reciprocidad ya se señaló que el artículo 1o. constitucional establece las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos *en el ámbito de su competencia*. No puede negarse que la Autoridad Central desahoga la prueba, tomando en cuenta que los representantes del Estado extranjero son meros observadores; consecuentemente es responsable, de conformidad con la Constitución Federal, de que estas diligencias se realicen en apego a los derechos humanos, sin importar que la violación se concrete en el extranjero.

<sup>43</sup> Véase Principios de contradicción e igualdad de armas previstos en el derecho internacional de los derechos humanos. Rigen el procedimiento del juicio de amparo indirecto. Tesis: I.15o.A.2 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro X, T. 3; julio de 2012, p. 2035.

<sup>44</sup> Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52, párr. 141.

En este caso, se debe respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, incluso cuando la violación se concrete en el extranjero. La obligación de prevenir violaciones a los derechos humanos en el extranjero, sobretodo en el contexto de la cooperación internacional, ya es una noción firme en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>45</sup>

Si bien la posible violación al derecho de defensa en virtud del repudio a la igualdad de armas es el caso más evidente de los señalados en el CNPP, la argumentación anterior es aplicable en general a otros supuestos. El artículo 440, fracción III, leído en conexión con el artículo 1º constitucional establece la regla de que la Autoridad Central debe negar toda forma de AJIMP que derive en violaciones a derechos humanos, pero la obligación va más allá. Ésta implica no asistir a los Estados que hayan cometido violaciones a derechos humanos en el caso particular. Por ejemplo, si la persona en contra de quien se sigue el proceso fue torturada se tendrá que negar la asistencia, cuando el juicio se lleve a cabo en ausencia, la conducta ya esté prescrita o el tribunal extranjero no sea independiente e imparcial (de forma evidente cuando se trate de tribunales militares que procesan por delitos que no son estrictamente contra la disciplina castrense).

#### IV. CONCLUSIONES

La elaboración de disposiciones detalladas en materia de AJIMP representa un gran avance del CNPP con respecto a la legislación anterior. Las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales eran confusas y escasas, lo cual se prestaba a una desmedida discrecionalidad por parte de la autoridad. Esa situación no es extraña dado que la cooperación internacional, en términos generales, es una de las formas de ejercer el poder punitivo estatal que se encuentra en abandono por parte de la doctrina. Esto a su vez crea un campo fértil para la violación de derechos humanos.

De esta advertencia no está exento el CNPP, pues contiene diversas disposiciones que invitan a una interpretación no propia para el respeto al debido proceso. Esto podría implicar problemas de inconstitucionalidad e inconventionalidad de diversos preceptos del Título XI. Estas posibles violaciones se dan en abstracto y están sujetas a la posibilidad de que se haga una interpretación pro persona como ordena la Constitución Federal. La AJIMP es un buen ámbito para estudiar el comportamiento de las instancias administrativas de gobierno cuando tienen un amplio margen de dis-

<sup>45</sup> Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *Caso Soering vs Reino Unido*, Sentencia de 7 de julio de 1989, solicitud no. 14038/88.

crecionalidad, pero también la posibilidad de que ejerzan un autocontrol, tal como establece el artículo 1o. Constitucional.

De hecho, la posible compatibilidad con los derechos humanos de los preceptos analizados depende en gran medida de la forma en la que se entiendan. Es posible hacer una interpretación conforme que permita el respecto a los derechos humanos, lo cual solamente se podrá verificar una vez que se pongan en la práctica estas disposiciones y haya pronunciamientos por parte de los órganos de control constitucional.



## MESA 5



## LA ENTRADA EN VIGOR DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES A NIVEL FEDERAL Y ESTATAL: RETOS Y PERSPECTIVAS

María de los Ángeles FROMOW RANGEL\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Esquema de gradualidad federal y local, y sus declaratorias.* III. *Alineación de la legislación complementaria local y nacional.* IV. *Adecuación normativa y operativa.* V. *Buenas prácticas en la implementación y operación.* VI. *Seguimiento a la implementación.* VII. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

La implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal en México vive un momento decisivo. A un año siete meses de que concluya el plazo fijado por la Constitución Federal para la entrada en vigor en toda la República del referido sistema, es importante reflexionar sobre los retos que el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Consejo de Coordinación) —a la par de las entidades federativas y el Distrito Federal— enfrenta para concluir exitosamente la transición hacia un sistema penal garantista.

Si bien, el tiempo que aún resta es breve, las necesidades para cumplir esta transición no es tarea menos ardua. Por un lado, se encuentran entidades federativas en operación total del nuevo sistema, mientras existen algunas que iniciarán operaciones a partir del 2015 o durante el 2016. Esta divergencia de la entrada en vigor del proceso penal acusatorio, así como del Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), hacen que el trabajo de implementación se diversifique y tome matices de mayor claridad en ciertos Estados, mientras que en otros el avance requiera de un impulso

\* Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Secretaria Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal de la Secretaría de Gobernación del Gobierno de la República.

decidido. Ésta ha sido la empresa que el Consejo de Coordinación, a través de su Secretaría Técnica, ha asumido durante los últimos años: impulsar decididamente la operación del sistema de justicia penal acusatorio en los ámbitos federal y estatal en el plazo obligado.

La visión del Consejo de Coordinación tiene que ir aparejada de un elemento trascendente: la voluntad política de los operadores a nivel federal, de los Gobiernos Estatales y del Distrito Federal. Dicho elemento juega un eminente papel para concretar la transición del sistema mixto tradicional hacia uno nuevo de corte adversarial y oral. Ciertamente es que hasta ahora la reticencia al cambio se ha ido mitigando, sin embargo, es la voluntad política de los tres Poderes en cada una de las entidades federativas y la Federación, lo que conseguirá aterrizar las políticas públicas que concreten la reforma penal, en concurrencia con la sociedad y la academia.

En este contexto, el mandato constitucional se ha ido cumpliendo y en la actualidad son cuatro las entidades federativas que operan el Nuevo Sistema de Justicia Penal (NSJP) en todo su territorio: Estado de México, Chihuahua, Morelos y Yucatán; 20 más operan de manera parcial; mientras que 8 entrarán en operación antes de que concluya el término.<sup>1</sup> En síntesis, a seis años de haberse reformado la Constitución Federal, el Sistema de Justicia Penal Acusatorio (SJPA) ya está operando en al menos 24 entidades federativas.

La reforma constitucional de junio de 2008 que fija los criterios de un proceso penal acusatorio y garantista, conlleva una serie de modificaciones estructurales tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo. No se trata solamente de cambiar de un sistema a otro mediante una adecuación normativa, ya sea expidiendo nuevas leyes o alineando las existentes; se trata más bien de generar los mecanismos idóneos para consolidar los objetivos de dicha reforma en la práctica, evocando en los operadores institucionales el deseo de un sistema justo y transparente. Por ello, la expedición de un CNPP significó un enorme avance en la homologación de criterios jurídicos para el correcto funcionamiento del NSJP, ya que con un solo *corpus iuris* se evita la diversidad legislativa que complica la impartición de justicia y se simplifica la materia procesal.

<sup>1</sup> Con fecha 27 de noviembre de 2014, las siguientes entidades están en operación parcial: Baja California, Durango, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca, Tabasco, Zacatecas, Chiapas, Puebla, Veracruz, Tamaulipas, San Luis Potosí, Quintana Roo, Guerrero, Jalisco, Coahuila, Sinaloa, Querétaro, Aguascalientes e Hidalgo. Por otra parte, los Estados que entrarán en operación con el NSJP durante el resto de 2014 son: Colima, Campeche, Nayarit y Tlaxcala; durante 2015 serán: Distrito Federal, Baja California Sur y Michoacán; mientras que en 2016 restará: Sonora.

El presente trabajo tiene como propósito establecer los retos y perspectivas que la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación enfrenta para la adecuada adopción del CNPP en los ámbitos federal y estatal. En este sentido, se realiza un estudio preciso de las principales acciones a tomar para alcanzar dicho fin, partiendo del esquema de gradualidad para su entrada en vigor y las declaratorias que deban emitir los órganos legislativos al respecto. Posteriormente, se examina la labor de alineación de la legislación complementaria nacional y estatal, así como se prevén los elementos para la adecuación normativa y operativa en su funcionamiento. Más adelante, se exponen las buenas prácticas en la implementación y operación del nuevo sistema, y se plantean las estrategias para su seguimiento.

A manera de conclusión, se enfatizan las aportaciones de este documento haciendo hincapié en las expectativas que traerá consigo la adecuada entrada en vigor y aplicación del CNPP. La implementación del NSJP es una prioridad para garantizar a la población el acceso expedito, imparcial y transparente a la justicia. Por lo que, el compromiso del Gobierno de la República es cumplir con el mandato constitucional y que en 2016 sea una realidad en todo el país para cumplimentar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018.

## II. ESQUEMA DE GRADUALIDAD FEDERAL Y LOCAL, Y SUS DECLARATORIAS

Con la publicación del CNPP<sup>2</sup> se fijaron, en su artículo Segundo Transitorio, los criterios para regular su entrada en vigor tanto a nivel federal como en el caso de las entidades federativas y del Distrito Federal. Este artículo transitorio estableció un esquema de gradualidad para la entrada de vigencia a nivel federal del CNPP, la cual está sujeta a la emisión de una Declaratoria que para el caso de este ámbito, debe emitirse por el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

Por lo que hace al ámbito estatal y del Distrito Federal, el CNPP entrará en vigor en los términos que señale la Declaratoria que al efecto emita el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del SJP en cada una de ellas. Es importante destacar que entre la fecha de emisión de la respectiva Declaratoria y la entrada en

<sup>2</sup> El Decreto por el que se expide el CNPP fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

vigor del CNPP debe mediar un plazo no menor de sesenta días naturales; tiempo que se considera prudente para alinear tanto los ordenamientos legislativos que impacten directamente al funcionamiento del CNPP, como para tomar las provisiones necesarias humanas, técnicas, de infraestructura, de capacitación y, en general, materiales, en su incorporación.

El CNPP exige que las entidades federativas y el Distrito Federal publiquen su Declaratoria de entrada en vigor del CNPP antes de la fecha en que concluye el plazo fijado por la Constitución Federal para la adopción del sistema acusatorio y oral en el país. De tal forma que, en correlación con la reforma constitucional de junio de 2008,<sup>3</sup> previamente debió mediar una Declaratoria que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado a sus ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra la Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales, adoptando el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.<sup>4</sup>

En este sentido, la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (SETEC)<sup>5</sup> por mandato del Consejo de Coordinación ha realizado un acompañamiento y seguimiento del cual se observa que los treinta y un estados y el Distrito Federal ya han emitido su Declaratoria de Incorporación al NSJP fijando los plazos en los cuales habrá de implementarse en sus respectivos territorios (véase Cuadro 1), mientras que veinticuatro entidades han expedido su Declaratoria de entrada en vigor del CNPP, por lo que, a finales del 2014, 19 Estados estarán operando con una legislación procedimental penal única (véase Cuadro 2).

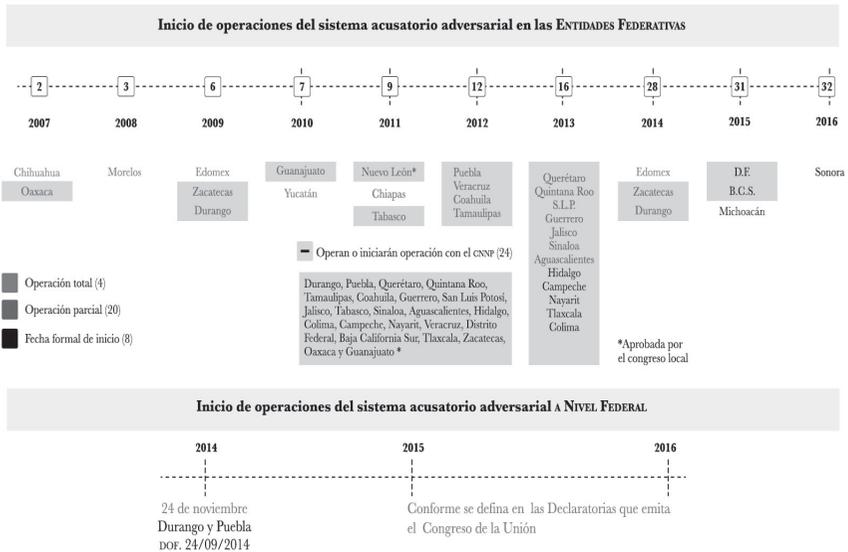
<sup>3</sup> *Cf.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de junio de 2008.

<sup>4</sup> *Ibidem*, Artículo Segundo Transitorio.

<sup>5</sup> El 13 de octubre 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se crea el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal como una Instancia de Coordinación, el cual fue reformado mediante Decreto publicado el 29 de octubre de 2012. Asimismo, el 5 de agosto de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo al que concurren los tres Poderes de la 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, el cual establece que se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias Nacionales de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales Superiores de Justicia, la cual contará con una Secretaría Técnica (SETEC) que coadyuvará y apoyará a las autoridades federales y a las locales, cuando estas últimas así lo soliciten.

### CUADRO 1

TABLA DE INICIO DE OPERACIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO ADVERSARIAL EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS



FUENTE: SETEC. Noviembre, 2014.

### CUADRO 2

TABLA DE DECLARATORIA DE ENTRADA EN VIGOR DEL CNPP EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

Entidad	Fecha de publicación	Fecha de entrada en vigencia
Durango	F.P. 06/03/2014	07/05/2014
Puebla	F.P. 19/03/2014	21/05/2014
Querétaro	F.P. 29/03/2014	02/06/2014
Quinta Roo	F.P. 10/04/2014	10/06/2014
Tamaulipas	F.P. 01/05/2014	01/07/2014
Coahuila	F.P. 29/07/2014	27/09/2014
guerrero	F.P. 31/07/2014	30/09/2014
San Luis Potosí	F.P.30/07/2014	30/09/2014
Jalisco	F.P. 11/04/2014	01/10/2014
Tabasco	F.P. 05/08/2014	04/10/2014

<i>Entidad</i>	<i>Fecha de publicación</i>	<i>Fecha de entrada en vigencia</i>
Sinaloa	E.P. 31/07/2014	15/10/2014
Aguascalientes	E.P. 11/06/2014	07/11/2014
Veracruz	E.P. 10/09/2014	11/11/2014
Hidalgo	E.P. 25/08/2014	18/11/2014
Campeche*	E.P. 02/10/2014	03/12/2014
Nayarit*	E.P. 18/08/2014	15/12/2014
Tlaxcala*	E.P. 23/10/2014	31/12/2014
Colima*	E.P. 30/08/2014 E.P. 18/11/2014	19/11/2014 31/12/2014
Zacatecas*	E.P. 01/11/2014	05/01/2015
Distrito federal*	E.P. 20/08/2014	16/01/2015
Baja California Sur*	E.P. 30/06/2014	01/07/2015
Oaxaca*	E.P. 01/11/2014	02/12/2015
Guanajuato*	E.P. 25/11/2014	01/06/2016
Nuevo L León*	Fecha de Aprobación 25/11/2014	01/01/2016

FUENTE: SETEC. Noviembre, 2014.

\* Ya iniciaron operación con el CNPP.

Por lo que hace al ámbito Federal, el pasado 29 de septiembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* la Declaratoria de la entrada en vigor del CNPP, a partir del 24 de noviembre de 2014, en los estados de Durango y Puebla; lo anterior, en cumplimiento a lo que dispone el primer párrafo del Artículo Segundo Transitorio del CNPP.<sup>6</sup> En consecuencia, estos dos estados fueron los primeros en aplicar el CNPP a nivel federal, por lo que, en coordinación con el Poder Judicial de la Federación, la Procuraduría General de Justicia y la Secretaría de Gobernación se llevaron a cabo las acciones indispensables para que el SJP y el CNPP sean una realidad en estas entidades.

Con la oportuna emisión de las Declaratorias de Incorporación que se requieren para continuar la implementación del CNPP de forma gradual, se brinda certeza jurídica a la ciudadanía y a los operadores institucionales.

<sup>6</sup> Artículo Segundo Transitorio del Decreto que expide el CNPP: Este Código entrará en vigor a nivel federal gradualmente en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016...

les con respecto a la aplicabilidad del proceso penal acusatorio, de cara al compromiso adquirido que concluye en el 2016. Asimismo, se evitará que las entidades federativas y la Federación operen el proceso penal con multiplicidad de legislaciones procedimentales, lo que origina diversos criterios jurídicos al momento de analizar y juzgar un caso concreto. Esto hará que los delitos que se cometan puedan ser perseguidos con una única legislación adjetiva y sean juzgados con criterios homogéneos.

### III. ALINEACIÓN DE LA LEGISLACIÓN COMPLEMENTARIA LOCAL Y NACIONAL

La implementación del NSJP conlleva una serie de modificaciones a la forma en que tradicionalmente se venía operando el procedimiento penal.<sup>7</sup> Dentro de ellas, la alineación legislativa es, sin duda alguna, una prioridad para asegurar que los derechos y las garantías procesales que recogen la Constitución Mexicana y el CNPP estén vigentes en todos los procesos penales en beneficio de las partes involucradas. Del tal forma, el Consejo de Coordinación dispuso un *Método de Seguimiento de Armonización Legislativa en las Entidades Federativas*<sup>8</sup> que permite, entre otros, conocer el avance en la alineación normativa tanto al SJPA como al CNPP. El referido método, del cual da seguimiento la SETEC, se sustenta en lo dispuesto por el Artículo Segundo Transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008, y reviste de importancia ante el Artículo Octavo Transitorio del decreto de marzo de 2014 por el que se expide el CNPP, ambas disposiciones referentes a la alineación de la legislación complementaria.

Por su parte, la reforma constitucional establece el deber de los Estados y el Distrito Federal de expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema pro-

<sup>7</sup> Las estrategias y acciones para la implementación de la reforma al sistema de justicia se encuentran sintetizadas en nueve ejes rectores (Estudios y Proyectos Normativos, Planeación y Prospectiva, Capacitación de los Operadores, Vinculación y Cooperación, Reorganización Institucional, Infraestructura y Equipamiento, Difusión Nacional, Evaluación y Seguimiento, así como Finanzas y Administración de Recursos.) alineados al objetivo 4 del Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018, el cual tiene como propósito: Modernizar el Sistema de Justicia Penal, encaminado a lograr un marco normativo que garantice justicia pronta y eficaz.

<sup>8</sup> *Cf.*: COCO/XII/004/14. Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se aprueba la modificación al Método de Seguimiento a la Armonización Legislativa en las Entidades Federativas. Aprobado por el Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, aprobado en su Décima Segunda Sesión Ordinaria celebrada el 14 de julio de 2014.

cesal penal acusatorio. En concordancia con esta disposición, el *Método de Seguimiento* mencionado, prevé diez adecuaciones normativas que se estiman imprescindibles para el correcto funcionamiento del NSJP, la reforma constitucional local y las Declaratorias de entrada en vigor del Sistema, así como del CNPP. Al respecto, existen estados como Coahuila, Hidalgo y San Luis Potosí que presentan un avance significativo en su alineación legislativa al SJPA y al CNPP, mientras estados como Sonora, Veracruz, y Baja California Sur requieren de la sensibilidad de sus tres Poderes para llevar a cabo las modificaciones indispensables. De igual forma, el pasado mes de septiembre de 2014, el Consejo de Coordinación, a través de la SETEC, envió a cada uno de las 32 entidades federativas un paquete de 9 leyes modelo para impulsar la armonización de los ordenamientos al SJPA y en su caso al CNPP, asimismo, remitió a cada una su respectiva Constitución local y su Código Penal local alineados al CNPP.

Por lo que hace a la Federación, se publicó en el *DOF*, el 8 de agosto de 2013, el Decreto por el que se reforma la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con ello se materializó la anhelada inquietud de disponer de una sola legislación procedimental penal con aplicabilidad en todo el país. A la par, se fijaron las bases para la expedir la legislación única de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas para toda la República en el orden federal y en el fuero común. A partir de ello y con base en el Diagnóstico de Armonización Normativa Federal al Sistema de Justicia Penal Acusatorio emitido por los grupos de trabajo del Consejo de Coordinación, se detectaron a nivel federal 21 ordenamientos legales para crear o modificar con el fin de alinearlos al CNPP. Aunado a ello, a partir de la experiencia de operación del CNPP en diversas entidades federativas, el Consejo de Coordinación ha identificado la necesidad de llevar a cabo estudios y proyectos normativos que demandan atención inmediata para cumplimentar la alienación legislativa en el fuero federal, tanto al SJPA como al CNPP en los plazos convenidos.

En el mismo sentido, el CNPP trajo consigo la obligación de que la Federación y las entidades federativas publiquen las reformas a sus leyes y demás normatividad complementaria que resulten necesarias para la implementación de este ordenamiento, señalando para tal efecto un plazo que no exceda de doscientos setenta días naturales después de publicado su Decreto de expedición, término que fenece el día 30 de noviembre del 2014. De ahí que, hasta el momento, San Luis Potosí es el único Estado en contar con la totalidad de su marco jurídico alineado al CNPP, seguido de Jalisco, Coahuila y Guerrero. De tal suerte que, la última actualización

del *Método de Seguimiento de Armonización Legislativa en las Entidades Federativas* refleja que a nivel nacional el porcentaje de avance de las entidades federativas en el proceso de alineación de su marco jurídico al SJPA es del 73%; en contraste, el porcentaje de avance en la alineación al CNPP es del 27% (véase Cuadro 3).

### CUADRO 3

TABLA DE MÉTODO DE SEGUIMIENTO DE ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA  
 EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

<i>Legislación Básica, Intermedia y Complementaria</i>	<i>Alineación al SPPA</i>	<i>Porcentaje</i>	<i>Alineación al CNPP</i>	<i>Porcentaje</i>
Entrada en vigor	32/32	100%	No aplica	No aplica
Constitución Estatal	29/32	91%	12/32	36%
Declaratoria de entrada en vigor del CNPP	24/32	75%	24/32	75%
Declaratoria de incorporación del SPA	30/32	94%	No aplica	No aplica
Ley Orgánica del PJ	26/32	81%	10/32	31%
Ley Orgánica de la PGJ	26/32	81%	10/32	31%
Ley de Defensoría Pública	29/32	91%	13/32	41%
Ley de Justicia para Adolescentes	21/32	66%	9/32	28%
Código Penal	26/32	81%	10/32	31%
Ley de Seguridad Pública	24/32	75%	9/32	28%
Ley de Atención a Víctimas u Ofendidos del Delito	25/32	78%	11/32	34%
Ley de Sujetos Protegidos	11/32	34%	7/32	22%
Ley de Administración de Bienes Asegurados y Decomisados	9/32	28%	5/32	16%
Ley de extinción de dominio	22/32	69%	6/32	19%
Nivel de normatividad completo	330/448	74%	122/384	32%

FUENTE: SETEC. Noviembre, 2014.

En efecto, acelerar el proceso de alineación normativa de la Federación y la Entidades Federativas para la incorporación del SJPA y la adopción del CNPP es una tarea urgente en la implementación del NSJP. La SETEC ha impulsado este trascendente eje, ya que disponer de una legis-

lación acorde al SJPA y al CNPP generará procedimientos cada vez más eficaces, expeditos, transparentes y justos, que es precisamente el espíritu de la reforma constitucional para recuperar la confianza perdida en el sistema penal.<sup>9</sup>

#### IV. ADECUACIÓN NORMATIVA Y OPERATIVA

Uno de los componentes imprescindibles para propiciar a que el CNPP funcione de acuerdo a las garantías establecidas en la Constitución Mexicana es precisamente la adecuación normativa y operativa que hagan eficientes los procedimientos que el propio Código señala. La adecuación normativa consiste en realizar los cambios sustantivos a los protocolos de actuación, manuales de procedimientos y de gestión, entre otros, mientras que la adecuación operativa consiste en disponer de aquellos instrumentos que faciliten la operación del sistema, así como la investigación y persecución de los delitos. Cierto es que tanto a nivel federal como estatal el funcionamiento del SJPA y el CNPP va ligado a los mecanismos con los que dispongan las instancias operadoras para la gestión de sus actividades. No menos cierto es que actualmente los mecanismos con los que disponen las instituciones operadoras se ajustan mínimamente a los estándares del SJPA o simplemente han quedado rebasados ante la incorporación del CNPP. En tal sentido, el Artículo Décimo Primero Transitorio del Decreto por el que se expide el CNPP prevé que:

A la entrada en vigor del presente Código, en aquellos lugares donde se inicie la operación del proceso penal acusatorio, tanto en el ámbito federal como en el estatal, se deberá contar con el equipamiento necesario y con protocolos de investigación y de actuación del personal sustantivo y los manuales de procedimientos para el personal administrativo, pudiendo preverse la homologación de criterios metodológicos, técnicos y procedimentales, para lo cual podrán coordinarse los órganos y demás autoridades involucradas.

Este artículo dispone que al momento en que el NSJP y el CNPP entren en vigor, así en el ámbito federal como en el estatal, deberá contarse, en primer lugar, con el equipamiento necesario para la operación del personal sustantivo cuyas funciones repercutan directamente en el SJPA. Evidentemente, para llevar a la práctica las exigencias del SJPA, a través del CNPP, se requiere, por una parte, del equipamiento necesario para el desarrollo de

<sup>9</sup> Cfr. Constantino Rivera, Camilo. *Introducción al Estudio Sistemático del Proceso Penal Acusatorio*. México, Magister, 2014, pp. 29 y 30.

las audiencias orales, y por la otra, de un equipamiento moderno y sofisticado acorde con las nuevas exigencias de la investigación policial y criminal. En este sentido, la SETEC en conjunto con las instancias federales de seguridad, procuración y administración de justicia, han brindado a los órganos implementadores y a las instituciones operadoras de las entidades federativas, el apoyo técnico y financiero para que tengan la posibilidad de modernizar su equipamiento, que va desde el mejoramiento de la infraestructura de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las instituciones operadoras, hasta aquel destinado para el análisis y procesamiento de la escena del hecho y la mejora de los servicios periciales. Con respecto a las TIC, este apoyo ha sido de gran utilidad para facilitar la interconectividad entre las instancias operadoras del NSJP de los estados y de la Federación. De igual forma, ha sido aplicada para el desarrollo y actualización de sistemas automatizados de gestión. Sin embargo, el apoyo en TIC se ha destacado en la adecuación y habilitación del equipamiento indispensable para el desahogo de las audiencias orales y la operación del NSJP con estricto apego a los principios del SJPA.

En segundo término, dicha disposición requiere protocolos de investigación y de actuación conforme al CNPP, los cuales garanticen el eficiente ejercicio del personal sustantivo durante los procedimientos de detención, persecución, investigación, cadena de custodia, manejo de información y cualquiera que involucre necesariamente la práctica de una actividad que atañe al proceso penal acusatorio y oral. Los protocolos de investigación y de actuación son herramientas que instauran los procedimientos y estándares mínimos que deben cumplimentarse al desarrollar una función específica, sin embargo, ya sea por la complejidad de sus formatos o porque, desafortunadamente, el personal que los integra no está apto o capacitado para completarlos, estos protocolos resultan, en la mayoría de los casos, insuficientes.

Por lo tanto, a partir de 2013, con el fin de generar una homogeneidad entre tanta divergencia, el Consejo de Coordinación, a través de la SETEC, instauró congruentemente con el objeto de su misión, un Grupo de Trabajo en el ámbito federal de carácter interinstitucional, el cual se conformó por integrantes de las instituciones encargadas de las áreas de procuración, administración e impartición de justicia.<sup>10</sup> Derivado de dicho grupo se crea-

<sup>10</sup> *Cf.* COCO/005/X/13.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se aprueba la creación de un Grupo de Trabajo en el ámbito federal, para acelerar el proceso de implementación de la Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia Penal de junio del 2008, conformado por áreas especializadas de la Procuraduría General de la República, de la Comisión Nacional de Seguridad de la

ron diversos subgrupos de trabajo, los cuales han llevado a cabo numerosas reuniones a fin de analizar y homologar la *Metodología de Lineamientos Generales para el Diseño de Protocolos*. Posteriormente, en junio de 2014, el Subgrupo de Trabajo de Asistencia Técnica expuso la ruta crítica para la elaboración de los protocolos nacionales apegados a dicha Metodología, la cual facilitaría la elaboración de protocolos alineados al CNPP.<sup>11</sup> Actualmente, en seguimiento a las instrucciones del Consejo de Coordinación derivadas del Acuerdo COCO/XII/005/2014 de 14 de julio de 2014, la SETEC lleva a cabo las acciones necesarias para la elaboración de los Protocolos de Actuación nacionales y una vez aprobados por el Consejo de Coordinación, sean puestos a disposición de las entidades federativas para su utilización en la operación conforme al CNPP.<sup>12</sup>

En tercer lugar, el artículo al que se ha hecho alusión señala, a su vez, que se contará con manuales de procedimientos para el personal administrativo, justamente para desarrollar sus actividades en congruencia con los estándares del CNPP. Dicha situación no se ha dejado a un lado, pues no resulta menos importante contar con manuales que hagan más funcional y operativa la función administrativa que desarrollan los operadores del NSJP. Si bien, esta labor resulta más enfocada a las instituciones que apliquen sustancialmente en la práctica el SJPA y el CNPP —llámense Procuradurías de Justicia, Tribunales Superiores de Justicia, Defensoría Pública, Seguridad Pública, entre otras—, la SETEC ha brindado la asesoría requerida por las entidades federativas y la Federación en acompañamiento a sus metodologías de implementación.

En paráfrasis a los acuerdos tomados por el Consejo de Coordinación, las anteriores acciones ejemplificadas para afianzar la aplicación eficiente del CNPP, tienen como objetivo estandarizar los procesos entre los diferentes operadores del sistema y crear un marco de referencia dentro del cual se delimitan actividades específicas que los operadores deberán seguir, lo que plantean un esquema de trabajo que facilita la coordinación entre los mis-

Secretaría de Gobernación, de la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal, de la Secretaría de la Defensa Nacional, de la Secretaría de Marina, del Poder Judicial de la Federación, así como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y, la SETEC, como Secretario Técnico del mismo, aprobado en su Décima Sesión Ordinaria, celebrada el 24 de junio de 2013.

<sup>11</sup> Cf. COCO/XII/005/14. Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que aprueban las acciones para la construcción de Protocolos de actuación nacionales, conforme a la Metodología de Lineamientos Generales para el Diseño de Protocolos, aprobado en su Décima Segunda Sesión Ordinaria, celebrada el 14 de julio de 2014.

<sup>12</sup> *Ibidem*, Acuerdo Segundo.

mos.<sup>13</sup> Se entiende que el propósito a corto plazo es que todos los operadores del NSJP tengan las herramientas suficientes para cumplir a cabalidad su labor, asegurando el cumplimiento de las garantías del SJPA establecidas en la Constitución y en el CNPP.

## V. BUENAS PRÁCTICAS EN LA IMPLEMENTACIÓN Y OPERACIÓN

Derivada de la entrada en vigor del SJPA en 24 estados de la República —cuatro de ellos en operación total y otros 20 más en operación parcial—, surgieron inevitablemente una serie de experiencias refundacionales en las instituciones que imparten y procuran justicia, así como en los órganos que implementan el NSJP. Experiencias que, de alguna forma, evidenciaron la forma en que cada entidad adoptó, entendió y asumió el compromiso para con la reforma constitucional de junio de 2008, y que se reflejaron en distintas formas o maneras de llevar a cabo modificaciones normativas, organizacionales, de infraestructura, de gestión pública, así como culturales, necesarias para concretar con éxito la implementación del NSJP y, en efecto, la eventual adopción del CNPP.

En este contexto, el Consejo de Coordinación por medio de la SETEC, en un afán por recopilar las mejores acciones de la Implementación y operación del NSJP y el CNPP hacia 2014, reunió recientemente en un documento el primer volumen de un catálogo de *Buenas prácticas de la Implementación y operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal 2014*, entendidas éstas como los casos de éxito llevados a cabo en las distintas entidades federativas por las instituciones que conforman el sistema de justicia penal para instaurar los cambios exigidos por la Constitución; además son insumos valiosos para todos los participantes en el proceso de implementación por varias razones.

Un primer beneficio es saber cómo se están llevando a cabo cambios o mejoras en distintos ámbitos como infraestructura, capacitación o reorganización institucional, con la finalidad de replicar esas prácticas y evitar cometer imprecisiones o errores, así como mejorar sus propios procesos. Otro beneficio de estar al tanto de acciones de implementación u operación exitosas, es disminuir la incertidumbre de los escenarios plausibles y lograr controlar más variables para asegurar en mayor medida los logros esperados. Por último, tener conocimiento sobre resultados conocidos previene el uso ineficiente de recursos y con ello disminuir el costo de oportunidad de

<sup>13</sup> *Ibidem*, Considerando Tercero.

acciones que no son las mejores, dado los resultados observados en otras entidades federativas.<sup>14</sup>

En la primera versión de este catálogo, se colocó a disposición de los órganos implementadores, instituciones operadoras y a la sociedad en general, un conjunto de decisiones plasmadas en acciones concretas que han arrojado altos dividendos para operar el NSJP de forma adecuada, y en todo momento orientadas por los principios de transparencia, acceso a la justicia y eficiencia en los procesos, en beneficio del SJPA del país en el ámbito estatal. Se trata de 25 *buenas prácticas* que abarcan a las 4 instituciones operadoras (Tribunal Superiores de Justicia, Procuradurías Generales de Justicia o Fiscalías, Defensorías Públicas y Secretarías de Seguridad Pública) y a 8 Estados que están operando el NSJP de manera parcial o total (Chihuahua, Nuevo León, Chiapas, Durango, Guanajuato, Baja California, Puebla y Morelos).

En consecuencia, se identificaron, entre otras, las *buenas prácticas* siguientes:

1. “El Rol del Órgano Implementador como ente Coordinador de la Implementación de la Reforma Penal y de Seguridad Pública”; que reconoce la labor de la Comisión Ejecutiva para la Reforma del Sistema de Justicia Penal del Estado de Nuevo León como una instancia de coordinación plural y multidisciplinaria que coadyuva y coopera con las autoridades locales y federales; además de estar constituida como una plataforma de apoyo, coordinación, análisis y propuesta.<sup>15</sup>
2. Modelo de Infraestructura para el Nuevo Sistema de Justicia Penal “Casa de Justicia”; diseñada en Puebla y el cual consiste en un solo inmueble integral donde convergen todas las oficinas y áreas sustantivas de las instancias operadoras del SJPA: Tribunal Superior de Justicia, Procuraduría General de Justicia, Secretaría de Seguridad Pública y Secretaría General de Gobierno (Defensoría pública y Dirección General de Sentencias y Medidas). Con este diseño se reducen tiempos de traslado y costos de operación, así como servicios relacionados con la procuración y administración de justicia.<sup>16</sup>
3. “Disminuir la prisión preventiva y generar ahorros en el sistema penitenciario”; mediante la Unidad de Medidas Cautelares que busca garantizar que las personas enfrenten su proceso penal en libertad, o se sujeten a una salida alterna, y cumplan con las obligaciones

<sup>14</sup> SETEC, *Buenas prácticas de la Implementación y operación del Nuevo Sistema de Justicia Penal 2014*, México, Segob, vol. 1, 2014, p. 5.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 7.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 14.

impuestas por el Juez. Por otra parte, asegura que la Defensa, el Ministerio Público y el Juez, tengan información suficiente, oportuna y veraz, sobre la persona que se someterá a un proceso penal. Asimismo, procura disminuir la prisión preventiva y generar ahorros en el sistema penitenciario. La UMECA Adultos es un modelo que opera bajo la metodología de Servicios Previos al Juicio, que se ha consolidado como referente al ser la primera Unidad de Medidas Cautelares a nivel Latinoamérica y Nacional.<sup>17</sup>

4. “Sistema electrónico de información integral interconectado entre las operadoras del NSJP”; cuyo producto es el Sistema Integral para la Administración del Proceso de Justicia Penal alineado al código procedimental penal del estado de Chihuahua y considerado para el CNPP. Entre sus características relevantes se distinguen: el uso del número único de caso, agendas sincronizadas, homologación de criterios, diligencias electrónicas entre cada institución, así como la facilidad en el análisis de información y toma de decisiones.<sup>18</sup>

De esta forma, las *buenas prácticas* son parte fundamental en el correcto desarrollo del proceso de implementación del NSJP y el CNPP a nivel federal y estatal, porque recogen las mejores experiencias que las entidades federativas llevan a cabo para ser aplicadas en otras áreas donde se requiera de un impulso que alcance semejantes resultados. Es indudable que difundir las *buenas prácticas* entre el resto de los estados y la Federación resultará en un sofisticado ejercicio para el andamiaje del SJPA. Su correcto funcionamiento depende de la medida en que los operadores institucionales realicen mejoras continuas al propio sistema. Las contribuciones que sigan realizando los estados, y próximamente la Federación, se verá reflejado en un proceso penal que garantice el cumplimiento de los principios establecidos en la constitución y haga tangibles sus bondades.

## VI. SEGUIMIENTO A LA IMPLEMENTACIÓN

Cuando se acentúa que el término constitucional para concluir la implementación del NSJP en toda la República es cada vez más breve, esto hace suponer que el objetivo se cumplirá cuando para el 2016 se transite totalmente de un proceso tradicional, secreto y escrito, a un sistema de corte adversarial, público y oral. Si bien, este es el planteamiento central de la reforma constitu-

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 38.

cional —el tránsito—, ello no significa que por sí solos quedarán finalmente garantizados todos los principios del SJPA. Para consolidar la reforma desde todas sus perspectivas, se requiere entonces de un mecanismo de seguimiento y evaluación que, de alguna manera, vigile el desarrollo del SJPA en los ámbitos federal y estatal, antes de la fecha en que deba quedar concluida la transición y posterior a ella. Un engranaje que al paso del tiempo asimile el cambio de sistema con las exigencias de la sociedad y de sus miembros.

En atención a esta imperante inquietud el Consejo de Coordinación, con fundamento en lo establecido en el Artículo Décimo Segundo Transitorio del Decreto por el que se expide el CNPP, fue instruido para constituir el *Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio*, que deberá remitir semestralmente un informe de sus actividades al propio Consejo de Coordinación. Dicho Comité se materializó a través de su aprobación por unanimidad de los integrantes del Consejo de Coordinación en su Décima Segunda Sesión Ordinaria, celebrada el 14 de julio de 2014.<sup>19</sup> De esta forma, en su Acuerdo de creación se señala que el Comité tendrá como objetivo:

...del seguimiento y evaluación: la generación, procesamiento y análisis de información para medir la eficacia, efectividad y, en su caso, el impacto de la implementación del sistema de justicia penal, a fin de fortalecer la toma de decisiones de las instituciones operadoras y rectoras del proceso de implementación de la reforma judicial penal en las entidades federativas y a nivel federal, basadas en la evidencia, transparencia y rendición de cuentas e impulsar la gestión gubernamental para mejorar sus resultados.

De la transcripción de su objetivo se desprenden tres acciones: la primera, que consiste en generar, procesar y analizar la información sobre la eficacia, efectividad e impacto de la reforma penal en todos sus ámbitos para; la segunda, guiar sus resultados hacia el fortalecimiento de la toma de decisiones de las instituciones operadoras y rectoras del proceso de implementación; y la tercera, en rendir un informe semestral de sus actividades al Consejo de Coordinación. Estas tres acciones deben, a su vez, estar basadas en los principios de mejora gubernamental. Para el cumplimiento de su objetivo se señala que el Comité definirá la forma de Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal.<sup>20</sup> La integra-

<sup>19</sup> Cfi. COCO/XII/003/14.- Acuerdo del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal por el que se constituye el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, aprobado en su Décima Segunda Sesión Ordinaria, celebrada el 14 de julio de 2014.

<sup>20</sup> *Ibidem*, Acuerdo Tercero.

ción del Comité estará conformada por un representante de las siguientes instancias: Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal; Cámara de Senadores y Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; Suprema Corte de Justicia de la Nación; Consejo de la Judicatura Federal; Procuraduría General de la República; Comisión Nacional de Seguridad; Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos; Conferencia Nacional de Secretarios de Seguridad Pública; Conferencia Nacional de Procuración de Justicia; los sectores académico y social, así como la Titular de la SETEC; asimismo, tendrá como invitados permanentes desde su instalación a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, así como al Instituto Nacional de Estadística y Geografía.<sup>21</sup>

Cabe resaltar que por la envergadura que significa la creación del Comité, los representantes de las instancias que lo integran deberán contar con experiencia en actividades relacionadas con la generación de información estadística en la materia penal, medición de indicadores judiciales y experiencia probada en los temas de seguimiento y evaluación en el sistema de justicia penal; además, deberán contar con la capacidad de toma de decisiones para comprometerse por la instancia que representan.<sup>22</sup> Al constituirse el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, el Consejo de Coordinación responde a la exigencia de contar con un proceso constante de acompañamiento que consolide el SJPA.

Esta política pública de seguimiento y evaluación ha sido de gran utilidad en los países latinoamericanos donde también se ha trabajado en la transición hacia un sistema de corte adversarial y oral. Como ejemplo de su acertado funcionamiento puede dirigirse a Chile y la creación en 2011 de su Comisión de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, de carácter permanente y consultivo, que tiene como objetivo procurar el fortalecimiento y buen funcionamiento del sistema procesal penal, a través de proposiciones técnicas que faciliten su desarrollo, seguimiento y evaluación, así como la acción mancomunada de las instituciones en ella representadas.<sup>23</sup> La nueva Comisión Permanente sustituyó a la anterior Comisión de Coordinación de la Reforma Procesal Penal que tuvo vigencia en términos del derogado Artículo 6o. Transitorio de la Ley N° 19.665 que reformó el Código Orgánico de Tribunales.<sup>24</sup> En el mismo

<sup>21</sup> *Ibidem*, Acuerdo Cuarto.

<sup>22</sup> *Ibidem*, Acuerdo Noveno.

<sup>23</sup> Cfr. Ley 20.534, que crea Una Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 23 de septiembre de 2011.

<sup>24</sup> Cfr. Ley 19.665, que reforma el Código Orgánico de Tribunales, publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 9 de marzo de 2000.

sentido, se crearon las Comisiones Regionales de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, de carácter permanente, en cada una de las regiones de Chile, con el objeto de desarrollar labores de coordinación, seguimiento y evaluación del sistema procesal penal en la región respectiva, así como de sugerir propuestas tendientes a mejorar el funcionamiento del mismo.<sup>25</sup>

Ahora bien, el Decreto por el que se expide el CNPP establece a partir de la entrada en vigor de este Código, la obligación al Poder Judicial de la Federación, la Procuraduría General de la República, la Comisión Nacional de Seguridad, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos y la Conferencia Nacional de Procuradores, de remitir de manera semestral la información indispensable a efecto de que las Comisiones de Justicia de ambas Cámaras del Congreso de la Unión evalúen el funcionamiento y operatividad de las disposiciones contenidas en dicho Código. Lo anterior con base en el Décimo Tercero Transitorio del referido Decreto y como elemento de seguimiento para la revisión legislativa que llevará a cabo el Congreso de la Unión, independiente, más no excluyente, del informe que rendirá el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio al Consejo de Coordinación.

En efecto, todos los actores de la implementación del SJPA están ciertos que para concretar la reforma constitucional es indispensable fortalecer la primera vertiente que es la transición del sistema en el periodo establecido, sin descuidar en ningún momento el acompañamiento y evaluación que deba dársele para su funcionamiento. En este sentido, la implementación implica también un esfuerzo *transgeneracional*, ya que las garantías del NSJP establecidas en la Constitución Mexicana y el CNPP sólo podrán reflejarse plenamente a través de la evolución del propio sistema penal, siempre que la generación que vio nacer la reforma y su implementación permita a las venideras adentrarse al fortalecimiento del SJPA.

## VII. CONCLUSIÓN

La consolidación de la implementación del SJPA y el CNPP, así como su posterior seguimiento y evaluación, requiere de la atención inmediata de las acciones siguientes:

*Primero*, mantener una coordinación directa con actores políticos y sociales para definir agendas para acelerar la implementación del Sistema de Justicia Penal.

<sup>25</sup> Ley 20.534, *op. cit.*, artículo 12 quáter.

*Segundo*, continuar generando lineamientos generales y proporcionando asesorías para realizar los procesos de reorganización de las instituciones de seguridad y justicia.

*Tercero*, concluir con la emisión de Declaratorias de Entrada en Vigencia del CNPP a nivel federal en otras zonas y distritos judiciales del país.

*Cuarto*, deberá publicarse el resto de la legislación nacional, general y federal necesaria y complementaria para la debida operación del sistema en el fuero federal y en las entidades federativas.

*Quinto*, dar seguimiento pormenorizado de la implementación en las entidades federativas con el objetivo de detectar problemas y dar soluciones o correcciones de manera inmediata.

*Sexto*, trabajar con el Comité para la Evaluación y Seguimiento de la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal de Corte Acusatorio, para generar, procesar y analizar la información para medir la eficacia, efectividad y el impacto de la implementación.

Ya advierten los analistas especializados en temas de seguridad y justicia que:

Para fortalecer el sistema de justicia mexicano no son suficientes los acuerdos y las declaraciones de intención, sino la creación de condiciones dentro de las instituciones de seguridad y justicia. No debe confundirse la retórica política con la voluntad política. Esta última es la que urge. Por su parte, la ciudadanía que se siente indignada y desalentada por las circunstancias del país, debe asumir un compromiso permanente con el Estado de derecho y no sólo exigir instituciones que honren plenamente las garantías individuales como regla y sin excepción, sino también respetarlas en consecuencia. De otro modo, el círculo vicioso de la corrupción nunca se romperá.<sup>26</sup>

De esta forma, el Consejo de Coordinación está certero que para hacer una realidad el NSJP y la aplicación en toda la República del CNPP, es indispensable no disminuir el ritmo de trabajo lograda a partir de 2008; por el contrario, se plantea redoblar esfuerzos de frente al corto plazo que resta para consolidar la transición del sistema penal. A partir de 2012, el Gobierno de la República hizo del NSJP una prioridad a nivel nacional y ha enfatizado la generación de políticas públicas eficaces para la adecuada implementación del SJPA. Las entidades federativas y el Distrito Federal

<sup>26</sup> CIDAC, “La crisis de seguridad y justicia es estructural, no coyuntural”, *Semana Política, análisis político semanal de temas de coyuntura*, México, 6 de noviembre de 2014, Disponible en [http://cidac.org/esp/cont/Semana\\_Politica/La\\_crisis\\_de\\_seguridad\\_y\\_justicia\\_es\\_estructural\\_no\\_coyuntural.php](http://cidac.org/esp/cont/Semana_Politica/La_crisis_de_seguridad_y_justicia_es_estructural_no_coyuntural.php)

necesitan también impulsar encarecidamente su compromiso con el NSJP, de cara a las exigencias de la sociedad quien será el beneficiario directo y mejor evaluador del Sistema Democrático de Justicia Penal. Finalmente, se enfatiza que el recurso más importante de una nación es la confianza de sus ciudadanos en su sistema de justicia penal.

## LAS SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO: ACUERDOS REPARATORIOS Y SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO

Alicia Beatriz AZZOLINI BINCAZ\*

SUMARIO: I. *El nuevo modelo procesal*. II. *El Código Nacional de Procedimientos Penales*. III. *Salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales*. IV. *Reflexiones finales*.

### I. EL NUEVO MODELO PROCESAL

La reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 18 junio de 2008 ha buscado, entre otros fines, agilizar y hacer más eficiente la impartición de justicia penal. Para ello incorporó instituciones procesales novedosas, ajenas algunas de ellas al modelo de justicia penal continental preponderante por más de un siglo en nuestro país. En primer lugar, introdujo en el artículo 17 constitucional un párrafo que establece que: “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.” En segundo término, incluyó en el Apartado A del artículo 20 la fracción VII, que prevé que “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...”. Por último, el séptimo párrafo del artículo 21 concede al Ministerio Público la atribución de considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley. Es así que a los medios de justicia alternativa, como los acuerdos reparatorios, que se venían proponiendo desde años anteriores, se agregaron otros supuestos que no están en relación directa

\* Doctora en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Profesora investigadora titular, del Departamento de Derecho de la UAM, Unidad Azcapotzalco.

con la justicia o el hallazgo de la verdad, como son el proceso abreviado o los criterios de oportunidad.

Un primer análisis de los argumentos señalados en las exposiciones de motivos de las diferentes iniciativas que precedieron a la reforma de 2008, hace presumir que las razones expresadas por los legisladores para justificar la transformación del modelo procesal penal y, en especial, para proponer las salidas alternas al juicio descansan, principalmente, en criterios de orden económico funcional y, en segundo plano, en motivos que atienden a los derechos fundamentales: al acceso a una justicia expedita en condiciones de equidad y al debido proceso.<sup>1</sup> La reiterada alusión a los altos costos del sistema de justicia penal, a su incapacidad para resolver satisfactoriamente el número en constante crecimiento de las denuncias, que incrementa las investigaciones y procesos en trámite, a su incapacidad de satisfacer el reclamo social de justicia, justifica, en esta perspectiva, privilegiar soluciones utilitaristas que no atienden al fondo de problema. A esta interpretación se enfrentaría la doctrina procesal continental que ha entendido a la búsqueda de la verdad y a su hallazgo como el *Ethos* del procedimiento y del derecho procesal penal.<sup>2</sup> El proceso penal tiene, en esta concepción tradicional, la vocación de investigar la verdad material o histórica, la “verdad verdadera”<sup>3</sup>. Hassemer considera que dentro de los límites de las garantías constitucionales es posible la optimización de la búsqueda de la verdad y con ello la optimización del *Ethos* del procedimiento penal. Desde esta perspectiva, los acuerdos reparatorios, los criterios de oportunidad e incluso la

<sup>1</sup> El concepto de “debido proceso” encierra, según su desarrollo histórico y doctrinal dos vertientes, una material y otra formal. El aspecto material alude a un medio de controlar la razonabilidad de las leyes; hace referencia a la tutela de los derechos esenciales del individuo frente al arbitrio del poder público en el ámbito ejecutivo y legislativo, no sólo en el instrumental o procesal. El debido proceso adjetivo, generalmente es caracterizado por invocación de los elementos que lo integran y cuyos méritos derivan de la conformidad entre el enjuiciamiento y la ley, pero también entre ambos y la justicia. Esto conduce a establecer un tipo de proceso que tribute a la justicia, es decir, un “juicio justo”. Cfr. García Ramírez, Sergio con la colaboración de Alejandra Negrete Morayta, “El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/jornadasitinerantes/procesoSGR.pdf>, consultada el 9 de febrero de 2014. En este artículo el concepto “debido proceso” se emplea en la segunda de las vertientes aludidas, como debido proceso adjetivo.

<sup>2</sup> Hassemer, Winfried, *Verdad y búsqueda de la verdad en el proceso penal; La medida de la Constitución*, Ubijus-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, México, 2009, p. 19.

<sup>3</sup> Cfr. García Ramírez, Sergio, *Curso de derecho procesal penal*, Porrúa, México, 1980, pp. 2 y 3. El autor cita a varios procesalistas insignes como Goldschmidt y Florian que coinciden en señalar la búsqueda de la verdad como finalidad principal del proceso penal.

suspensión del proceso a prueba y el procedimiento abreviado, es decir las salidas alternas al juicio, no encajan muy bien con la importancia suprema del concepto de verdad.<sup>4</sup> Las razones esbozadas por el constituyente para justificar las salidas alternas al juicio se opondrían desde esta lógica a la finalidad del proceso penal. La “conciliación”, en un sentido amplio que comprende el acuerdo entre la víctima y el imputado o el de éste con el Ministerio Público, reemplaza a la verdad como fin último del proceso.

Una perspectiva distinta, basada en los cambios que se han producido en los procesos penales europeos y latinoamericanos en las últimas dos décadas a raíz de sendas reformas legislativas, destaca la incorporación progresiva de elementos compositivos en el proceso.<sup>5</sup> La búsqueda de la verdad comparte su lugar con la necesidad de solucionar el conflicto como finalidades primordiales del proceso. Este fenómeno obedecería a la crisis de los ordenamientos jurídicos tradicionales, a las características de la sociedad post-industrial, que atendiendo a una mayor participación ciudadana tienden a la desregularización y a modos alternos de solución de conflictos<sup>6</sup>. Este cambio en el modelo procesal de la mayoría de los países occidentales hace compatible las finalidades del proceso con la incorporación de salidas alternas al juicio que privilegian la solución del conflicto por encima o a la par de la búsqueda de la verdad. Lo que en un primer momento pudo ser la contraposición entre ideologías normativistas y naturalistas, entre fines y funciones del proceso penal, hoy día representa un cambio de paradigma con todo lo que ello significa. La solución del conflicto es en el momento actual una de las finalidades más importantes del proceso penal.<sup>7</sup>

Las distintas iniciativas presentadas en su momento por los legisladores para transformar el modelo de justicia penal descansaban indudablemente en argumentos de carácter funcional pero, intencionalmente o no, asumen el nuevo paradigma procesal. Éste ha sido incorporado en la ley procesal penal nacional.

## II. EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El nuevo modelo procesal fue instrumentándose paulatinamente en los distintos estados del país. Hubo estados pioneros que iniciaron la transformación procesal con anterioridad a la reforma constitucional. Chihuahua y

<sup>4</sup> Hassemer, W., *Ibidem*, pp. 20-22.

<sup>5</sup> Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *Derecho procesal penal chileno*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 503.

<sup>6</sup> *Idem*.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, “Derecho penal mínimo”, *op. cit.*, p. 27.

Oaxaca fueron los más decididos y radicales que iniciaron en 2007, aunque Nuevo León ya había comenzado desde 2004 una incipiente transformación del procedimiento penal y el Estado de México había incorporado el procedimiento abreviado en 2006.<sup>8</sup> A partir de la reforma constitucional de 2008 otros estados se fueron sumando paulatinamente, con mayor o menor entusiasmo, a la transformación del modelo procesal. La regulación procesal, aunque con el denominador común de la oralidad, difería de un estado a otro; las etapas procesales, la regulación de la prueba y de las denominadas genéricamente salidas alternas variaba de un código a otro. Surgieron así “modelos” de proceso penal oral que agrupaban a uno o más estados según los principales lineamientos adoptados en sus nuevos códigos. A la complejidad de la transformación procesal se sumó la diversidad de legislaciones procesales representativas del nuevo modelo “oral adversarial”. Con el propósito de unificar criterios y evitar la dispersión de la instrumentación de la reforma a lo largo del país, la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos elaboró el “Código Modelo de Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, también llamado Código CO-NATRIB. Sin embargo, el proyecto, loable por sí mismo, no logró alcanzar su objetivo. Persistieron legislaciones disímiles que dificultaban la comprensión, la capacitación instrumentación y la implementación del nuevo sistema de justicia en el país. Es así que poco a poco, desde los distintos sectores involucrados en el proceso de reforma, se fue generando el consenso para elaborar una legislación procesal penal de carácter nacional, aplicable en todos los estados del país, en el Distrito Federal y en materia federal.

El Código Nacional de Procedimientos Penales es, en palabras de Sergio García Ramírez, producto de una notable y acertada decisión político jurídica: unificar la legislación penal, poniendo orden y armonía en este campo.<sup>9</sup> Se comienza a romper, según palabras de este autor, el federalismo extremo que dio lugar a un abarrotado campo de leyes penales procesales y sustantivas de difícil armonización. Los argumentos jurídicos lograron imponerse, al menos en esta materia, sobre los jurídicos.

<sup>8</sup> Mancillas Ramírez, Jorge Luis (coord.), *Temas selectos; Maestro Catarino García Herrera*, Consejo de la Judicatura y Juicio Oral Penal en Nuevo León, Monterrey, Nuevo León, 2011, p. 87. Witker, Jorge y Carlos Natarén, *Tendencias actuales del diseño del proceso acusatorio en América latina y en México*, en *Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://biblio.juridicas.unam.mx>, p. 39, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2755/6.pdf>, última consulta 18 de junio de 2015.

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio, “Comentarios sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en *Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, <http://biblio.juridicas.unam.mx>, p. 1168, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoComparado/141/el/el11.pdf>, última consulta 18 de junio de 2015.

En los documentos que formaron parte del proceso legislativo que precedió al nuevo código se menciona la necesidad de “unificar la legislación procesal penal, para que los criterios político criminales que habrán de observarse en el procedimiento penal igualmente se unifiquen en todos sus aspectos, y así evitar que en el país haya distintas formas de procurar y administrar justicia”.<sup>10</sup> Es de reconocerse que el nuevo código, perfectible sin duda alguna, está cumpliendo con ese objetivo. Entre los muchos temas en que se unifican criterios e instituciones cabe destacar el de las salidas alternas al juicio.

El CNPP, al igual que los códigos estatales que lo antecedieron, atendió al mandato constitucional y a todas sus razones subyacentes al regular distintas figuras que permiten la terminación del proceso en forma distinta a la tradicional.<sup>11</sup> En una ‘primera aproximación, estas figuras pueden clasificarse según que su adopción dependa del acuerdo de voluntades de las partes en conflicto —víctima e imputado—, o que deba intervenir un tercero a fin de resolver la situación. Las primeras son de carácter no adversarial o autocompositivas, exigen el acuerdo de voluntades del imputado y la víctima, para arribar “acuerdos reparatorios” que, si bien deben ser avalados por el Ministerio Público o por el juez, el contenido debe ser decidido por los directamente interesados, quienes, de esta forma, resuelven por sí mismos el conflicto. Las segundas, son de carácter adversarial o heterocompositivas, requieren la intervención de un tercero que impone a las partes una solución, a través, por ejemplo, de una resolución judicial que, una vez cumplidos los requisitos, decreta la suspensión condicional del proceso o autorice el proceso abreviado.<sup>12</sup>

### III. SALIDAS ALTERNAS AL JUICIO EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

En anteriores escritos relacionados con el tema utilicé un concepto de salidas alternas, que no coincide con el señalamiento legal.<sup>13</sup> En un sentido

<sup>10</sup> Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, consultable en [http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto\\_Dictamen\\_CNPP\\_211113.pdf](http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Anteproyecto_Dictamen_CNPP_211113.pdf), pp. 14 y ss, última consulta 18 de junio de 2015.

<sup>11</sup> Bardales Lazcano, Erika, *Medios alternativos de solución de conflictos y justicia restaurativa*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p.92.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>13</sup> Azzolini, Alicia, “Las salidas alternas al juicio en el Código nacional de Procedimientos Penales”, en Moreno Hernández, Moisés y Miguel Ontiveros Alonso, *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Cepolcrim, Ampec, Ubijus, 2014, pp. 145 y ss.

amplio las salidas alternas al juicio buscan cumplir con los fines perseguidos por el proceso sin necesidad de llegar a la etapa de juicio oral, incluyen el acuerdo reparatorio, la suspensión condicional del proceso, el procedimiento abreviado y los criterios de oportunidad. En todos estos casos, algunos de carácter no adversarial —acuerdo reparatorio— y otros heterocompositivos —suspensión condicional del proceso, procedimiento abreviado y criterios de oportunidad— se deja de lado el criterio de estricta legalidad en las actuaciones, el proceso se desvía de su línea de flujo principal y toma derroteros que permiten agilizar y facilitar la solución del conflicto penal.

El CNPP incorpora un criterio restringido de salidas alternas. El libro segundo del CNPP, que se ocupa del procedimiento, dedica el título primero a las que denomina “Soluciones alternas y formas de terminación anticipada”. El artículo 184 establece que son formas alternas de solución del procedimiento el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso. El artículo 185 menciona al procedimiento abreviado como forma de terminación anticipada. En el mismo libro segundo, en el título III, que se refiere a la investigación, en el capítulo cuarto, que regula las formas de terminación de la investigación, se incluyen los criterios de oportunidad. El legislador ha dado preferencia a la etapa procesal en que tienen cabida las resoluciones, en el caso de los criterios de oportunidad, y al procedimiento abreviado lo ha considerado como un “juicio anticipado”. Sin embargo, una característica propia de todas estas figuras es que permiten concluir el procedimiento en situaciones que, en el modelo procesal penal mixto, apegado a un criterio de estricta legalidad, debían resolverse en el juicio. Se trata de formas “nuevas” de conclusión de los asuntos penales, cuya aplicación correcta es imprescindible para el éxito del nuevo modelo procesal. El sistema acusatorio diseñado en la CPEUM y en el CNPP requiere de “válvulas de escape” que impidan que todas las investigaciones que se inician concluyan en juicio oral. Estas figuras que aquí agrupamos bajo la denominación de “salidas alternas al juicio” constituyen esas vías de solución.

Las salidas alternas al juicio dan cuenta de la transformación en los objetivos perseguidos por el proceso penal. Permiten resolver el conflicto y favorecen que se cumpla con la reparación del daño. Además, responden a criterios de eficacia y eficiencia, en tanto agilizan la solución del conflicto, con lo que se reduce la carga de trabajo de muchos operadores del sistema y posibilitan disminuir el rezago en la procuración y administración de justicia. Como ya se mencionó, las diversas exposiciones de motivos de las iniciativas que propiciaron la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, coincidieron en justificar la transformación del modelo procesal penal, en especial la incorporación de salidas alternas, en criterios de orden econó-

mico funcional y, sólo en un segundo plano, en motivos que atienden a los derechos fundamentales: al acceso a una justicia expedita en condiciones de equidad y al debido proceso. En todas las iniciativas destaca la reiterada alusión a los altos costos del sistema de justicia penal, a su incapacidad para resolver satisfactoriamente el número en constante crecimiento de las denuncias, que incrementa las investigaciones y procesos en trámite, a su incapacidad de satisfacer el reclamo social de justicia.<sup>14</sup> Esta perspectiva no se contrapone a los beneficios que las salidas alternas puedan representar para las partes en el proceso. Tanto la víctima como el imputado pueden verse favorecidos por una solución pronta del conflicto que satisfaga sus principales requerimientos. Un acuerdo reparatorio que contemple en forma equilibrada las pretensiones de una y otra parte es una opción altamente atractiva frente a la de un proceso penal de mayor duración que representa el riesgo de no obtener una resolución acorde con sus intereses.

En esta exposición, ante la necesidad de acotar el tema abordado, me limitaré al estudio de las salidas alternas en sentido estricto, tal como las contempla el CNPP. Dedicaré las siguientes líneas a los acuerdos reparatorios y a la suspensión condicional del proceso.

### 1. *Acuerdos reparatorios*

Los llamados “acuerdos reparatorios” se refieren al acuerdo entre el imputado y la víctima u ofendido, en que el primero repara de algún modo que resulte satisfactorio para la segunda las consecuencias dañosas del hecho que se persigue penalmente y que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el Juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del caso.<sup>15</sup>

Algunos códigos procesales de nuevo cuño, vigentes todavía en el país, como el del Estado de México, aluden a los medios para alcanzar el acuerdo

<sup>14</sup> La primer iniciativa de reforma al sistema de seguridad pública y justicia penal fue propuesta por el Ejecutivo Federal, el 29 de marzo del 2004. Si bien esta iniciativa no prosperó, la reforma al sistema penal permaneció en la agenda legislativa. En los años siguientes se presentaron diversas iniciativas de reforma al sistema de justicia penal y seguridad pública a cargo del Partido Acción Nacional (29 de septiembre de 2006), del Partido Revolucionario Institucional (19 de diciembre de 2006, 6 y 29 de marzo de 2007), de los partidos Convergencia, de la Revolución Democrática y del Trabajo (25 de abril de 2007) y del Partido de la Revolución Democrática (4 de octubre del 2007). Todas ellas proponen adoptar un nuevo modelo procesal penal en el que se contemplen salidas distintas al juicio paras hacer más rápido, eficiente y ágil el funcionamiento del nuevo sistema.

<sup>15</sup> *Cf.* Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *op. cit.*, t. I, p. 568. De manera muy similar están definidos en el artículo 186 del CNPP.

como una salida alterna, en vez del propio acuerdo, que es el que en realidad pone fin al conflicto. Los Medios Alternos de Solución de Conflictos (MASC) constituyen diversas técnicas para facilitar que el imputado y la víctima, en los casos en que la ley lo permite, solucionen sus diferencias y pongan fin al proceso,<sup>16</sup> entre ellos cabe mencionar la mediación, la conciliación y la negociación. Los acuerdos reparatorios se alcanzan en nuestro país, generalmente, a través de alguna de estas técnicas que es instrumentada por una institución pública dependiente del poder judicial, de la procuraduría o del gobierno estatal. Para unificar los MASC en todo el país, el 29 de diciembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. En ella se contemplan tres mecanismos (MASC) de solución de conflictos: la mediación, la conciliación y la junta restaurativa.<sup>17</sup>

El artículo 187 del CNPP admite los acuerdos reparatorios en “Delitos que se persiguen por querrela o requisito equivalente de parte ofendida; Delitos culposos, o Delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.”

Los delitos que se persiguen por querrela están señalados expresamente en los códigos penales; se trata, generalmente, de delitos patrimoniales entre personas que tienen relación de parentesco, violación entre cónyuges,

<sup>16</sup> Cfr. C. Vázquez González de la Vega y E. Bardales Lazcano, “Instituciones jurídicas del sistema de justicia acusatorio: su relación con el amparo”, en *Cultura constitucional, cultura de libertades*, México, Secretaría Técnica del Consejo de la Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, Secretaría de Gobernación, 2012, p. 132. Estos autores consideran como los MASC de uso frecuente en el sistema penal, los siguientes: a) Mediación: el procedimiento en el cual las dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas, para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo; b) Conciliación: Procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución, y, menos usada en el ámbito penal, c) Negociación: un procedimiento en el cual las dos partes de un conflicto intercambian visiones sobre el mismo y se formulan mutuamente propuestas de solución. Es, en muchas ocasiones, el primer mecanismo al que recurren los participantes para atender un litigio. Antes de decidirse por la vía judicial, es común que las partes, ya sean las dos o alguna de ellas, intente llegar a un acuerdo que resuelva la controversia. Incluso una vez ejercida la acción o formulada la querrela, es posible que las partes decidan intentar una negociación, a fin de permitir una solución más rápida del problema. En la negociación pueden intervenir en ocasiones terceros, por ejemplo, cuando se solicita una opinión experta sobre algún tema, o cuando las partes se ven representadas por abogados o apoderados para la discusión de los puntos del acuerdo.

<sup>17</sup> Esta Ley fue publicada con posterioridad a la presentación de esta ponencia en las *XV Jornadas sobre Justicia Penal; Código Nacional de Procedimientos Penales*.

lesiones que tardan en sanar menos de quince días (en los códigos en que éstas son delictivas), entre otros. El requisito equivalente de parte ofendida se refiere a aquellos casos en que la ley, como requisito de procedibilidad, exige la declaración de alguna autoridad, como prevé, por ejemplo, el artículo 92 del Código Fiscal, que establece que para proceder penalmente por los delitos fiscales se exige que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público formule querrela o declare que el Fisco ha sufrido o pudo sufrir un perjuicio o formule otra declaratoria correspondiente<sup>18</sup>. Esta categoría de delitos ya permitía el acuerdo entre las partes, a través de la figura del perdón. En este caso el CNPP no representa un cambio significativo.

La inclusión de los delitos culposos entre aquellos que dan lugar a acuerdos reparatorios es, quizá, demasiado amplia. Las conductas culposas que son punibles de acuerdo a los códigos penales del país lesionan bienes jurídicos de la mayor jerarquía, como la vida y la integridad corporal. En una sociedad altamente tecnologizada, como en la que vivimos, los riesgos se incrementan y una conducta desprovista del cuidado necesario puede ocasionar consecuencias dañosas para un gran número de bienes jurídicos. Es por eso que se prevén conductas culposas como delito grave: el homicidio culposo con motivo del tránsito de vehículos cuando el conductor se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes; se dé a la fuga, o no preste auxilio a la víctima (artículos 140 y 141 del Código Penal para el Distrito Federal). Por ello, debió haberse restringido la categoría de delitos culposos que admiten acuerdo reparatorios, exigiéndose que, al menos, que no fueran considerados como delitos graves por la ley.

<sup>18</sup> Código Fiscal: Artículo 92. Para proceder penalmente por los delitos fiscales previstos en este Capítulo, será necesario que previamente la Secretaría de Hacienda y Crédito Público:

I. Formule querrela, tratándose de los previstos en los artículos 105, 108, 109, 110, 111, 112 y 114, independientemente del estado en que se encuentre el procedimiento administrativo que en su caso se tenga iniciado.

II. Declare que el Fisco Federal ha sufrido o pudo sufrir perjuicio en los establecidos en los artículos 102 y 115.

III. Formule la declaratoria correspondiente, en los casos de contrabando de mercancías por las que no deban pagarse impuestos y requieran permiso de autoridad competente, o de mercancías de tráfico prohibido.

En los demás casos no previstos en las fracciones anteriores bastará la denuncia de los hechos ante el Ministerio Público Federal...

Los procesos por los delitos fiscales a que se refieren las tres fracciones de este artículo se sobreseerán a petición de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando los procesados paguen las contribuciones originadas por los hechos imputados, las sanciones y los recargos respectivos, o bien estos créditos fiscales queden garantizados a satisfacción de la propia Secretaría. La petición anterior se hará discrecionalmente, antes de que el Ministerio Público Federal formule conclusiones y surtirá efectos respecto de las personas a que la misma se refiera...

Por lo demás, es cierto que la gravedad del injusto de los tipos culposos es considerablemente menor que la de sus equivalentes dolosos. En su gran mayoría, las conductas delictivas que fueron realizadas violando una norma de cuidado sin que el sujeto haya aceptado en ningún momento crear un alto riesgo para el bien jurídico, encuentran mejor solución en acuerdos entre las partes que en el juicio. A la persona que por su propio descuido ocasionó la afectación del bien, le conviene llegar a un acuerdo con la víctima para reparar el daño ocasionado y, a esta última, también le beneficia una solución pronta, aceptable en tanto es concedora de que la otra parte actuó sin el dolo de perjudicarla. La sociedad, por su parte, no se siente amenazada en su seguridad ni en sus bienes si el conflicto se resuelve y la víctima es debidamente resarcida. Una consideración semejante es aplicable a los delitos patrimoniales no violentos, en los que la víctima o el ofendido tienen especial interés en que se subsane la afectación de su patrimonio y el reclamo social queda debidamente atendido si no hay impunidad y el imputado se hace responsable de su actuar.

Queda como inquietud la posibilidad de permitir acuerdo reparatorios en un mayor número de delitos. Algunas lesiones que se persiguen de oficio, por ejemplo. Es posible que con el pasar del tiempo esta forma de resolución de conflicto se extienda a mayores conductas delictivas, ello dependerá del éxito que se obtenga en los casos concretos. Por eso es muy importante contar con mecanismos para que el imputado cumpla con las obligaciones concertadas. Existe un número importante de delitos que no son graves ni violentos pero que no dan lugar a acuerdos reparatorios, son aquellos en los que el sujeto pasivo es el Estado o la sociedad, como, por ejemplo, la falsedad en declaración. En estos casos será necesario recurrir a otra figura, que podrán ser los criterios de oportunidad o la suspensión condicional del proceso

En cuanto al aspecto propiamente procesal, los acuerdos reparatorios tienen lugar hasta antes del auto de apertura a juicio oral. Desde la primera intervención el Ministerio Público o, en su caso, el juez de control debe propiciar que las partes lleguen a un arreglo en las conductas delictivas que así lo permiten. El juez podrá suspender hasta por treinta días el trámite del proceso en búsqueda que las partes lleguen a un acuerdo. Si el acuerdo es de cumplimiento inmediato, y se alcanza en la etapa de investigación inicial, lo aprueba el Ministerio Público. Si es de cumplimiento diferido o se alcanza ante el juez de control lo aprueba el órgano judicial. Ambos, Ministerio Público y juez, deben verificar, antes de dar su aprobación, que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para

negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

Si el acuerdo es de cumplimiento diferido y no se señala un plazo, se entenderá que es de un año. Si el imputado no cumple, sin justa causa, con lo pactado en el plazo establecido, el Ministerio Público lo hará de conocimiento del juez, quien levantará la suspensión del proceso, que continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno.

La información que se hubiera generado como producto del acuerdo no podrá utilizarse en perjuicio de las partes durante el proceso penal. Esta disposición es fundamental para que el imputado tenga la disposición de negociar con la víctima o el ofendido sin el temor de incrementar el riesgo de ser condenado.

Una vez aprobado el cumplimiento del acuerdo, si es ante el Ministerio Público, éste declarará extinta la acción penal, y si es ante el juez, éste decretará la extinción de la acción penal, resolución que hará las veces de sentencia ejecutoriada.

Es indudable que desde los objetivos perseguidos por los sujetos del conflicto, los acuerdos reparatorios son la salida alterna que satisface en mayor medida las aspiraciones de cada uno de los involucrados. Tienen la enorme ventaja de solucionar o disminuir el conflicto entre las partes directamente interesadas. A través de ellos se descongestiona el ámbito judicial, se agiliza la solución y se satisface, en lo esencial, las pretensiones de la víctima respecto al imputado. El estado se ubica en un segundo plano, pierde su rol protagónico, el cual queda, en gran medida, en manos de los particulares; esto conlleva, es necesario señalarlo, el alto riesgo de privatizar la justicia. El estado, para cumplir con la obligación que le impone el artículo 17 constitucional, debe cerciorarse de que las partes negocien en situaciones equitativas. Por ello, es importante el aval de los servidores públicos (Ministerio Público o Juez de Control) a los acuerdos a que lleguen los interesados, para que el estado cumpla así con su deber de administrar e impartir justicia.

## *2. La suspensión condicional del proceso*

La suspensión condicional del proceso es la figura que permite al imputado o al Ministerio Público, con el consentimiento de aquél, y con acuerdo del Juez de Control, dar término anticipado al procedimiento cuando se cumpla con los requisitos especificados la ley y con las condiciones fijadas por el juez, que permitan suponer que al imputado no volverá a atribuírsele la comisión de un hecho señalado en la ley como delito. Tiene por finalidad

la de reincorporar de forma rápida al inculpado primo delincente a la sociedad, sin necesidad de recurrir a la imposición de sanciones.

El CNPP establece que esta figura puede proceder en todos aquellos delitos cuya media aritmética no exceda de cinco años y que no exista oposición fundada de la víctima. El Ministerio Público o el imputado deben formular la solicitud al Juez de Control, la cual debe contener un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones establecidas en la ley, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido. El imputado se obliga voluntaria y unilateralmente a llevar a cabo una serie de conductas, esencialmente previstas en un catálogo legal, con el objeto de superar las causas y circunstancias que directamente le influyeron para cometer el probable delito; supervisándosele en su cumplimiento, lo cual permite, mediante la aprobación judicial y la anuencia del Ministerio Público, suspender el proceso penal de manera condicional y por un tiempo no inferior a seis meses ni superior a tres años. La suspensión condicional del proceso interrumpe los plazos para la prescripción de la acción penal del delito de que se trate. El cumplimiento de las obligaciones del imputado da lugar a la extinción de la acción penal. Si el imputado dejara de cumplir injustificadamente con las obligaciones contraídas, o posteriormente fuera condenado por sentencia ejecutoriada por delito doloso o culposo, el Juez de Control, previa petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, deberá revocar de la suspensión o ampliarla hasta por dos años más.<sup>19</sup> Una vez revocada la suspensión no podrá volver a concederse.

A diferencia de otros ordenamientos, en los que la solicitud de suspensión condicional del proceso sólo puede ser presentada por el Ministerio

<sup>19</sup> El CNPP lo regula de la siguiente manera: Artículo 191. Definición

Por suspensión condicional del proceso deberá entenderse el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, el cual contendrá un plan detallado sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento del imputado a una o varias de las condiciones que refiere este Capítulo, que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido y que en caso de cumplirse, pueda dar lugar a la extinción de la acción penal.

Artículo 192. Procedencia

La suspensión condicional del proceso, a solicitud del imputado o del Ministerio Público con acuerdo de aquél, procederá en los casos en que se cubran los requisitos siguientes:

I. Que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, y

II. Que no exista oposición fundada de la víctima u ofendido.

Quedan exceptuados de suspensión condicional del proceso los casos en que el imputado en forma previa haya incumplido una suspensión condicional del proceso, salvo que hayan transcurrido cinco años desde el cumplimiento de la resolución a la primera suspensión condicional del proceso, en cualquier fuero del ámbito local o federal.

Público con el acuerdo del imputado, el CNPP incluye, además del supuesto mencionado, la posibilidad de que la solicitud la presente el propio imputado. Esto se traduce en un derecho para el imputado, quien puede solicitar, y debe obtener, la suspensión en los casos permitidos cuando cumpla con los requisitos fijados por el juez. El único obstáculo que puede presentarse es la oposición fundada (y motivada) de la víctima, la cual debe ser valorada por el Juez de Control. Si el imputado decide retractarse de su solicitud o del acuerdo prestado a la del Ministerio Público, porque considere extremadamente gravosas las condiciones impuestas por el juez, porque no puede satisfacerlas o por alguna otra razón debidamente motivada, debe dejarse sin efecto la suspensión y seguirse adelante con el procedimiento. El CNPP no contiene una disposición expresa en este sentido, pero esta interpretación es conforme al derecho que tiene toda persona a ser juzgada y a que se reconozca su inocencia (artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículos 17 y 20 de la CPEUM).

El CNPP menciona a “la autoridad de supervisión de medidas cautelares y de la suspensión condicional del proceso”, la que deberá supervisar que la persona a quien se le haya suspendido en forma condicional el proceso cumpla con las obligaciones contraídas al efecto. Esta es una institución novedosa en nuestro medio, aunque ya existen estados que la han instrumentado en la justicia para adolescentes. El Estado de Morelos fue de los primeros en contar con una Unidad de Medidas Cautelares que, según los propios operadores del sistema, ha tenido una actuación exitosa y ha facilitado la imposición de medidas no privativas de la libertad y la suspensión condicional del proceso<sup>20</sup>. El éxito de la suspensión condicional del proceso y de muchas de las nuevas medidas cautelares incluidas en el CNPP dependerá del actuar eficiente de esta unidad administrativa.

Desde la perspectiva del Ministerio Público, la suspensión condicional de proceso representa economía en tiempo y recursos que le permitirá priorizar tareas en la persecución penal y combatir el rezago. Al imputado le evitará los efectos nocivos inherentes a un proceso penal y lo eximirá de la eventual imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad en la sentencia definitiva; permitirá que su situación sea resuelta a la brevedad,

<sup>20</sup> Cfr. Azzolini Bincaz, Alicia Beatriz, *Buenas y malas prácticas en el sistema integral de justicia para adolescentes en México*, Estudio elaborado para brindar asesoría técnica jurídica a Setec, México, octubre de 2013. Información sobre esta unidad se encuentra en la página Web Open Society Justice Initiative; Presunción de inocencia – Unidad de Medidas Cautelares - Sistema de Justicia Juvenil – Estado de Morelos – México, Estado de Morelos, consultado en [http://www.presunciondeinocencia.org.mx/docs/MEXICO\\_OVERVIEW\\_MORELOS-Spanish\\_final.pdf](http://www.presunciondeinocencia.org.mx/docs/MEXICO_OVERVIEW_MORELOS-Spanish_final.pdf), el 27 de septiembre de 2013.

ya que puede solicitarla una vez dictado el auto de vinculación a proceso. A la víctima, la imposición de este mecanismo procesal le significará la satisfacción de variados intereses a través de las condiciones que deba cumplir el imputado durante la suspensión.<sup>21</sup>

Los beneficios señalados no impiden que la imposición de esta figura conlleve riesgos y perjuicios en términos de los derechos de las partes y de la percepción que el conjunto social tiene sobre la impartición de justicia en el ámbito penal:

- En primer lugar, contiene una respuesta de carácter sancionatorio para una persona que aún no ha sido juzgada, en ese sentido afecta la presunción de inocencia. El cumplimiento de las condiciones que fije el juez es una restricción a los derechos del imputado, cuyo único fundamento descansa en su propio consentimiento. Por ello, cuando sean procedentes otras salidas alternas menos afflictivas, deben imponerse.
- No es una figura que busque satisfacer el derecho fundamental de las víctimas de acceso a la justicia. Las víctimas u ofendidos, a pesar de que se les repara el daño sufrido, pueden sentirse defraudados en su reclamo de justicia porque el imputado no es condenado al cumplimiento de una pena. Por ello, es importante considerar los argumentos de la víctima cuando ésta se opone a que se conceda la suspensión condicional del proceso.
- La sociedad puede percibir la suspensión condicional del proceso como una consecuencia excesivamente benévola para el imputado y considerar que se está burlando a la justicia. De ahí que sólo se aplique en delitos que no afecten los bienes jurídicos más valiosos.

A pesar de estos aspectos negativos, los beneficios de esta figura superan a su desventaja. El consentimiento dado por el imputado deja a salvo sus derechos. Para que la suspensión condicional del proceso sea compatible con los objetivos de procurar justicia y satisfacer los intereses de la víctima debe existir control del cumplimiento de las obligaciones que se imponen. Es necesario que el seguimiento no se agote en formalismos, sino que haya un verdadero acompañamiento en el proceso de reinserción social que conlleva la satisfacción de los requisitos impuestos por el juez.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Cfr. Horvitz Lennon, María Inés y Julián López Masle, *op. cit.*, t. I, p. 552.

<sup>22</sup> Exposición de motivos de la iniciativa presentada por el Partido de la Revolución Democrática el 4 de octubre de 2007.

La sociedad no tiene por qué inquietarse si la suspensión condicional del proceso se aplica en aquellos casos en que la afectación de bienes jurídicos no es tan relevante. El CNPP ha establecido que procede en todos los delitos en los que la media aritmética de su punibilidad no exceda de cinco años. Este tipo de criterios no es muy acertado en el Código Nacional, ya que las punibilidades varían en de los delitos que admiten esta salida alterna en las diferentes entidades federativas, esto se traduce en una gran disparidad en la aplicación de la suspensión condicional del proceso en los estados, la Federación y el Distrito Federal.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

La incorporación de salidas alternas al juicio oral significa, por sí sola, un cambio de paradigma en el modelo procesal mexicano. El reemplazo del principio de estricta legalidad en la procuración e impartición de justicia penal por criterios que descansan en la voluntad de las partes, en razones de eficiencia del sistema y en consideraciones de política criminal abre un campo nuevo que exige a los operadores decisiones debidamente ponderadas y fundamentadas. Significa salir de la zona de confort que brinda el marco estricto y estrecho de la legalidad, en la que los servidores públicos se limitan a la aplicación lisa y llana de la norma, para entrar en terrenos de los principios, sus alcances y su argumentación. Aunque el CNPP regula la aplicación de cada una de estas nuevas figuras, ellas, por sus propias características, exigen que los aplicadores lleven a cabo juicios de valoración en cada uno de los casos.

La flexibilidad del sistema acusatorio adversarial implica riesgos en una materia como la penal, en la que se afectan los bienes jurídicos más valiosos. Las decisiones que se tomen interesan a todo el conjunto social. Por ello, la importancia de que los servidores públicos que intervienen a lo largo del procedimiento penal sean personas debidamente formadas y capacitadas en la materia jurídica y en principios éticos. Si ello es así, no hará por qué temer a la “privatización” del sistema. En cambio, se podrá hablar de su “humanización”.



## LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Mara GÓMEZ PÉREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción* II. *La prisión preventiva como tema central del debate sobre la eficiencia de la justicia penal.* III. *Los mitos y problemas de la prisión preventiva en México.* IV. *La prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales.* V. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

El pasado 5 de febrero del 2014, tras un procedimiento considerablemente rápido para una codificación de tal envergadura, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en su carácter de cámara revisora, aprobó en lo general el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales.<sup>1</sup> Un mes después, el 5 de marzo del mismo 2014, este nuevo Código fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*.

Como ha sido ampliamente difundido, el Código tiene por objeto: instaurar el sistema acusatorio-adversarial en todo el país, de acuerdo con que prevé la Constitución Mexicana desde la reforma de junio del 2008;<sup>2</sup> cum-

\* Doctora en Derecho por la UNAM. Especialista en administración de Justicia y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

<sup>1</sup> El Anteproyecto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales, fue presentado al Senado de la República el 17 de octubre del 2013, cámara que lo aprobó en el mes de diciembre de ese año, tras lo cual turnó dicho Dictamen a la Cámara de Diputados, que finalmente lo aprobó el pasado 5 de febrero del 2014.

<sup>2</sup> Publicada en el *DOF* el 18 de junio de 2008, reformó 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, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma estableció en sus transitorios, un plazo de ocho años para la implementación del sistema acusatorio-adversarial en todo el país, que se cumple en junio del 2016.

plir con los estándares internacionales en derechos humanos, en materia de procedimiento penal, y además, reducir la complejidad procesal penal existente en México mediante el establecimiento de reglas comunes para la Federación, los 31 estados de la República y el Distrito Federal.

Se trata de una codificación fundamental que debe garantizar a los ciudadanos el acceso a un sistema judicial de calidad que proteja sus derechos y recupere la confianza perdida en la impartición de justicia del país; sin embargo, por lo menos en lo que respecta a la regulación de la prisión preventiva, dista considerablemente de lograr esos objetivos.

En este breve trabajo nos proponemos demostrar que la regulación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, y en especial en el artículo 167 de dicha codificación, transgrede abiertamente los estándares de derechos humanos en materia de prisión preventiva; es decir, viola derechos humanos.

## II. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO TEMA CENTRAL DEL DEBATE SOBRE LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA PENAL

Desde los años ochenta, en que el ILANUD publicó el estudio *El Preso sin Condena en América Latina y el Caribe*,<sup>3</sup> se constató que en la región, una enorme cantidad de las personas privadas de su libertad, en realidad esperan a que se les dicte sentencia; es decir, son presos sin condena. Tres décadas después, la situación de la prisión preventiva en el hemisferio continúa siendo sustancialmente igual.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Carranza, Elías; Houed, Mario; Mora, Luis Paulino; y Zafaroni, Eugenio Raúl; *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*; Naciones Unidas, Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD). San José de Costa Rica, 1983.

<sup>4</sup> Sobre este particular, ver *Uso abusivo de la prisión preventiva en las Américas*; presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por: la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), el Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (DEJUSTICIA), el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), el Centro de Estudios para la Justicia y la Seguridad Ciudadana (CERJUSC) Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos (CIDDDH), la Due Process of Law Foundation (DPLF), la Fundación Construir, la Fundación Paz Ciudadana, el Instituto de Defensa Legal (IDL), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala (ICCPG), el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), el Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay (IELSUR), el Instituto de Justicia Procesal Penal y la Rede Justiça Criminal, en el 146a. período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Washington, DC, 1o. de noviembre de 2012), consultable en [http://www.google.com.mx/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=27&ved=0CEkQJjAGOBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.adc.org.ar%2Fdownload.php%3FfileId%](http://www.google.com.mx/url?sa=t&rect=j&q=&esrc=s&source=web&cd=27&ved=0CEkQJjAGOBQ&url=http%3A%2F%2Fwww.adc.org.ar%2Fdownload.php%3FfileId%3F)

Han sido muchos los juristas latinoamericanos que a partir de la publicación de este estudio, han continuado poniendo en evidencia prácticas incorrectas de la prisión preventiva en toda Latinoamérica, así como un uso excesivo de esta medida cautelar,<sup>5</sup> y hay por lo menos tres razones para ello:

3D690&ei=sjOMUobjG7OA2AXXiYHYCg&usq=AFQjCNHMmkWolW04RaUC3zLrT4htwRKpug&vbm=bv.56643336,d.b2I.

<sup>5</sup> Entre otros: Ascencio Mellado, José María; *La Regulación de la Prisión Preventiva en el Código Procesal Penal del Perú*; en *El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales*; Cubas, Víctor; Doig, Yolanda; Quispe, Fany (coord.), Palestra Editores, Lima, Perú, 2005. Bovino, Alberto; *Contra la Inocencia*; en *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 17, N° 23, noviembre de 2005, pp. 11-29. Camaño Viera, Diego; *Límites normativos de la duración de la prisión preventiva*; *Revista de Derecho Penal* núm. 16, Fundación Cultural Universitaria, Montevideo, 2006. Carbonell, Miguel; *La Reforma Penal que México Necesita*; IJ-UNAM, Renace, Red Nacional de Organizaciones Cívicas de apoyo a los Juicios Orales y Debido Proceso, Monterrey, NL, México, Marzo 2012. Centro de Estudio de Justicia de las Américas, CEJA; *Estudio de La Prisión Preventiva con el Código Procesal Penal peruano*; 2 de agosto de 2010, disponible en <http://es.scribd.com/doc/35288799/Estudio-de-La-Prision-Preventiva-con-el-Codigo-Procesal-Penal-peruano>, Centro de Estudio de Justicia de las Américas, CEJA; *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*; Santiago de Chile 2008. Centro de Estudio de Justicia de las Américas, CEJA; *Un análisis del impacto de la reforma procesal penal en la materia en: Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina: Evaluación y Perspectivas*. Santiago de Chile, 2009. Césano, José Daniel; *Cesación de la Prisión Preventiva*; en: *El Nuevo Proceso Penal, Estudios Fundamentales*; Cubas, Víctor; Doig, Yolanda; Quispe, Fany (Coord.), Palestra Editores, Lima, Perú, 2005. De La Barreda Solórzano, Luis; *Racionalizar la Prisión Preventiva. Propuesta del Instituto Ciudadano de Estudios sobre la Inseguridad (ICESI)*; disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2680/21.pdf>, DPLF, Due Process of Law Foundation; *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*; Washington, D.C. 2013, disponible en <http://www.idl.org.pe/sites/default/files/publicaciones/pdfs/Estudio%20independencia%20judicial%20insuficiente,%20prision%20preventiva%20deformada.pdf>. Granados Peña, Jaime; *El Principio de la Excepcionalidad de la Prisión Preventiva y su aplicación práctica en Colombia*; consultable en <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>, Ippólito, Franco; *La Detención Preventiva*; En *Revista de Derecho Constitucional* N° 19, abril a junio de 1996. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Disponible además en <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/slv-detencion-preventiva.pdf>, Llobet, Javier; *La Prisión Preventiva (límites constitucionales)*; San José de Costa Rica: Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, 1997. Nogueira Alcalá, Humberto; *Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia*; en: *Ius et Praxis*, vol. 11, núm. 1, Universidad de Talca, Chile, 2005. Sánchez Romero, Cecilia; *La Prisión Preventiva en un Estado de Derecho*; en: revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, "Ciencias Penales", año 9, núm. 14, diciembre 1997. Tavorari, Raúl; *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y casos*; Santiago de Chile: Editorial Jurídica, 2005. Vial Álamos, Jorge; *Las Medidas Cautelares Personales en el Nuevo Proceso Penal*; en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29 núm. 2, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002. Villadiego Burbano, Carolina; *Estrategias para racionalizar el uso de la prisión preventiva en América Latina: Mecanismos para evaluar la necesidad de la cautela*; Santiago de Chile, marzo 2010, disponible en [http://www.cejamerica.org/congreso10a\\_rpp/CVILLADIEGO\\_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf](http://www.cejamerica.org/congreso10a_rpp/CVILLADIEGO_Estrategiaspararacionalizarelusodelaprisionpreventiva.pdf), Zepeda Lecuona, Guillermo; *Los Mitos de la Prisión Preventiva en México*; *Open Society Institute*; 1a.

En primer lugar, porque la prisión preventiva es la medida más dura que se le puede aplicar a un procesado. A una persona sujeta a proceso penal se le puede obligar a que se presente periódicamente ante el juez; que exhiba garantías económicas; que no abandone el país, una localidad o su casa; que porte un localizador electrónico, y otras medidas similares; sin embargo, ninguna de esas medidas es tan dura, ni tan severa, ni tiene consecuencias tan permanentes, como la prisión preventiva.

En segundo, porque si de lo que hablamos es de mejorar la seguridad y la justicia de un país, tan importante es tener a los delincuentes encerrados, como no tener inocentes en las cárceles, y desde luego, la prisión preventiva permite enviar a prisión a presuntos inocentes, pues nunca hay que olvidar que toda persona sujeta a proceso es inocente, y que pese a que esté sujeta a prisión preventiva, debe presumirse como tal.

Y en tercer lugar, porque el índice de personas en prisión preventiva en un país, permite medir el buen o mal funcionamiento de todo el sistema procesal penal.

Es claro que en todos los países occidentales hay personas en prisión preventiva, pero lo cierto es que la proporción de presos sin condena en una nación, permite advertir con bastante certidumbre lo adecuado o no de un sistema de justicia; entre más personas sujetas a prisión preventiva se tengan, menos bueno es un sistema judicial; y al revés, cuanto menor es el porcentaje de presuntos inocentes en las cárceles, mejor puede decirse que es un sistema judicial en conjunto. Por ello es que desde hace tres décadas, la prisión preventiva se ha convertido en el tema central del debate sobre la justicia penal y su eficiencia.<sup>6</sup>

### III. LOS MITOS Y PROBLEMAS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO

El doctor Guillermo Zepeda, reconocido experto en prisión preventiva, ha dicho en innumerables foros que la prisión preventiva en México es excesiva, costosa e irracional.<sup>7</sup>

edición, México 2004. Hay también ya una segunda edición del 2009, disponible en <http://investigacionpolitica.iteso.mx/wp-content/uploads/2012/04/Zepeda.pdf>.

<sup>6</sup> Riego, Cristian; Una nueva agenda para la prisión preventiva en América Latina; Centro de Estudios de Justicia de la Américas, CEJA, Revista 14, 11 de enero de 2010, consultable en <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfw/86>.

<sup>7</sup> Al respecto ver: Zepeda, Guillermo; *Los mitos de la prisión preventiva en México*; 2a. ed., Serie Prisión Preventiva, México, Open Society Institute, 2009. De esta publicación es de donde se han extraído la mayoría de los datos estadísticos que aquí se presentan.

Es excesiva porque hasta el 2009, se tenía a 95,407 personas presuntamente inocentes, confinadas en cárceles mexicanas; esto es, de los casi 230,000 reos en todo el país, más del 40% eran personas a las que no se les había dictado una sentencia condenatoria y que, al menos en teoría, debería considerárseles inocentes.

El hecho de que se tenga al 40% de los procesados en prisión preventiva, quiere decir que en México, la prisión preventiva no es una medida extraordinaria ni excepcional, sino una medida cautelar de uso frecuente, y más bien de uso excesivo.<sup>8</sup>

Además, la prisión preventiva representa un costo social gigantesco tanto para los procesados y sus familias, como para la sociedad en su conjunto.

En efecto, hay un costo social enorme derivado de las aportaciones económicas que la sociedad y las familias dejan de percibir por las 95,000 personas reclusas en la cárcel sin una condena. Pero el costo público, que paga la sociedad con sus impuestos, es mucho peor.

Se ha estimado que el costo diario de alimentar y vestir a una persona encarcelada en México es de \$140.00 diarios; esto representa al día \$13,000,000.00 y al año, \$5,000,000,000.00 millones de pesos, y solamente por alimento y vestido. Se trata, sin duda alguna, de cifras estratosféricas aún para el Estado y de recursos muy cuantiosos que serían mucho más útiles en otras áreas prioritarias de la seguridad y la justicia, como la prevención y el combate al crimen organizado.

Pero por si esto no fuera suficiente, hay que decir además que la prisión preventiva es también una medida cautelar que se utiliza de manera irracional.

Las condiciones en las que se sufre la prisión preventiva en México son claramente inhumanas. Las cárceles mexicanas en promedio están al 134% de su capacidad y en casos extremos, exceden el 270% de ocupación. Esto provoca hacinamiento, autogobierno, violencia e insalubridad.<sup>9</sup>

Cabe entonces preguntarnos: ¿Es racional que tengamos a tantos presos sin condena en las cárceles? ¿Para qué queremos a tantas personas en la cárcel, si no tenemos capacidad para tenerlas reclusas adecuadamente? Además, consumen un exceso de recursos que podrían ser mejor aprove-

<sup>8</sup> Los datos con los que aquí se cuenta llegan hasta el 2009, pero hoy día, dada la creciente inseguridad en todo el país y las medidas que han adoptado las autoridades de los tres niveles de gobierno para combatirla, es muy probable haya aumentado de manera importante la cantidad de procesados en situación de cárcel.

<sup>9</sup> Para Mayor información ver: *Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2013, Ceresos, Ceferesos Y Prisiones Militares*, elaborado por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, consultable en [http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/programas/DNSP\\_2013.pd](http://www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/programas/DNSP_2013.pd).

chados en otros rubros. Guillermo Zepeda, con la agudeza intelectual que le caracteriza, lo explica en razón de lo que él llama “los 4 mitos de la prisión preventiva”:

MITO 1: *La prisión preventiva disminuye la inseguridad pública.* Aún en nuestros días, existe la creencia colectiva de que la prisión preventiva es útil para disminuir la cada vez mayor inseguridad pública e, incluso, la violencia. Pero lo cierto es que durante 20 años consecutivos se han modificado sistemáticamente las leyes y códigos penales de nuestro país para incrementar las sanciones y para aumentar el “catálogo de delitos graves”, es decir, los delitos que en automático ameritan prisión preventiva,<sup>10</sup> y sin embargo, la inseguridad y la violencia no han disminuido, sino al contrario, han aumentado. Las autoridades parecen haberse autoimpuesto como meta incrementar el número de capturas, consignaciones y presos, sin que al parecer esto esté sirviendo para algo.

El resultado del incremento progresivo de las sanciones penales es que en 20 años, la población carcelaria casi se ha triplicado, pasando de 86 mil reclusos en 1994 a 255 mil en enero del 2014, de los cuales, más del 40% son presos sujetos a prisión preventiva. ¿Esto ha mejorado la seguridad pública en nuestro país? Ciertamente no. Como bien lo dice el doctor Zepeda, más bien las autoridades “a falta de justicia, nos ofrecen castigo”.

MITO 2: *La prisión preventiva reduce la incidencia delictiva.* Como lo acabamos de decir, en las últimas décadas el número de personas en prisión preventiva en México presenta una tendencia creciente, y sin embargo, la incidencia delictiva no ha disminuido; antes al contrario, se ha incrementado.

No es necesario analizar los datos estadísticos para afirmar con certeza que proporcionalmente, hoy día hay más delincuencia en México que hace veinte años.

Pero entonces, si pese a que tenemos más presos en las cárceles no disminuye la incidencia delictiva sino que aumenta, ¿a quién en realidad tenemos en las cárceles?

MITO 3: *La prisión preventiva se utiliza contra “sujetos peligrosos”.* Suele creerse que quienes están en la cárcel, ya sea que estén condenados o sólo esperando sentencia, son personas que deben extraerse de la sociedad para que no continúen dañándola; que se trata de sujetos oscuros y peligrosos y que es mejor que estén recluidos en prisión.

Sobre este particular, daremos un solo dato que resulta sumamente revelador: Del total de personas que fueron condenadas por el sistema de jus-

<sup>10</sup> De este listado hablaremos detenidamente más adelante.

ticia penal en el ámbito local en 2003, solamente 23% recibieron una pena mayor a cinco años de prisión. Esto quiere decir que el 77% de los procesados eran delincuentes que no podían considerarse como extremadamente peligrosos o nocivos para la sociedad.

Esto implica también que en muchos de estos casos, las sanciones podrían haber sido conmutadas por una sanción pecuniaria como multa u otra pena alternativa, y por supuesto, que una buena parte de las personas que estuvieron en prisión preventiva hasta ese año, no tendrían nunca porqué haber estado ahí.

Al parecer, las cárceles están saturadas más bien de delincuentes menores y no de los grandes “capos”, cuya detención tanto se publicita en los medios masivos de comunicación.

MITO 4: La *Prisión Preventiva garantiza la reparación del daño*. La posibilidad de que la víctima vea económicamente resarcidos los daños que le fueron causados con motivo del delito, para muchos constituye una razón que justifica mantener en prisión al presunto responsable, en tanto se determina si es culpable o no.

No obstante, es claro que la reparación del daño no se garantiza precisamente con la detención preventiva, pues esta suele implicar la pérdida de ingresos económicos para el procesado y su empobrecimiento por los costos del proceso. En realidad, el sometimiento a prisión preventiva, lo único que provoca es que se incremente notablemente las probabilidades de que el procesado no pague la reparación del daño.

Ciertamente la expedición de un nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales representa una oportunidad inmejorable para atacar de raíz todas estas problemáticas y resolverlas, pero ¿qué es en realidad lo que prevé nuestra nueva codificación penal en esta materia?

#### IV. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL NUEVO CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales regula la prisión preventiva en el Capítulo IV, del Título VI, del Libro Primero, denominado “*Medidas Cautelares*”, capítulo que abarca del artículo 153 al 175.

Ciertamente, hay que reconocer que el nuevo código sí contiene algunas reglas generales loables. Por ejemplo, contempla el principio general de *presunción de inocencia* (arts. 13 y 113, fracc. I); y también dispone expresamente que *la prisión preventiva será excepcional* (art. 19).

Además, establece que las medidas cautelares sólo podrán durar el tiempo indispensable, y que en particular la prisión preventiva: tendrá una duración máxima de un año; que el juez deberá justificar las razones por las cuales la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado; que el juez no está autorizado para aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o finalidad de las mismas, ni para aplicar medidas más graves que las previstas en el Código; que se debe aplicar el principio de mínima intervención, que se debe llevar a cabo un análisis de la evaluación del riesgo y una supervisión de las medidas cautelares, y por último, que la prisión preventiva que ya ha sido impuesta, eventualmente puede ser revisada, sustituida o modificada.

Si bien todos estos principios y reglas son plausibles, lo cierto es que su mera enunciación en el Código no resulta suficiente.

La declaración de que se debe respetar la libertad personal, y de que la prisión preventiva debe ser utilizada sólo de manera excepcional, por ejemplo, es un buen inicio, pero no basta. No es suficiente con esa mera proclamación en la ley, como lo demuestra el caso de Argentina, en donde aun cuando es la propia Constitución la que prohíbe el uso de la prisión preventiva como regla general (art. 18), y pese a que las normas adjetivas en materia penal sólo la permiten en casos excepcionales, “más de 50% de la población carcelaria no tiene condena y en la provincia de Buenos Aires, esta cifra supera el 70%”.<sup>11</sup>

En realidad, la aplicación de estos principios básicos, algunos de los cuales son ya de por sí son obligatorios aunque el Código Procesal Penal no los contemplara, tiene más que ver con los usos, costumbres y prácticas de los operadores de justicia. Además, la constatación de que en verdad se aplican, sólo puede medirse de manera empírica.

Pero, aun suponiendo que los operadores judiciales, en este caso concreto, los Jueces y los Ministerios Públicos, ajustaran su conducta a estos principios, lo cierto es que en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales está prevista otra norma que nos despierta toda clase de suspicacias y que merece nuestra atención.

Se trata del artículo 167 que establece las causas de procedencia de la prisión preventiva; una norma extensa y ciertamente compleja, que contiene varios puntos preocupantes que explicaremos, de menor a mayor importancia, a continuación.

<sup>11</sup> *El costo social y económico de la prisión preventiva en Argentina*; Informe realizado por el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento de Argentina; Centro de Estudios de Justicia de la Américas, CEJA, Revista 14, 11 de enero de 2010, consultable en <http://www.sistemasjudiciales.org/nota.mfiv/79>.

1. *De acuerdo con el artículo 167, la prisión preventiva no requiere de un estándar reforzado de pruebas sobre la culpabilidad del procesado*

Los motivos por los cuales el Ministerio Público puede solicitar al Juez la aplicación de la prisión preventiva se contienen en el primer párrafo del artículo 167, y básicamente tienen que ver con la posibilidad de fuga del procesado, con impedir que pueda obstaculizar el proceso o con la protección a la víctima o a otras personas. Estos motivos están bien, pero no son suficientes.

El primer punto que llama la atención en esta larga disposición, es que no prevé como requisito de procedencia de la prisión preventiva, la existencia de pruebas suficientes que hagan presumible, con bastante certeza, la culpabilidad del procesado, esto es, no sólo su “presunta responsabilidad”, sino casi su culpabilidad.

Dicho con otras palabras, es claro que el ejercicio de la acción penal tiene que estar sustentada en las investigaciones del Ministerio Público y en pruebas que acrediten, por un lado, la comisión de un delito, y por el otro, la probable responsabilidad del procesado, pero la procedencia de la prisión preventiva —la posibilidad de enviar a prisión a una persona aun cuando todavía no haya sido condenado por un juez— tendría que fundarse en algo más, en mayores evidencias, o como lo ha dicho expresamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en pruebas que “permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso”.<sup>12</sup>

En efecto, más allá de la demostración del cuerpo del delito, y de la presunta responsabilidad, la Corte Interamericana ha dicho que la procedencia de la prisión preventiva requiere de un estándar reforzado de pruebas que hagan presumible, con suficiente certeza, la culpabilidad del procesado; esto es, pruebas que prácticamente permitan afirmar la culpabilidad de la persona que se va a encarcelar, pues la falta de previsión de este estándar probatorio hace que se corra un alto riesgo de poner inocentes en la cárcel.

2. *La prisión preventiva puede ser fijada con el solo fin de garantizar la comparecencia del imputado al juicio*

De las causales de procedencia de la prisión preventiva previstas en el artículo 167, destaca aquella que dice que podrá imponerse esta medida cautelar para “*garantizar la comparecencia del imputado en el juicio*”. Bien, pero

<sup>12</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198.

¿qué debe entenderse por garantizar la comparecencia del imputado en el juicio?

El artículo 168 del mismo Código Nacional, señala que para decidir si está garantizada o no la comparecencia del imputado en el proceso, debe atenderse al arraigo del procesado al lugar en donde tenga lugar el proceso, a la pena máxima que pudiera imponérsele, al comportamiento que hubiese tenido después del hecho delictivo, así como al hecho de que no haya incumplido con alguna medida cautelar o descatado alguna citación para actos procesales. No obstante, lo único que garantiza la comparecencia de un imputado al juicio es mantenerlo encerrado.

Esto es, no es lo mismo que la prisión preventiva sea utilizada cuando el Juez tiene razones fundadas para pensar que el procesado puede “eludir la acción de la justicia”<sup>13</sup> —que es lo que ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos—, que decirle al Juez que tiene que *garantizar la comparecencia del procesado en el juicio*, pues esto, prácticamente implica que se le imponga al Juez la obligación de decretar la prisión preventiva en todos los casos.

Habrá que ver si en la práctica, servirá de algo que este artículo diga que la prisión preventiva sólo puede aplicarse “cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado”. Pero lo cierto es que aun con ello, la aplicación textual de esta disposición permite justificar la procedencia de la prisión preventiva en cualquier supuesto, pues en cualquier caso se puede decir que se impone para “garantizar la comparecencia del imputado en el juicio”.

### 3. Se puede imponer prisión preventiva sólo por el tipo de delito del que se es acusado

Sin perjuicio de todo lo que hasta aquí hemos dicho, quizá el problema más significativo del artículo 167 del Anteproyecto viene a partir del segundo párrafo, en el cual se instituye la *prisión preventiva oficiosa*.

La prisión preventiva oficiosa, no es otra cosa que la obligación que tiene el Juez de imponer esta medida cautelar a todas las personas que son acusadas de cierto tipo de delitos: los *delitos graves*. Es decir que, en estos casos, con la simple acusación del Ministerio Público, el Juez está obligado a imponer la medida de prisión preventiva.

Esta disposición, tal como se encuentra prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales, es abiertamente transgresora del principio de

<sup>13</sup> Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párr. 198.

presunción de inocencia previsto en el propio Código, en la Constitución, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>14</sup> en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos<sup>15</sup> y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>16</sup> y es igualmente contraria a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, además de exigir los requisitos a que ya nos hemos referido para la procedencia de la prisión preventiva, expresamente ha señalado que esta medida cautelar no puede estar determinada por el tipo de delito del cual se es acusado,<sup>17</sup> y ni siquiera, por la supuesta gravedad del delito que se le imputa al procesado.<sup>18</sup>

Ciertamente el Código no hace sino repetir textualmente lo que establece el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución. Empero, el hecho de que esta disposición legal sea constitucional, no implica que sea acorde con la protección que ameritan los derechos fundamentales de los seres humanos, ni mucho menos, que cumpla con los estándares establecidos en los tratados internacionales de los cuales México es parte, ni tampoco con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>19</sup>

El problema central es que este catálogo de delitos graves, en realidad le permite al Estado poner en prisión a quien desee: a un activista de derechos humanos, a un periodista incómodo, a un ciudadano que asiste a una marcha, prácticamente a cualquiera, con el mero hecho de acusarles de alguno de los muchos delitos contenidos en la larga lista del artículo 167.

Llama la atención, además, que nuestra Constitución sea la única en todo el Continente Americano que contiene una lista pormenorizada de casos en los cuales procede la prisión preventiva oficiosa, pues ninguna otra

<sup>14</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A, el 10 de diciembre de 1948 en París.

<sup>15</sup> Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

<sup>16</sup> Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigor el 18 de julio de 1978.

<sup>17</sup> Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párrafos 97, 98 y 99.

<sup>18</sup> Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 69.

<sup>19</sup> La Suprema Corte de Justicia de México ha establecido, mediante jurisprudencia firme, que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es obligatoria. *Cf.* Contradicción de Tesis 293/2011, suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (proyecto elaborado bajo la Ponencia del Señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Rea), resuelta en sesión de Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013.

Constitución del Continente contempla un catálogo de esta naturaleza, o siquiera parecido.

#### 4. *El largo listado del artículo 167 implica que la prisión preventiva no es excepcional*

La simple lectura del enorme listado de delitos que de acuerdo con la Constitución y con el artículo 167 ameritan prisión preventiva oficiosa, nos deja claro que con este nuevo Código, la prisión preventiva tampoco va a ser excepcional.

El artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales contiene once fracciones en las que se determinan los delitos específicos que ameritan prisión preventiva oficiosa. Este abultado catálogo contiene no menos de 16 delitos federales, más una gran cantidad de modalidades en que pueden cometerse. Si sólo contamos los artículos del Código Penal Federal que enuncia esta disposición del Código, veremos que suman al menos 38. Cada una de las conductas previstas en cada una de estas 38 disposiciones jurídicas, merece prisión preventiva oficiosa.

A ello, habrá que sumarle los 32 catálogos que pueden establecer cada uno de los Códigos Penales las entidades federativas, pues ello no está prohibido,<sup>20</sup> más los delitos graves que establezcan las leyes generales de salud, de secuestro y de trata de personas, y más los que se establezcan en términos de la ley en materia de delincuencia organizada.

Como puede verse, bajo estas condiciones la lista de delitos que ameritarán prisión preventiva, es verdaderamente descomunal, lo que atenta abiertamente contra el principio de presunción de inocencia y también con el de excepcionalidad de la prisión preventiva.

#### 5. *La prisión preventiva oficiosa queda al arbitrio del Procurador General de la República*

Si bien el catálogo de delitos graves destaca por su manifiesta transgresión a principios universalmente aceptados en materia de presunción de

<sup>20</sup> En las primeras versiones del Anteproyecto del Código Nacional de Procedimientos Penales, se incluía en este artículo un párrafo que decía “Las legislaciones de las entidades federativas establecerán los supuestos en que el homicidio doloso y la violación ameriten prisión preventiva oficiosa, así como aquellos tipos penales que afecten el libre desarrollo de la personalidad”. Esta disposición se eliminó, debido sobre todo a la presión ejercida por las organizaciones de la sociedad civil. Sin embargo, su eliminación no implica que las legislaciones penales locales no puedan establecer supuestos en los cuales proceda la prisión preventiva oficiosa.

inocencia y debido proceso, lo cierto es que el último párrafo del artículo 167 del Código no puede dejar menos que decir.

Esta disposición establece que el Juez no deberá imponer la medida de prisión preventiva, cuando así se lo solicite directamente el Procurador General de la República, o bien, el funcionario en quien él delegue esta facultad.

No es clara la intención de esta norma pues es el Juez y no el Ministerio Público, quien debería determinar si debe proceder la imposición de la prisión preventiva, y en teoría, debería ser el Ministerio Público el más interesado en que se le determinase prisión preventiva a un procesado y no lo contrario.

Tal subversión al orden procesal penal, nos hace suponer que la intención de esta norma no es mejorar el proceso penal o proteger de mejor manera los derechos humanos de la ciudadanía.

Lo cierto es que, en los términos en que se encuentra prevista, esta disposición establece un trato desigual para los procesados que es claramente discriminatorio, pues permite que algunos de los acusados de un delito grave, algunos muy especiales por una u otra razón, puedan gozar del privilegio de que el propio Procurador General de la República en persona, o a través del alto funcionario que él designe, autoricen que no se les imponga la medida de prisión preventiva, pese a que estén siendo procesados por un delito grave de los contenidos en la extensa lista del artículo 167.

Una norma de esta naturaleza, otorga un enorme poder discrecional a una autoridad administrativa, que notoriamente atenta contra la división de poderes, que es claramente discriminatorio y que desde luego, incentiva la impunidad.

En estas condiciones, parece que lo que en realidad promueve el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales no es la reducción de la prisión preventiva, que tanto se ha pedido en foros nacionales e internacionales, sino su conservación y quizá, hasta su incremento.

## V. CONCLUSIONES

El nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales, e incluso la propia Constitución Mexicana, transgreden abiertamente los estándares de derechos humanos en materia de prisión preventiva. ¿Por qué? ¿Por qué el Estado Mexicano, pese a todos los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha firmado y pese a su sometimiento al sistema interamericano, conscientemente aprueba una nueva norma que viola estos estándares? Porque en México no confiamos en nuestro sistema de justicia. Porque todavía

tenemos la creencia de que la prisión preventiva es la única manera de que una persona sujeta a proceso penal no se fugue o que sí pague.

También porque ante los reclamos de paz social y seguridad pública, las autoridades prefieren dar una respuesta mediática y efectista: cárcel inmediata para cualquier sospechoso.

Y sin duda, porque la prisión preventiva sigue siendo una salida más simple, más rápida y en teoría menos costosa, que mejorar integralmente nuestro sistema de justicia penal.

Sin embargo, si se legitima esa lesión a los derechos de los ciudadanos, si se permite el uso no excepcional de la prisión preventiva y se descarta el derecho que tiene todo ser humano a la libertad y a la presunción de inocencia, en el fondo se renuncia a tener un sistema de justicia penal medianamente aceptable, decoroso, digno, y con ello, a vivir en un Estado de Derecho y en una sociedad que pueda llamarse democrática.

EL NUEVO PAPEL DEL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO  
EN LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA  
DEL DISTRITO FEDERAL, Y LOS CAMBIOS  
PARA LA ADECUACIÓN AL NUEVO SISTEMA  
DE JUSTICIA PROCESAL PENAL  
EN EL DISTRITO FEDERAL

Jorge Antonio MIRÓN REYES\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La capacitación del personal sustantivo.*  
III. *Justicia alternativa.* IV. *Armonización legislativa.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma del 18 de junio de 2008, por medio de la cual se modificaron los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, trajo aparejado un cambio importante a nivel nacional en el ámbito de la procuración e impartición de justicia.

Para un análisis integral de dicha reforma, es necesario considerar también, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.

Ambas reformas implican un cambio que nos obliga a enfrentar diversos retos, entre ellos, la observancia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la armonización de los diversos cuerpos normativos, así como las modificaciones institucionales desde el punto de vista organizativo y material, los cuales impactarán en el desempeño de los operadores jurídicos durante el desarrollo de los procesos penales.

La citada reforma constitucional de 2008, puede analizarse desde cuatro vertientes:

\* Subprocurador Jurídico, de Planeación, Coordinación Interinstitucional y de Derechos Humanos en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

1. La transformación del modelo de justicia procesal penal, que actualmente es mixto, hacia uno de corte acusatorio;
2. El establecimiento de nuevas disposiciones jurídicas dirigidas a adecuar el orden jurídico de las entidades federativas, como el Distrito Federal, a las normas nacionales que rigen al nuevo sistema procesal penal, a fin de unificar su aplicación;
3. La creación de un marco homologado para seleccionar y profesionalizar a las policías, peritos y ministerios públicos, que integran el Sistema Nacional de Seguridad Pública, y
4. La instauración de mecanismos alternativos para resolver los conflictos.

Nos centraremos ahora, en los tres últimos rubros que consideramos de la mayor relevancia.

## II. LA CAPACITACIÓN DEL PERSONAL SUSTANTIVO

Como hemos mencionado, la reforma sienta las bases de un marco homologado para seleccionar y profesionalizar a las policías, peritos y ministerios públicos que integran el Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Lo anterior es así, pues ante la necesidad de implementar un sistema de capacitación eficaz, dirigido al personal sustantivo, con el fin de que adquieran los conocimientos suficientes para realizar las funciones propias a su actuación dentro del nuevo sistema, se aprobó por las Conferencias Nacionales de Procuración de Justicia y de Secretarios de Seguridad Pública, un programa nacional de capacitación encaminado a unificar la preparación de los operadores del nuevo sistema procesal para lograr la aplicación uniforme de las nuevas disposiciones procesales.

A propósito de la implementación del sistema procesal acusatorio, la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, a través del Instituto de Formación Profesional ha emprendido, desde 2010, un proceso de capacitación consistente en cursos, talleres, seminarios y diplomados, en los cuales se fomenta la participación activa y continua del personal sustantivo; además de desarrollarse un modelo de profesionalización por competencias profesionales, que implica la evaluación del grado de conocimientos, aptitudes y habilidades relacionadas directamente con las funciones que dicho personal tiene asignadas.

A la fecha, se continúa con la capacitación del personal sustantivo, a fin de fortalecer los esfuerzos técnicos para cubrir la primera etapa de implementación en la capital del país, que inició desde el 16 de enero de 2015,

atendiendo los asuntos relacionados con delitos que se investigan por querrela y delitos de comisión culposa.

### III. JUSTICIA ALTERNATIVA

Un aspecto relevante de la reforma consiste en la implementación de mecanismos alternativos para resolver conflictos de contenido penal.

El sistema procesal tradicional, representó para la víctima un largo peregrinar para la obtención de la reparación de su daño, debido al formalismo excesivo en el que incurrieron policías, peritos, agentes del Ministerio Público, secretarios, jueces, magistrados, entre otros servidores públicos, que provocaba un retraso en la satisfacción de ese interés primordial.

Si bien es cierto que uno de los principales propósitos de la reforma es garantizar que los problemas se resuelvan apegados a derecho, también lo es, que se pretende resolver los mismos de la manera más rápida posible.

Por ello, se incorporaron en la Constitución mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, como una forma de desahogar un buen número de conflictos mediante el diálogo, la mediación o conciliación y la reparación del daño, con el propósito de evitar dirimir la controversia en juicio.

Además de promover una pronta reparación del daño o indemnización a las víctimas, en el nuevo sistema, la justicia alternativa evitará que un número importante de asuntos se prolongue indefinidamente en las agencias del Ministerio Público o en los juzgados, por razones de tiempo, plazos y otras minucias procesales.

De este modo, mientras menos asuntos se ventilen ante un juez, la justicia será más eficaz, pues los responsables de procurar e impartir justicia contarán con más tiempo para atender los asuntos de mayor trascendencia social, como lo son los homicidios, secuestros, violaciones, entre otros.

Otras ventajas que representa la justicia alternativa, son la despresurización del sistema penal y la adecuada atención a la víctima del delito, la cual constituye una parte importante en el nuevo sistema, y por ello se ve favorecida con el empleo de mecanismos de mediación y conciliación.

Es oportuno comentar que en la Procuraduría General Justicia del Distrito Federal, se ha adquirido experiencia en la materia, ya que desde 2012, se introdujo la justicia alternativa en la procuración de justicia, creándose al efecto la primera Unidad de Mediación, integrada por mediadores, auxiliares de mediación y orientadores.

Las funciones de esta unidad encontró su sustento en la *Ley de Justicia Alternativa en la Procuración de Justicia para el Distrito Federal*, que tuvo vigencia

a partir del 3 de mayo de 2012 y hasta el 15 de enero de 2015, en virtud de que a partir del 16 de enero del presente año, entró en vigor en esta Capital, la Ley Nacional de Medios Alternativos para la solución de controversias en materia penal.

De acuerdo con la ley nacional citada, en relación con el Código Nacional de Procedimientos Penales, estos mecanismos alternativos se utilizarán cuando el conflicto penal se vincule con delitos que se investigan por querrela, delitos culposos y delitos patrimoniales no violentos.

Es preciso señalar que bajo este esquema, se ha resuelto un número importante de conflictos relacionados con delitos como amenazas, daño a la propiedad, fraude, abuso de confianza, despojo, entre otros, en los que la víctima ha conseguido la reparación del daño de una manera más efectiva ya su entera satisfacción.

En la Procuraduría capitalina existe un interés auténtico para fortalecer los mecanismos de justicia alternativa, por lo cual a la fecha, también opera una Unidad de Mediación en Justicia para Adolescentes, cuya función consiste en intervenir en las controversias que involucren la participación de un adolescente como probable responsable de incurrir en conductas tipificadas por la ley especial como delito no grave.

La Unidad de Mediación para Adolescentes, ofrece la posibilidad de que los conflictos de su competencia puedan resolverse por esta vía, evitándose así, someter a los menores de edad a un procedimiento que podría generarles mayores consecuencias jurídicas.

Actualmente, la Procuraduría cuenta con 8 unidades de mediación y se planea la construcción de 12 más en el transcurso del presente año, estimándose que entren en operación en enero de 2016. Las unidades de mediación que a la fecha se encuentran operando, se ubican en las circunscripciones territoriales siguientes: Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Coyoacán, Gustavo A. Madero, Iztapalapa y Venustiano Carranza, además de las citadas con anterioridad.

Como parte también de la reorganización de esta Institución, la Procuraduría opera con Módulos de Atención Oportuna, los cuales constituyen el primer punto de contacto con el usuario.

Estos módulos cuentan con personal especializado capaz de brindar atención rápida y eficaz a los usuarios, a efecto de que cuenten con información oportuna para iniciar el trámite que requieran, o bien facilitar la búsqueda de personas detenidas o desaparecidas. Esta instancia servirá para canalizar a las personas a las áreas de la Procuraduría competentes para desahogar sus solicitudes.

Los módulos que funcionan a partir del 16 de enero de 2015, son 21 ubicados en las Fiscalías Desconcentradas de Álvaro Obregón, Azcapotzalco, Benito Juárez, Coyoacán, Cuauhtémoc, Cuajimalpa, Gustavo A. Madero, Iztacalco, Iztapalapa, Miguel Hidalgo, Milpa Alta, Venustiano Carranza, Xochimilco, en las oficinas centrales de esta Procuraduría y en la Fiscalía de Niños, Niñas y Adolescentes, además se encuentran en construcción 37 más; con lo cual, el próximo año se tendrán 58 módulos debidamente instalados.

#### IV. ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA

La reforma constitucional introdujo un sistema procesal penal de carácter acusatorio adversarial, cuyo fin persigue sustituir el sistema vigente para ofrecer a la ciudadanía una mejor procuración e impartición de justicia.

Con el nuevo paradigma se ofrece mayor protección a los derechos de los imputados y de las víctimas del delito, a quienes se les reconoce el carácter de parte en el procedimiento penal, lo cual la legítima para que comparezca ante las autoridades ministeriales y jurisdiccionales, y la habilita a su vez, para ofrecer pruebas, comparecer en las audiencias, recurrir, reclamar por sí la reparación del daño, ejercer la acción penal privada y, en suma, para intervenir en el procedimiento penal en general.

Actualmente, continuamos con los trabajos de reingeniería institucional, por lo que se encuentra en análisis del Congreso de la Unión, una iniciativa de reformas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en la que se modifican aspectos relacionados con su estructura y las funciones de las diversas unidades administrativas, cambios que se difundirán una vez que dicha iniciativa sea aprobada el órgano legislativo competente.

La nueva organización va encaminada a que la actuación del Ministerio Público se ajuste eficazmente a las etapas de investigación, preparación del juicio o intermedia y de juicio oral que conforman el nuevo procedimiento.

En este sentido, la Procuraduría ha emprendido una reorganización en la actuación del Ministerio Público, por lo que se ha decidido establecer las categorías ministeriales siguientes:

*Ministerios Públicos de Investigación*, que se van a encargar de llevar a cabo su tarea, en un primer momento, en la fase inicial de la etapa de investigación, es decir, son quienes van a practicar la diligencias iniciales en la investigación que tienen que llevarlo a recabar los datos de prueba, que permitan solicitar la intervención del Juez de Control.

Este grupo de Ministerios Públicos de Investigación, en un segundo momento, van a retomar su actividad investigadora, una vez que el Juez de Control, establezca el plazo para complementar la investigación, a través de la práctica de nuevas diligencias encaminadas a complementar su investigación y, por ende, a fortalecer la investigación iniciada en la primera fase, por eso a este momento procesal se le llama “Investigación Complementaria”.

*Ministerios Públicos de Judicialización*, que se van a encargar de llevar a cabo las tareas ministeriales ante el Juez de Control, es decir, son los que van a intervenir en la Audiencia de Control de Detención, van a formular la Imputación, intervenir en la audiencia en la que se va a dictar el auto de plazo constitucional, esto es, en la de Vinculación a Proceso, también van a participar en la Audiencia de Solicitud o Discusión de Medidas Cautelares, así como en aquellas en las que se solicita autorización judicial para la práctica de diligencias ministeriales, así como en la privada, en la que se solicita la orden de aprehensión

Estos Ministerios Públicos de Judicialización, se encuentran adscritos a las Áreas de Investigación, porque su actuar de acuerdo al Código, está dentro de la etapa de investigación, pero además porque debe haber una relación estrecha de actuación entre el Ministerio Público Investigador y el de Judicialización, para que cuando éste último intervenga ante la autoridad judicial, sepa previamente de qué se trata el asunto, qué es lo que se integró, conozca la Carpeta de Investigación, y eso permita tener una adecuada intervención ante el órgano jurisdiccional.

*Ministerios Públicos de Litigación*, quienes van a solicitar el inicio del Procedimiento Abreviado y van a participar en las audiencias relativas a dicho procedimiento para lograr el objetivo que se pretende, que es precisamente obtener una sentencia en donde se determine la responsabilidad del imputado, aplicando los beneficios que se le otorgan al acusado por sujetarse a dicho procedimiento, como consecuencia del reconocimiento de responsabilidad, en relación a la comisión del delito.

*Ministerios Públicos de Estrategias Procesales*, que inician su participación en la etapa de preparación del juicio también denominada-“Intermedia”. Este personal ministerial, va a tener una tarea fundamental ante la autoridad Judicial, pues por una parte, formularán la acusación, a través de la cual fortalecerán la teoría del caso, construida a partir de la investigación, que va a servir de base para llevar a cabo todo el esquema probatorio que deberá concluir con una sentencia condenatoria. Esta primera tarea, constituye la fase escrita de la etapa procesal en comento.

Por otra parte, de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales, en este momento procesal el Ministerio Público de Estra-

tegias Procesales también podrá solicitar el sobreseimiento o la suspensión del proceso.

Asimismo, participará en la Audiencia Intermedia, formulando los Alegatos Iniciales, ofreciendo medios de pruebas y participando en los Acuerdos Probatorios, en donde estará definiéndose cuáles serán los medios de prueba que se llevarán ante el Juez de Juicio Oral.

Concluida esta etapa procesal, con el dictado el Auto de Apertura a Juicio Oral, este mismo Ministerio Público de Estrategias Procesales, va a seguir actuando, ya ante el Tribunal de Enjuiciamiento o ante el Juez de Juicio Oral, que es lo que va a operar en caso de la Ciudad de México. Su intervención se manifiesta en la Audiencia de Desahogo de Pruebas, en la relativa al pronunciamiento del fallo, así como en la que corresponde a la Individualización de la Pena y en la que se dicta la Sentencia por escrito.

*Ministerios Públicos de Impugnación*, los cuales deben tener una relación estrecha con los de Estrategias Procesales y, en algunos casos con el de Litigación, para saber el momento en que se decida impugnar una resolución judicial, a fin de que puedan intervenir con la elaboración de agravios, tomando en cuenta que ahora el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que con la interposición del recurso deben expresarse los agravios. Además intervendrán en la audiencia respectiva y darán el seguimiento correspondiente hasta el dictado de la resolución judicial o sentencia.

*Ministerios Públicos de Ejecución de Sanciones Penales*, quienes intervendrán en los procedimientos que se inicien ante los jueces de ejecución, con motivo de las peticiones que le formulen los sentenciados, ya sea para obtener un beneficio penitenciario, para definir un traslado a otro centro penitenciario, para la adecuación de la penal, entre otros casos.

*Ministerio Público Auxiliares del Procurador*, ellos se van a encargar de participar en las audiencias ante el Juez de Control, cuando se impugnen por parte de la víctima u ofendido, las decisiones del Ministerio Público relativas a la reserva, al no ejercicio de la acción penal, a la abstención de investigar y a la aplicación de los Criterios de Oportunidad.

Al respecto, es preciso señalar que se han publicado dos Acuerdos del Procurador en donde se han definido los lineamientos de actuación del Ministerio Público para establecer cuando pueden Abstenerse de Investigar, o bien, cuando pueden aplicar un Criterio de Oportunidad, y se ha decidido que la propuesta que haga el Ministerio Público Investigador, tendrá que ser validada por el Fiscal, y esa será la resolución definitiva que, en su caso, impugne la víctima u ofendido, a través de la Inconformidad ante el Juez de Control o a través del amparo indirecto. En el primer caso, será este grupo

de Agentes del Ministerio Público que participara en esta audiencia, en defensa de la decisión ministerial.

En la organización de las Fiscalías de Investigación, se estableció que cada una de ellas cuente con Agencias sin Detenido y con Detenido, y cada Agencia, o cada Grupo de Agencias, estará integrada por Unidades de Investigación, Unidades de Judicialización y Unidades de Servicios Periciales y de Policía de Investigación, esto porque el esquema que tiene este nuevo sistema, exige un trabajo coordinado, tanto del Ministerio Público como de la Policía y de los Servicios Periciales,

En relación a la Subprocuraduría de Procesos, cuenta con Fiscalías de Estrategias Procesales, de Litigación, de Ejecución de Sanciones Penales (esta última se encuentra en proceso de autorización), de Extinción de Dominio y de Procesos Civiles y Familiares, las primeras estarán integradas por Agencias de Estrategias Procesales, y las últimas, por agencias y Unidades de Investigación, y tendrán adscrito a personal Ministerial, que estará actuando ya sea en cualquiera de los grupos que señalamos de Litigación, de Estrategias Procesales, de Ejecución de Sanciones Penales.

Las categorías ministeriales señaladas, permitirán, en el nuevo sistema, el correcto desahogo de cada uno de los actos que serán determinantes en el transcurso del proceso, por lo que el contar con personal capacitado y con una adecuada distribución de sus actividades procesales, para obtener evidencias y preservarlas, de conformidad con los protocolos elaborados para tal efecto, para realizar la investigación del delito conforme a las nuevas reglas, para intervenir en el proceso, para formular las impugnaciones correspondientes, permitirá una participación adecuada de la institución de procuración de justicia en todo el procedimiento penal.

Lo anterior, incidirá de forma directa en cada una de las etapas y fases del procedimiento, incluyendo la audiencia de control de detención, hasta la audiencia de juicio.

Conviene tener presente, que la audiencia de control es el acto procesal que se verifica en el juzgado de control, en los casos en que Ministerio Público haya determinado la retención de un individuo en flagrancia o haya ordenado su detención en virtud de caso urgente y requerirá que el juez la califique de legal y en consecuencia ratifique dicha detención.

Por otra parte, en la audiencia de juicio las partes desahogarán los medios de prueba, mismas que serán examinadas y contra examinadas a fin de dictar sentencia.

Lo anterior, constituye a grandes rasgos, el modo en que se desarrollará este nuevo modelo de justicia penal.

Tengan la certeza que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal sabrá afrontar los desafíos que impone la transición a este nuevo sistema de justicia penal; con la finalidad de satisfacer las genuinas exigencias de seguridad y justicia que demanda la sociedad capitalina.



## MESA 6



## EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO, EL JUICIO DE AMPARO Y LOS DERECHOS HUMANOS

María Elena LEGUÍZAMO FERRER\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La transformación del sistema de justicia penal.* III. *El sistema procesal penal acusatorio y el juicio de amparo.* IV. *Los derechos humanos, el sistema procesal penal acusatorio y los criterios judiciales.* V. *A manera de conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

Nadie puede negar que, en lo que va del presente siglo, México ya se encuentra inmerso en el movimiento internacional de reforma procesal penal, iniciado en países de América Latina desde las últimas décadas del siglo XX, y que se caracteriza por el abandono de los sistemas procesales de corte “inquisitivo” o “mixto”, además de escrito, y por la adopción de sistemas procesales de corte predominantemente “acusatorio” y “oral”; situación que se manifiesta, primero, con la reforma constitucional de 2008 en materia de justicia penal y seguridad pública, que precisa justamente las bases del sistema procesal acusatorio y oral y, finalmente, con la aparición del Código Nacional de Procedimientos Penales (2014), que procura desarrollar dicho sistema. Este movimiento, que sin duda obedece a motivaciones comunes y particulares, no siempre observa las mismas intensidades ni tiene las mismas o iguales implicaciones, sino que depende de las realidades y necesidades de cada país.

Por razón de lo anterior, tanto la reforma constitucional como la reforma legislativa mexicana tiene sus propios rasgos característicos, aun cuando tenga ciertos rasgos comunes con la reforma procesal de los demás países de la región latinoamericana, como es el de fortalecer el sistema procesal acu-

\* Doctora en Derecho por la UNAM. Magistrada del Sexto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito.

satorio, máxime que México, a diferencia de otros países, ya contaba con ciertas bases constitucionales propias del sistema acusatorio. La cuestión, por ello, es determinar cuáles son los cambios esenciales que se producen con la reforma constitucional y, por otra, qué tanto la nueva legislación procesal penal posibilita que esos cambios alcancen sus objetivos. Con relación al Código Nacional de Procedimientos Penales de reciente factura, él desarrolla los lineamientos para la implementación de manera uniforme del nuevo sistema procesal penal acusatorio y oral en todo el país, tanto a nivel federal como a nivel local, es decir, su intención es unificar el procedimiento penal en cuanto al desarrollo de las actuaciones ministeriales en la investigación de los delitos, a la valoración de pruebas y a los criterios de interpretación que se generen con motivo de las resoluciones y sentencias emitidas por las autoridades jurisdiccionales, de tal manera que esta nueva forma de resolver los procedimientos penales pueda otorgar seguridad jurídica a los gobernados insertos en este sistema.

Ahora bien, ¿cuál será el rumbo que seguirá el juicio de amparo con este nuevo sistema procesal penal? ¿Será asequible al imputado cuando éste estime que se violan sus derechos humanos? Se acotará el uso del juicio de amparo frente a un procedimiento penal que se supone más garantista? Es admisible la idea de que, por la brevedad del procedimiento penal, ¿el amparo constituye un obstáculo para la instauración del nuevo sistema procesal penal acusatorio?

En principio, las estrategias sobre la implementación del sistema de justicia penal, además de desarrollar la infraestructura necesaria para la realización de los juicios orales “parte estructural”, implican un programa sistemático y ordenado de las actuaciones de las autoridades y demás operadores del sistema de justicia, para que los criterios derivados del conocimiento de esos juicios sean uniformes y confiables, y la población esté en condiciones de respetar y confiar en las instituciones encargadas de la administración y procuración de justicia; pero ello, sin dejar de reconocer que el juicio de amparo seguirá siendo un instrumento garantizador, por excelencia, para reparar los defectos o excesos producidos por las actuaciones de las autoridades que vulneran derechos humanos del gobernado.

Por ello, en este breve trabajo académico se analizan los temas concordantes del procedimiento penal y del amparo, haciendo un examen sucinto de los aspectos procesales y aquellos que son impugnables en el juicio de amparo. Asimismo, con motivo de las reformas constitucionales de 2011, se hace un análisis de las incidencias del juicio de amparo y los criterios relevantes de la Suprema Corte de Justicia sobre los derechos humanos, que seguramente impactarán al sistema procesal penal acusatorio y oral,

y se enlistan los derechos humanos que deben ser observados en el nuevo sistema procesal penal y que el tribunal máximo constitucional ha reiterado su aplicación a través de tesis aisladas y de jurisprudencia, al hacer la interpretación directa de los derechos fundamentales ínsitos en la Constitución y que son de aplicación irrestricta para todas las autoridades inmersas en la administración y procuración de justicia; por consiguiente, se expresa la necesidad de conservar un estado garantista y democrático de respeto de los derechos humanos.

## II. LA TRANSFORMACIÓN DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

No hay duda que el cambio del sistema de justicia penal es, desde cierta perspectiva, radical. El expediente ya no constituye el objeto de la tramitación del procedimiento penal sino que ahora el proceso penal debe ser, además de *acusatorio, oral*, y estará basado en los principios de *publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación*; lo anterior, por considerar que el sistema procesal acusatorio deriva del Estado democrático de derecho.

Ahora bien, para lograr el funcionamiento del nuevo sistema de justicia penal tal como se diseña en la Constitución, son necesarias diversas cosas, entre ellas que exista una verdadera y adecuada capacitación de los operadores que intervienen, ya sea como acusadores, defensores, peritos y juzgadores, exigiéndose en todos ellos, además de amplios y adecuados conocimientos, honorabilidad en sus actuaciones y, en general, un cambio de actitudes, de acuerdo con los nuevos roles que cada uno habrá de jugar. Habrá que operar, también, un profundo proceso de desburocratización de la procuración y administración de la justicia, sobre todo por lo que hace a la gestión administrativa,<sup>1</sup> para la transformación integral del sistema de justicia penal en todos sus ámbitos, considerando no sólo los aspectos legales sino también los culturales y operativos.<sup>2</sup> Asimismo, habrá que tomar en cuenta las opiniones que sostienen que el aumento de la delincuencia no es producto ni se combate a través de las reformas legales o de su aplicación, sino más bien se trata de fenómenos sociales que deben ser atacados con

<sup>1</sup> En donde es incuestionable el gigantismo de la burocracia.

<sup>2</sup> El especialista Vargas Vianco, Juan Enrique, en su obra “La nueva generación de reformas procesales penales en Latinoamérica”, en *Panorama Internacional sobre justicia penal internacional. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. Séptimas Jornadas sobre Justicia Penal. Coordinadores García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2007, precisa cómo se han ido receptando las reformas procesales en diversos países de Latinoamérica y las experiencias que México puede retomar de esas nuevas experiencias en las transformaciones a sus sistemas judiciales.

programas sociales de prevención<sup>3</sup> y políticas públicas definidas, y precisar si efectivamente el sistema de justicia penal nada o muy poco tiene que ver con dicho problema.

De acuerdo con la nueva legislación procesal penal, las audiencias serán orales, contradictorias y públicas, donde se formulará la acusación, la defensa presentará sus pruebas y existirá un contacto presencial y directo con el juez, quien se supone —sobre todo el juez que interviene en la audiencia de juicio oral— no ha tenido alguna aproximación previa con los antecedentes del proceso, garantizándose así su imparcialidad.<sup>4</sup> De esta manera, cada operador del sistema tiene asignado un rol concreto, con lo que se busca garantizar la organización y el funcionamiento del sistema de justicia penal.

Los jueces —como hasta ahora así ha sido en el sistema penal mexicano— deben concretarse a decidir las cuestiones planteadas por la acusación y la defensa, sin convertirse en acusadores.<sup>5</sup> Su *imparcialidad* debe estar orientada a garantizar la *igualdad procesal* de las partes.

El imputado goza “y así se establece ahora de manera expresa en la Constitución y en el propio CNPP” de un estado jurídico de “*presunción de inocencia*”, que sólo se podrá destruir con la culpabilidad demostrada en el proceso;<sup>6</sup> consecuentemente, las partes inician y delimitan el objeto del proceso y a ellas les compete introducir los hechos y la carga de probarlos así como de solicitar la práctica de los medios probatorios, correspondiendo al Ministerio Público la carga de probar la culpabilidad del imputado.

Pero a diferencia de lo que hasta ahora ha sucedido, de que el *Ministerio Público* recaba y desahoga medios probatorios y los valora en la averiguación previa, además de que esas pruebas constituyen la parte fundamental del proceso, la reforma establece que “sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio”. Por supuesto, la Constitución precisa que eso será “para los efectos de la sentencia”;<sup>7</sup> por lo

<sup>3</sup> Piedrabuena Richard, Guillermo. “Rol del Ministerio Público en el nuevo proceso penal”. *Revista Chilena de Derecho*. vol. 30 núm. 1, Sección Estudios, Chile, 2003.

<sup>4</sup> Esta afirmación habrá que analizarla con mayor cuidado, porque da a entender que de acuerdo con el sistema aún vigente la imparcialidad en los jueces está ausente.

<sup>5</sup> Como sucede en sistemas inquisitivos que cuentan con el juez de instrucción, o como era en México hasta 1917. Por supuesto que eso ya no sucede en el actual sistema procesal mexicano.

<sup>6</sup> Lo anterior no quiere decir que antes de 2008 la Constitución rechazara la “presunción de inocencia” o que partiera del principio de “presunción de culpabilidad”; además, debe recordarse que desde 1984 el Código Penal Federal erradicó la “presunción de intencionalidad” (art. 9o.), que hasta entonces posibilitaba la inversión de la carga de la prueba.

<sup>7</sup> *Cfr.* artículo 20, inciso A), fracción III, de la Constitución. Y también ya la Primera Sala de la SCJN se ha pronunciado sobre este tema en la tesis aislada bajo el registro

que, de acuerdo con lo anterior, entonces, no se excluye que el Ministerio Público en el desarrollo de su actividad investigadora recabe, desahogue y valore también medios probatorios; lo que necesariamente hará para los efectos del ejercicio de su propia potestad, como es determinar si ejerce o no la acción penal,<sup>8</sup> o si solicita o no la orden de aprehensión. Dicha determinación no puede sino sustentarse en medios de prueba, si bien con un estándar mucho menor que el exigido para otras resoluciones como es la sentencia. Pero, además, lo dicho se corrobora cuando la propia reforma constitucional prevé que podrán admitirse en juicio, aunque sea de manera excepcional, “*pruebas anticipadas*” que, por su naturaleza, requieran “*desahogo previo*”, si bien bajo el control judicial.

Hoy con la reforma constitucional y la ley procesal aprobadas, se precisan de manera clara las bases del sistema de justicia penal y, dentro de ellas, las características del nuevo sistema procesal penal. Pero, así como la investigación preliminar (o de averiguación previa), confiada al Ministerio Público y a la policía, tiene como finalidad garantizar la existencia de la acusación previa para incoar el proceso penal, y también se cuenta con la presencia del Juez de control de legalidad,<sup>9</sup> que a su vez es diferente del juez de sentencia y del juez de ejecución penal, para autorizar las medidas cautelares y todo lo relativo a la producción anticipada de eventuales pruebas urgentes y técnicas de investigación que requieran autorización judicial, igualmente se seguirá contando con el juicio de amparo, sobre todo para aquellos casos en que el ejercicio del poder penal en la etapa de investigación o en el proceso se extralimite en perjuicio de las garantías de los individuos involucrados en problemas penales, pero también para aquellas resoluciones ministeriales y judiciales que vulneren derechos o garantías tanto de las víctimas y los ofendidos como de los imputados o procesados.

2006970, con la voz “Proceso penal acusatorio y oral. Las actuaciones practicadas en una averiguación previa, que constituyan material idóneo para configurar datos de prueba que integren la carpeta de investigación, no constituyen material probatorio para dictar sentencia”, de julio de 2014.

<sup>8</sup> Moreno Hernández, Moisés. “Retos del sistema procesal penal en México. Algunas propuestas para la transformación del sistema de justicia penal”, en *Conferencias Magistrales 8*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2004, pp. 546 y ss.

<sup>9</sup> El artículo 16 de la Constitución Federal establece: “...Los poderes judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos...”. El 5 de enero de 2009 instauró el Poder Judicial Federal, seis juzgados de distrito especializados para el dictado de las medidas cautelares, como parte de la implementación de la reforma penal constitucional.

### III. EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y EL JUICIO DE AMPARO

Cabe destacar que los principios del derecho procesal penal también están vinculados con los derechos fundamentales y, cuando esos derechos son vulnerados en el ejercicio del poder punitivo del Estado, surge el juicio de amparo como un mecanismo de control constitucional y reparador de los derechos humanos violados. A nadie podría ocurrírsele seriamente la idea de que pueda prescindirse del juicio de amparo en el nuevo sistema procesal penal y con relación a los contenidos de la nueva legislación procesal penal, máxime cuando se afirma que una de las características de dicho sistema procesal es que se trata de un sistema “más garantista” que el anterior.

Es cierto que, en materia de impugnaciones, no todos los países latinoamericanos que han reformado sus sistemas de justicia penal en los últimos tiempos cuentan con un juicio de amparo como lo tenemos legislado en México, salvo Guatemala. Además, la modificación que dichos países han hecho a sus legislaciones procesales ha sido en el sentido de limitar los medios de impugnación y, por tanto, la doble instancia. Así se afirma que, en el caso Chileno, la supresión del juicio de amparo es lo que ha permitido un “eficiente sistema acusatorio y oral”, mientras que en Guatemala todo parece indicar que las cosas funcionaron de otra manera.<sup>10</sup> Se trata, por tanto, de dos experiencias “Guatemala y Chile” que tienen un denominador común, el sistema procesal acusatorio y oral, pero con resultados diferentes; y al parecer, se quiere hacer depender del juicio de amparo el éxito o fracaso del sistema procesal. Pero, partiendo de estas dos experiencias latinoamericanas, tal vez lo más recomendable para México es que tenga su propia experiencia<sup>11</sup>, atendiendo a su propia realidad.

Como hemos afirmado en otros trabajos,<sup>12</sup> el juicio de *amparo indirecto* en materia penal seguirá funcionando de la misma manera que hasta aho-

<sup>10</sup> Véase Barrientos Pellicer, César. “Evaluación de la reforma procesal penal en Guatemala”, en *Revista de Ciencias Penales de Costa Rica*, Año 15, núm. 21, octubre 2003, pp. 45 y ss.

<sup>11</sup> Sobre este tema *Cfr.* Leguízamo Ferrer, Ma. Elena “Implicaciones del nuevo sistema procesal penal acusatorio en el juicio de amparo”, *Posiciones 3, Colección Jurídica*, Universidad La Salle, Ed. México, 2010, pp. 35-37.

<sup>12</sup> Algunos de ellos son los siguientes: “Juicios orales y amparo”, *Revista Iter Criminis*, Inacipe, septiembre-octubre 2008, México, pp. 45-57. “El papel del juicio de amparo en los juicios orales”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 25, México, 2008, pp. 73-85. “Los juicios orales y el juicio de amparo en México”. Libro *Homenaje a Ricardo Franco Guzmán*, Inacipe, México, 2008, pp. 325-333. “Juicios Orales y Amparo”. *Revista Foro Jurídico*, núm. 72, septiembre 2009, México, pp. 34-38. “Nuevo sistema acusatorio y juicio de amparo”. *Revista Iter Criminis*, Inacipe, núm. 13, enero-febrero 2010, México, pp. 1-27. “Implicaciones del sistema procesal acusatorio y oral en el amparo indirecto”. *Revista Defensa Penal*, febrero 2010, México, pp. 54-67. “Breves reflexiones sobre el Código Nacional de Procedimientos

ra, aun cuando su uso pueda verse reducido por los mecanismos de control que existen en las etapas de investigación e intermedia, como por ejemplo, el control judicial de ciertos actos del Ministerio Público y de la policía de investigación a cargo del *Juez de control*; así, cuando se interpone un recurso en el procedimiento penal no se suspenderá la ejecución de la decisión, salvo en las excepciones previstas en el propio CNPP (artículo 463), pues en estos casos sólo se llegaría al juicio de amparo si la violación trascendiera a la esfera jurídica del gobernado.

Pero donde seguramente hay cuestionamientos es con relación a los *jueces de juicio* o de sentencia; pues, mientras que hasta ahora había prevalecido el criterio según el cual los jueces de proceso penal no deben dictar sentencia si existe un juicio de amparo contra el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, independientemente de que se encuentra bajo los efectos de la suspensión, aun cuando con el criterio antes señalado si la dictan se genera un sobreseimiento en el juicio de garantías por cambio de situación jurídica, impidiendo con ello que el juez de amparo resuelva el fondo del asunto planteado. En el mismo sentido, la Ley de Amparo actual, LA, contiene la suspensión del procedimiento penal al promoverse el amparo contra el auto de vinculación a proceso, hasta una vez concluida la etapa intermedia, para evitar que cambie la situación jurídica y queden consumadas de manera irreparable las violaciones reclamadas. De lo que deriva que, una vez iniciada la audiencia del juicio, el *juez de juicio* no suspende la audiencia oral, porque no hay obstáculo para hacerlo y, además, debe observar los principios de continuidad y concentración de la audiencia de debate; por tanto, si el juicio de amparo no se resolvió con anterioridad, se sobreseerá por cambio de situación jurídica.<sup>13</sup>

El amparo sigue rigiendo contra actos que priven o tiendan a privar de la libertad personal al imputado, pero si las privaciones derivan del procedimiento penal, el afectado tendrá que promover el juicio de amparo dentro de los términos que establece la LA. Así se encuentran las órdenes de comparecencia, de aprehensión, las detenciones y las medidas cautelares, entre otros actos, que son derivados de la competencia y facultades que tienen asignados los *jueces de control*. También procede el amparo contra actos que afectan derechos, posesiones o propiedades, tales como el aseguramiento de bienes muebles o inmueble con motivo de la investigación de delitos, entre otros.

Penales y el juicio de amparo”, en *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, Ubijus Ed., México, 2015, pp. 267-302 y en la *Revista del Instituto Federal de la Defensoría Pública*, núm. 18, México, diciembre de 2014, pp. 171-223, entre otros.

<sup>13</sup> En el capítulo de improcedencias, está prevista en la fracción XVII del artículo 61 de la LA.

Por otra parte, también son actos impugnables a través del amparo indirecto las omisiones en que incurre el Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, de no ejercicio, desistimiento de la acción penal, o la suspensión del procedimiento cuando no está satisfecha la reparación del daño.<sup>14</sup>

Lo propio puede decirse con relación a aquellos actos u omisiones de las autoridades que intervienen en la ejecución de las sanciones penales, incluyendo a los *jueces de ejecución de sanciones penales*, donde el promovente de amparo tiene que ajustarse a los plazos y términos previstos en la legislación de la materia.

Asimismo, podrá también seguirse admitiendo la recursividad en el propio juicio de amparo indirecto, en el sentido de impugnar en revisión, en queja o en inconformidad la resolución del juez de distrito que conoce del amparo; y, de acuerdo con la nueva legislación de amparo, se han establecido plazos para interponerlo o para resolverlo contra todo este tipo de actos dentro del procedimiento penal, precisamente obedeciendo a la idea de mayor celeridad en la justicia.<sup>15</sup>

En cuanto al *amparo directo*, las violaciones formales o procesales que se planteen, conforme al nuevo catálogo establecido por la LA vigente (a. 173), éstas están referidas a violaciones al sistema acusatorio nuevo, es decir, cuando se decidan acciones procesales por jueces distintos a los que les corresponda su conocimiento; que se viole la igualdad procesal de las partes, en el entendido de que ahora no sólo es el imputado y su defensor y el Ministerio Público sino además está el ofendido o víctima del delito y su asesor jurídico (a. 105 CNPP); que se conculquen los derechos humanos de los sujetos intervinientes en el proceso, como el derecho de defensa, entre otros, así como las violaciones *in iudicando*, en el dictado de la sentencia definitiva. Luego, las resoluciones condenatorias que impongan pena de prisión podrán ser impugnadas en amparo directo, dentro del término máximo de 8 años, de acuerdo con lo previsto en el artículo 17 fracción II de la LA.

Finalmente, se encuentra el planteamiento de inconstitucionalidad de la ley que rige el acto y que también es reclamado a través de los amparos directo e indirecto, en cuyo caso será la Suprema Corte de Justicia, SCJN, quien determinará en última instancia acerca de la inconstitucionalidad propuesta, así como las interpretaciones que generen los tribunales federales acerca del control de convencionalidad e interpretación directa de preceptos constitucionales.

<sup>14</sup> Véase el artículo 107 fracción VII de la LA.

<sup>15</sup> Cf. Capítulo III, Plazos, artículos 17 y siguientes de la LA.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS, EL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y LOS CRITERIOS JUDICIALES

A partir de la reforma constitucional de 2011 —relativa a los derechos humanos y a la materia del amparo—, la SCJN y los tribunales colegiados de circuito, TCC, han estado generando diversos *criterios sobre violaciones a derechos humanos en el procedimiento penal*; criterios que ahora deben ser objeto de reflexión para determinar su compatibilidad con los contenidos de la nueva ley procesal penal. En efecto, los derechos humanos y fundamentales sobre los cuales la SCJN se ha pronunciado y que están relacionados con el tema del procedimiento penal son los siguientes:

##### 1. *El derecho humano a la libertad personal*

En general, los gobernados gozan del derecho a la libertad, que sin duda es uno de los derechos más importantes que tiene toda persona y que, por ello, requiere de mayor protección. Pero cuando se actualizan las excepciones que el propio marco constitucional prevé, esto es, cuando el gobernado contraviene disposiciones de orden público que traen como consecuencia la privación o restricción de su libertad, el Estado, a través de sus instancias respectivas, se ve en la necesidad de aplicar restricciones a la libertad y, en virtud de ello, lo detiene y lo somete a procedimientos para determinar su culpabilidad o su inocencia. Por supuesto, la privación o restricción de la libertad personal dentro del procedimiento penal mexicano, tanto del aún vigente como del nuevo, sólo debe tener lugar en los supuestos y bajo las condiciones establecidas en la Constitución y en la legislación procesal penal para que pueda ser legitimada y justificada. En principio, la privación de la libertad penal sólo puede derivar de una orden de autoridad judicial, la cual a su vez debe sustentarse en el cumplimiento de ciertos requisitos de carácter formal y material; excepcionalmente, es decir, sin orden de autoridad judicial, la detención o retención de una persona puede tener lugar siempre y cuando se trate de un caso flagrante o urgente, cuyos rasgos característicos igualmente están señalados en la Constitución (art. 16) y en la legislación procesal penal,<sup>16</sup> entonces, una persona sólo puede ser detenida o retenida cuando se trate de flagrancia o de caso urgente; pero, además, el detenido

<sup>16</sup> Sobre este tema se puede advertir en el registro 2006478 el siguiente criterio dictado por la Primera Sala de la SCJN, que dice: “Libertad personal. La afectación a ese derecho humano únicamente puede efectuarse bajo las delimitaciones excepcionales del marco constitucional y convencional”.

debe ser puesto de manera inmediata a disposición del Ministerio Público, quien iniciará y tramitará la investigación correspondiente; también así deberá actuar la autoridad ministerial cuando además le concede la libertad provisional bajo caución,<sup>17</sup> debe consignarla dentro de los plazos constitucionales o dejarla en libertad y luego solicitar la orden de aprehensión o comparecencia, según el caso. El respeto de los derechos humanos relativos a la libertad personal está definido en los tratados internacionales, en la Constitución y en las leyes que rigen los procedimientos sancionadores que regulan actos privativos de la libertad; por lo que habrá que observarlos.

Así, si en el caso se retiene a alguna persona por una supuesta “flagrancia” sin reunir los requisitos que la Constitución y las leyes procesales penales establecen, la consecuencia se traduce en declarar inválida la detención, así como inválidos los datos de prueba obtenidos de forma directa e inmediata con motivo de la propia detención. Todo ello trasciende en el debido proceso y la sentencia que se emita en dicho procedimiento.<sup>18</sup>

## 2. *El derecho a la integridad personal y a la prohibición de la tortura*

Una de las prerrogativas que tienen los gobernados frente a actos arbitrarios de las autoridades ministeriales o policiacas es precisamente el derecho a que se les respete su integridad personal y que no sea sometido a tratos inhumanos, degradantes y, mucho menos, a la tortura.

La tortura tiene una doble vertiente: Como conducta delictiva tipificada en la legislación penal, y como violación del derecho humano derivado del principio fundamental de protección de la dignidad humana y la integridad física que tiene todo gobernado;<sup>19</sup> por lo que está totalmente prohi-

<sup>17</sup> Respecto de este planteamiento, véase la tesis del Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, con el registro 2001245 y el rubro “Averiguación previa. Debe durar máximo cuarenta y ocho horas cuando en esta etapa el inculpado es puesto en libertad provisional (legislación federal y del Distrito Federal)”, que todavía no es jurisprudencia, pero se comparte.

<sup>18</sup> Véase la tesis “Flagrancia. Las consecuencias y efectos de la violación al derecho humano a la libertad personal son la invalidez de la detención de la persona y de los datos de prueba obtenidos directa e inmediatamente en aquélla”, bajo el registro 2006477, de la Primera Sala de la SCJN. También se halla el registro 2006476 “Flagrancia. La detención de una persona sin el cumplimiento irrestricto del marco constitucional y convencional que regula aquella figura, debe considerarse arbitraria”.

<sup>19</sup> Sobre el particular se encuentra el registro 2006484 del IUS 2014 de la Primera Sala de la SCJN, con la voz “Tortura. Su sentido y alcance como prohibición constituye un derecho absoluto, mientras que sus consecuencias y efectos se producen tanto en su impacto de violación de derechos humanos como de delito”.

bida. Ciertamente, la tortura está prohibida y sancionada, y la prohibición ha sido considerada un derecho absoluto; por ello, si en una investigación realizada por las autoridades policiacas o ministeriales se cometen actos contrarios a derechos humanos, como la tortura, con la finalidad de arrancar confesiones, tales medios probatorios son estimados ilícitos. Por lo tanto, en el caso de que el afectado denuncie actos de tortura, las autoridades tienen la obligación de realizar las investigaciones pertinentes, independientemente de que las pruebas obtenidas por esa investigación sean excluidas al momento de resolver la situación jurídica del imputado o bien al dictarle la sentencia penal.

Ahora bien, el derecho de los detenidos a ser tratados con dignidad, está referido a cuando ellos se encuentran privados de su libertad, pues no obstante que estén inmersos en la integración de una investigación, tienen el derecho a que se les respeten los términos de su detención; a que se tome en cuenta el cómputo de la prisión preventiva; a que exista asistencia de un defensor; a que el lugar en que se encuentre detenido sea aceptable, en términos de lo que establece el artículo 18 constitucional; a que exista la prohibición de estar incomunicado, entre otros. Estos derechos que asisten a los detenidos deben respetarse con independencia de las conductas que hayan motivado su privación de la libertad, porque se trata de los mínimos derechos humanos que debe gozar un detenido.

Si los derechos humanos son observados en el sistema de justicia penal vigente, igualmente —o con mayor razón— deben ser observados en el caso del nuevo sistema procesal penal acusatorio; por lo que, si en la fase de investigación inicial son violados derechos fundamentales del imputado, a través del amparo se harán ejercer tales derechos, y si en el caso el Juez de control no hubiere tenido a la vista la carpeta de investigación, ello no es impedimento para que el tribunal de amparo admita y valore medios de prueba supervenientes que tengan vinculación directa con violaciones a derechos humanos,<sup>20</sup> sobre todo cuando se trate de un caso de tortura, en que las autoridades están obligadas a iniciar la investigación correspondiente, como ya se afirmó.

Cabe destacar que las violaciones cometidas en la averiguación previa “sistema escrito”, o en la fase de investigación “sistema oral”, es factible analizarlas tanto en el amparo indirecto, cuando se plantean actos que afec-

<sup>20</sup> Al respecto véase la tesis “Derechos humanos. Su reconocimiento y protección obliga al órgano de control constitucional al estudio de violaciones y pruebas supervenientes relacionadas con la primera fase de investigación en el nuevo sistema de justicia penal”, sustentada por la Primera Sala de la SCJN y visible en el registro 2006473 del IUS 2014,

tan la libertad o que fijan la situación jurídica del quejoso, por ejemplo, la orden de aprehensión, el auto de formal prisión o de vinculación a proceso, entre otros,<sup>21</sup> como en el amparo directo,<sup>22</sup> al revisar todo el procedimiento que concluye con una sentencia definitiva, y se hagan valer violaciones a derechos humanos. El órgano de control constitucional, además de revisar la legalidad y constitucionalidad de los actos, analizará también la convencionalidad bajo el principio pro-persona.

Ahora bien, tanto la integridad física como la prohibición de la tortura de los gobernados son derechos inalienables; por lo que, aún en el caso de que en el país se suspendieran o se restringieran los derechos humanos por alguna invasión de estados, perturbación grave de la paz pública, o cualquier otra situación que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, ello no es suficiente para que se dejen de observar estos principios jurídicos.

### 3. *El derecho del debido proceso penal*

Uno de los principales derechos humanos que tiene el imputado cuando es sometido a un procedimiento penal es el de defensa, mediante el cual tiene la oportunidad de defenderse antes de que le sea impuesto un acto privativo, de manera que las autoridades están obligadas a cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento. Esta garantía es de las consideradas más importantes no sólo del procedimiento penal sino también de otros tipos de procedimientos (por ejemplo, los procedimientos administrativos que sancionan), en los cuales los gobernados tienen que ejercer sus defensas antes de que las autoridades modifiquen su esfera jurídica de forma definitiva.

El actual estudio de los derechos humanos contemplado bajo la perspectiva de igualdad ante la ley, ha hecho que la Primera Sala establezca criterios orientadores de las personas que pueden encontrarse en una situación de desventaja frente al ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, con relación a los extranjeros que requieren de asistencia consular y, en su caso, de traductores o intérpretes, cuando se ven involucrados en hechos penalmente relevantes, o respecto de grupos de menores e inimputables en que es necesario que se notifique a quienes ejerzan la patria potestad y

<sup>21</sup> La Primera Sala de la SCJN ha sostenido este criterio en el registro 2006161 con el rubro “Violaciones cometidas en la averiguación previa. Es factible su análisis en amparo indirecto (alcance de la jurisprudencia 1a./J. 121/2009)”, contradicción de tesis 446/2012.

<sup>22</sup> *Ibid.* Registro 2001545, “Violaciones cometidas en la detención del inculpado con motivo de la excepción prevista en el artículo 16 constitucional (flagrancia o caso urgente). Procede analizarlas en amparo directo.”

tutela, así como del enfermo que se exige que se notifique a la persona o institución que lo represente; en cuanto a los grupos de indígenas, es indispensable que cuenten con traductores o intérpretes, para hacer valer una adecuada defensa. De esta forma, además de llevar a cabo las formalidades esenciales del procedimiento tradicionales, en el sentido de que el acusado conozca la notificación del inicio del procedimiento y de sus consecuencias, tenga la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa, así como la oportunidad de alegar, y, finalmente, se le asegure la emisión de una resolución que dirima las cuestiones debatidas, para, en su caso, impugnarla, y aquellas personas que se encuentran en una situación distinta al gobernado común, se les otorgue igual oportunidad de defender sus puntos de vista y ofrecer pruebas con base a sus pretensiones y apoyos jurídicos expuestos.<sup>23</sup>

Por otro lado, la Primera Sala ha reiterado que se actualiza la debida defensa cuando el acusado cuenta con un *defensor*, sea abogado particular o público,<sup>24</sup> desde el momento en que es detenido y puesto a disposición ante la autoridad ministerial y durante todo el desarrollo del procedimiento penal, a efecto de que pueda declarar, o bien, guardar silencio para no autoincriminarse, presentar pruebas, realizar los alegatos en las audiencias e impugnar en las instancias correspondientes; todo ello bajo la asesoría del experto en derecho. También es necesario que esté presente el defensor del acusado cuando es identificado por las víctimas, ofendidos o testigos, a través de la *Cámara de Gesell*<sup>25</sup> con la finalidad de que se realice correctamente la confrontación o la identificación del imputado y pueda ejercer su derecho de defensa.

<sup>23</sup> En la tesis jurisprudencial con el registro 2005716 del IUS 2014 con el rubro “Derecho al debido proceso. Su contenido”, explica además que dentro de las garantías del debido proceso existe un núcleo duro que son las formalidades esenciales tradicionales y que son aplicables para cualquier procedimiento jurídico.

<sup>24</sup> Tesis sustentada bajo el rubro “Defensa adecuada en materia penal. Alcances y momento a partir del cual se actualiza este derecho fundamental”, con el registro 2003959. También está la tesis más reciente sustentada por el Pleno de la SCJN que dice “Defensa adecuada del inculcado en un proceso penal. Se garantiza cuando la proporciona una persona con conocimientos técnicos en derecho, suficientes para actuar diligentemente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evitar que sus derechos se vean lesionados”, con el registro 2006152.

<sup>25</sup> Se encuentra el criterio “Reconocimiento del inculcado a través de la cámara de gesell. En dicha diligencia es necesaria la asistencia del defensor a efecto de garantizar el derecho a una defensa adecuada”, con el registro 2008588. Asimismo, obra el registro 2008371 con el rubro “Reconocimiento o identificación del imputado de manera presencial en el procedimiento penal. La ausencia del defensor genera como consecuencia la invalidez de las diligencias respectivas”.

Un punto esencial en el tema del derecho humano del debido proceso es la *detención realizada por las autoridades investigadoras* y que la persona detenida no sea puesta “inmediatamente” a disposición del Ministerio Público, lo que de suyo se viola si los agentes aprehensores se tardan en realizar su informe, o pasean al detenido sin cumplir con el mandato constitucional “16”. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha insistido en que el juzgador debe analizar caso por caso, pero es innegable que no debe existir dilación de puesta a disposición sin justificación. El que los aprehensores retengan a un individuo con la finalidad de obtener su confesión o información relacionada con la investigación que realiza para inculparlo a él o a otras personas, y que incluso puede ser mediante tortura, ello es ilícito y todos aquellos medios probatorios que se obtengan por esta vía,<sup>26</sup> serán nulos sin valor probatorio alguno, lo que puede llevar a una absolución por violación al derecho humanos del debido proceso legal.<sup>27</sup>

Otra regla que debe ser observada por los operadores jurídicos tiene que ver con el tema de la *presunción de inocencia*, que puede ser alterada por elementos procesales o extraprocesales, es decir, que se introduzcan “elementos de hecho que no se correspondan con la realidad y que, en el ánimo del tribunal, y sobre todo de las víctimas y de los posibles testigos, actúen después como pruebas de cargo en contra de los más elementales derechos de la defensa”. Así, dice la Primera Sala,<sup>28</sup> la violación a la regla de trato de la presunción de inocencia puede ser afectada cuando la actuación incorrecta de los agentes aprehensores manipulen la realidad, ya

<sup>26</sup> Sobre el particular, *cf.* la tesis con el registro 2003545 del IUS 2014 con la voz “Derecho fundamental del detenido a ser puesto a disposición inmediata ante el ministerio público. Elementos que deben ser tomados en cuenta por el juzgador a fin de determinar una dilación indebida en la puesta a disposición”. De la misma manera está el reciente criterio con el registro 2006471 que dice “Derecho de la persona detenida a ser puesta a disposición inmediata ante el ministerio público. La retención indebida genera como consecuencias y efectos la invalidez de los datos de prueba obtenidos directa e inmediatamente en aquélla, al ser considerados ilícitos”.

<sup>27</sup> En este punto, la Primera Sala de la SCJN ha insistido que “...la vulneración de los derechos fundamentales del acusado en el proceso penal puede provocar, en determinados supuestos, la invalidez de todo el proceso, así como de sus resultados, lo cual imposibilitará al juez para pronunciarse sobre la responsabilidad penal de una persona...”, en la tesis “Efecto corruptor del proceso penal. Condiciones para su actualización y alcances”, con el registro 2003563. Así como el reciente criterio que dice “Libertad personal. La afectación a ese derecho humano únicamente puede efectuarse bajo las delimitaciones excepcionales del marco constitucional y convencional”, con el registro 2006478.

<sup>28</sup> Tesis con el registro 2003692, “Presunción de inocencia como regla de trato en su vertiente extraprocesal. Influencia de su violación en el proceso penal”.

sea con factores personales del acusado, con la credibilidad o reputación de los testigos o posibles testigos, con la presión que ejercen en la declaración del acusado, con el resultado de los exámenes o análisis del involucrado en el proceso, con la opinión que generen sobre la culpabilidad del detenido, etcétera. Todos estos factores pueden afectar el debido proceso legal y, consecuentemente, el principio de presunción de inocencia que tiene todo gobernado frente a los órganos del Estado hasta en tanto no se le demuestre su plena culpabilidad penal y no exista duda razonable sobre ella.

Finalmente, se encuentra el *arraigo* como una medida cautelar de privación de la libertad, que está inserto en la Constitución únicamente para materia federal; por lo que debe ser respetado y aplicado en sus términos, con un estándar probatorio requerido por la autoridad judicial, frente a una petición ministerial y en casos exclusivos de delincuencia organizada, para que pueda determinar su autorización.<sup>29</sup> Dicha figura tiene ejecución durante la tramitación de la averiguación previa “en el actual sistema escrito” y cuya duración es de 40 días, los cuales pueden ser prorrogables por igual término. Ya la SCJN ha sostenido que es procedente el juicio de amparo respecto de la prórroga que exija la autoridad ministerial; sin embargo, y por regla general, el amparo se resuelve después de que se levantó el arraigo, o incluso, si sigue trascurriendo el plazo, no logra su buen término al interponer el quejoso o el tercero interesado “Ministerio Público federal” el recurso de revisión. Por ello, la Corte determinó que el amparo promovido contra el arraigo, no obstante que se haya emitido la prórroga correspondiente, las pruebas que se obtengan de dicha investigación pueden tener consecuencias en los actos posteriores y, consecuentemente, no cesan en sus efectos en el juicio de amparo,<sup>30</sup> pues se puede interpretar que para que estos actos cesen de manera definitiva, tendrían que destruirse sus efectos; pero, como el procedimiento penal continúa y puede estar apoyado con los medios probatorios que se hubieren obtenido durante la estancia del arraigo, entonces, siguen subsistiendo y no se consuman de manera irreparable ni sus efectos se destruyen; consecuen-

<sup>29</sup> Véase la Contradicción de Tesis 293/2011, emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro “Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parametro de control de regularidad constitucional. pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, registro 2002264.

<sup>30</sup> Tesis 1a.CCXLVI, visible en la publicación oficial en el Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, página 439, con la voz Arraigo. La orden relativa no actualiza la causa de improcedencia por cesación de efectos (abandono de la tesis aislada 1a. LXXXIII/2001.

temente, en el caso de que se concediera la protección federal, el juez tendría que invalidar aquellas pruebas obtenidas durante el tiempo que estuvo arraigado, porque no hubiera sido posible obtenerlas si la persona no hubiese sido retenida y se trata del caso de pruebas nulas o ilícitas que deban invalidarse.

Por último, es pertinente señalar que si el arraigo limita la libertad de tránsito, como la SCJN lo señaló desde 1999,<sup>31</sup> es posible sustituirla con la medida cautelar prevista en el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 155 fracción XII,<sup>32</sup> utilizando pulseras o identificadores cibernéticos, mediante los cuales sea factible ubicarlo a través de un localizador satelital; de esa manera se evitará que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia y que una vez que la autoridad ministerial tenga datos suficientes, lo ponga a disposición de la autoridad judicial, para la continuación del procedimiento penal. Así será posible que no se vulneren sus derechos fundamentales del debido proceso penal.<sup>33</sup>

Nadie discute que esta medida precautoria afecta derechos de libertad del enjuiciado; sin embargo, es una medida necesaria que el Estado tiene para obtener mayores datos de investigación. Luego, el arraigo debe ser regulado y limitado en cada caso en particular, y la justificación de su aplicación lo es la carpeta de investigación. Ciertamente, el arraigo está contenido en la Carta Fundamental como una restricción que debe ser respetada por los órganos del Estado, pero la decisión de su aplicación está dada a un juzgador quien tendrá que ponderar si realmente se requiere la autorización de esa medida, o bien, elegir dentro del catálogo de medidas precautorias, una distinta que tenga los mismos efectos. De esta manera, las limitaciones a sus derechos serán de mínima afectación.

<sup>31</sup> Véase la tesis con el rubro: “Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal”, publicada en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, Noviembre de 1999, Materia(s): Penal, página: 55, así como los registros 176029 y 176030, con las siguientes voces “Arraigo penal. El artículo 122 bis del código de procedimientos penales del estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” y “Arraigo penal. El artículo 122 bis del código de procedimientos penales del estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución federal”, respectivamente.

<sup>32</sup> “Artículo 155. Tipos de medidas cautelares. A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: [...] XII. La colocación de localizadores electrónicos; [...]”.

<sup>33</sup> Conclusión que fue presentada por Leguízamo Ferrer, María Elena en el trabajo presentado “El arraigo en el sistema procesal acusatorio”. Congreso Nacional de Desafíos del Juez Mexicano. El Nuevo Juicio de Amparo y el Control de Convencionalidad, 9 y 10 de octubre de 2014, SCJN-CJF, México.

#### 4. *El derecho de la dignidad humana*

La protección de derechos fundamentales, como la dignidad humana, ha sido reconocida como una condición *sine qua non*, pues ésta es la base de los demás derechos fundamentales, porque en todo ser humano se encuentra ínsita la dignidad humana, la cual debe ser respetada ya por su condición étnica, de raza, de sexo o de religión, o ya por sus circunstancias personales o sociales; de tal manera que, la dignidad humana se constituye como un derecho fundamental absoluto.<sup>34</sup> Así, los gobernados tienen derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil, etcétera; derechos que, aun y cuando son personalísimos, son derivados del derecho fundamental de la dignidad humana y por ello deben ser protegidos.

En materia penal, conforme a los nuevos razonamientos de la teoría del acto y del autor, también la SCJN ha puntualizado el derecho fundamental de la dignidad humana como paradigma de protección de la autonomía de la persona, rechazando el modelo autoritario del Estado punitivo, pues ahora, por la dignidad humana, se sanciona al autor del delito no “por lo que es” sino “por lo que hace”, es decir, se sanciona la comisión de conductas y no la personalidad de quien interviene.<sup>35</sup>

De aquí se han derivado otros beneficios que han logrado los sentenciados para contar con una sentencia penal acorde con el principio de acto, al no estimar la autoridad sancionadora penal en la individualización de la pena y en particular en la graduación de la culpabilidad, temas como los antecedentes penales,<sup>36</sup> el estudio de personalidad,<sup>37</sup> entre otros, que inciden

<sup>34</sup> Tesis aislada del Pleno de la SCJN con el rubro “Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales”, registro 165813 del IUS 2014.

<sup>35</sup> Sobre el particular, véase el registro 2005918 del IUS 2014, jurisprudencia de la Primera Sala de la SCJN que dice: “Derecho penal de acto. razones por las cuales la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo)”.

<sup>36</sup> Se puede apreciar en el registro 160320 del IUS 2014, tesis de jurisprudencia 110/2011, con el rubro “Culpabilidad. Para determinar su grado no deben tomarse en cuenta los antecedentes penales del procesado”.

<sup>37</sup> Véase jurisprudencia 1a./J. 20/2014 (10a.), de título y subtítulo: “Individualización de la pena tratándose de delito no culposo. El juzgador no debe tomar en consideración los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del inculcado (legislación del Distrito Federal) [interrupción de la jurisprudencia 1a./J. 175/2007].”, emitida por la Primera Sala de la SCJN, , publicada el viernes 14 de marzo de 2014, a las 9:53 horas en el Semanario

en el tema de las cualidades intrínsecas del sentenciado y no por el hecho que se le sanciona.

Luego, se puede advertir que la dignidad humana no es una simple declaración ética o moral,<sup>38</sup> sino se trata de un derecho fundamental que requiere de una amplia protección jurídica, pues todos los individuos, *per se*, tienen derechos inalienables que deben ser respetados y reconocidos por el Estado para lograr una convivencia dentro de una sociedad plural. De esta manera, la persona física, así como la persona moral o jurídica, representada por particulares, tendrán las oportunidades de hacer valer sus derechos y, en su caso, cuando la dignidad humana sea vulnerada, será a través del juicio de amparo, como garantía efectiva, que harán valer la violación y restitución de sus derechos.

##### 5. *El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas*

Referente a este tema, la Primera Sala de la SCJ se pronunció en el año de 2012, al resolver una contradicción de tesis entre los tribunales colegiados de Chihuahua y Morelos, en el sentido de que los datos almacenados en un teléfono, ya sea en forma de texto, audio, imagen o video, no pueden ser utilizados por el Ministerio Público sin la autorización de una autoridad judicial, porque se violaría el derecho humano de las comunicaciones privadas que gozan todos los gobernados.<sup>39</sup> Paralelamente a esta decisión, a mediados de enero de 2014, el pleno de la SCJN analizó una acción de inconstitucionalidad planteada por el Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en la que solicita la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 133 Quáter del Código Federal de Procedimientos Penales,<sup>40</sup> artículo 16, fracción

Judicial de la Federación y en la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 4, Tomo I, marzo de 2014, página 376.

<sup>38</sup> Así lo ha emitido la Primera Sala de la SCJN en el criterio aislado con el registro 2007731 bajo el rubro “Dignidad humana. Constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética”.

<sup>39</sup> Véase la tesis con el rubro “Derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas. Su ámbito de protección se extiende a los datos almacenados en el teléfono móvil asegurado a una persona detenida y sujeta a investigación por la posible comisión de un delito”, con el registro 2002741.

<sup>40</sup> Artículo 133 Quáter. “Tratándose de investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas, el Procurador General de la República o los servidores públicos en quienes delegue la facultad, solicitarán por simple oficio o medios electrónicos a los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea, que se encuentren relacionados. De todas las solicitudes, la autoridad

I, Apartado A<sup>41</sup> y artículo 40 bis<sup>42</sup> de la Ley Federal de Telecomunicaciones, en razón de que se autoriza al Ministerio Público rastrear teléfonos celulares en tiempo real para investigar posibles conductas delictivas de secuestro, amenazas, extorsión, contra la salud y delincuencia organizada, sin autorización judicial. Al respecto, se determinó que la geolocalización es un acto de molestia, pero que existe interés público en salvaguardar a la víctima aunque pudiese violar el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.<sup>43</sup> De esta manera, con la declaratoria favorable de la SCJN, se faculta al Ministerio Público que intervenga comunicaciones privadas cuando lo estime pertinente en investigaciones sobre tales conductas ilícitas.

En cuanto al CNPP, en el capítulo correspondiente a los *actos de investigación*, entre otros, los particulares podrán aportar voluntariamente a la investigación o al proceso penal las comunicaciones entre particulares, las que deberán estar vinculadas con el delito que se investiga “a. 276”; pero, cuando el Ministerio Público considere necesaria la intervención de comunicaciones privadas, se requerirá la autorización judicial para practicarla “a. 291”. Y respecto de la geolocalización de equipos de comunicación,

dejará constancia en autos y las mantendrá en sigilo. En ningún caso podrá desatenderse la solicitud y toda omisión imputable al concesionario o permisionarios, será sancionada en términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal. Se castigará a la autoridad investigadora que utilice los datos e información obtenidos como resultado de localización geográfica de equipos de comunicación móvil para fines distintos a los señalados en este artículo, en términos de lo establecido en la fracción IV del artículo 214 del Código Penal Federal”.

<sup>41</sup> Artículo 16. “Para llevar a cabo el procedimiento de licitación pública a que se refiere el artículo 14 de esta Ley, la Secretaría publicará en el *Diario Oficial de la Federación* y en un periódico de la entidad o entidades federativas cuya zona geográfica sea cubierta por las bandas de frecuencia objeto de concesión, convocatoria para que cualquier interesado obtenga las bases correspondientes. Las bases de licitación pública incluirán como mínimo: I. Los requisitos que deberán cumplir los interesados para participar en la licitación, entre los que se incluirán: A. Los programas y compromisos de inversión, de cobertura y calidad de los servicios que se pretenden prestar;...”.

<sup>42</sup> Artículo 40 Bis. “Los concesionarios o permisionarios del servicio de telecomunicaciones, están obligados a colaborar con las autoridades en la localización geográfica, en tiempo real, de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con investigaciones en materia de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, extorsión o amenazas a solicitud del Procurador General de la República, de los procuradores de las entidades federativas o de los servidores públicos en quienes deleguen esta facultad, de conformidad con las leyes correspondientes. Cualquier omisión o desacato a estas disposiciones será sancionada por la autoridad, en los términos de lo previsto por el artículo 178 Bis del Código Penal Federal”.

<sup>43</sup> Véanse, las publicaciones en *Excelsior*, Yuriria Sierra, p. 17; *Reforma*, Víctor Fuentes, p. 11, ambas del 15 de enero de 2014; *La Jornada*, Jesús Aranda, p. 10; *El Financiero*, Fernando Ramírez de Aguilar, p. 24, todos del 17 de enero de 2014.

también el artículo 303 se ajusta a los lineamientos de la solicitud que tiene que hacer el Ministerio Público a los concesionarios o permisionarios o comercializadoras del servicio de telecomunicaciones o comunicación vía satélite, para la localización geográfica en tiempo real de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentren relacionados con los hechos que se investigan, bajo su más estricta responsabilidad, sin requerir autorización judicial. Pero, además, conservará la información hasta por un tiempo máximo de 90 días. De esta forma se trata de evitar alguna violación de derechos humanos que pudiere trascender en la esfera jurídica del investigado y que, en su caso, se repararía a través del juicio de amparo.

#### 6. *El derecho a la inviolabilidad del domicilio en cateos*

Tanto en la legislación procesal penal vigente como en el CNPP, las diligencias de cateos practicadas por la policía y el Ministerio Público tienen que contar con una autorización judicial, y en el caso del sistema acusatorio y oral será la del Juez de control. En este sentido el CNPP en sus artículos 252, 282, 286 precisan de ese control judicial.

Como toda regla general, también existen sus excepciones. Así el artículo 290 del CNPP prevé lo siguiente:

##### Artículo 290. Ingreso de una autoridad a lugar sin autorización judicial

Estará justificado el ingreso a un lugar cerrado sin orden judicial cuando:

I. Sea necesario para repeler una agresión real, actual o inminente y sin derecho que ponga en riesgo la vida, la integridad o la libertad personal de una o más personas, o

II. Se realiza con consentimiento de quien se encuentre facultado para otorgarlo.

En los casos de la fracción II, la autoridad que practique el ingreso deberá informarlo dentro de los cinco días siguientes, ante el Órgano jurisdiccional. A dicha audiencia deberá asistir la persona que otorgó su consentimiento a efectos de ratificarla.

Los motivos que determinaron la inspección sin orden judicial constarán detalladamente en el acta que al efecto se levante.

En efecto, el tema sobre el consentimiento que debe darlo por ser el propietario, el poseedor, o el representante, entre otros, para que se pueda realizar el cateo, ha sido cuestionado por la SCJN la que emitió el siguiente criterio “Inviolabilidad del domicilio. La autorización del habitante, a efec-

to de permitir la entrada y registro al domicilio por parte de la autoridad, no permite la realización de cateos disfrazados”,<sup>44</sup> en el que hace énfasis en lo siguiente:

La autorización del habitante, como excepción a la inviolabilidad del domicilio, sólo podrá entrar en acción en aquellos supuestos que no se correspondan a los de la necesaria existencia de una orden judicial o de la comisión de un delito en flagrancia, como por ejemplo, en los casos en los que la policía responde a un llamado de auxilio de un particular.

Es decir, la simple aceptación del habitante del inmueble cateado no puede tomarse como una diligencia formal si no ha existido una necesidad de la presencia de los agentes investigadores por una situación de emergencia. De esta manera, dice el órgano supremo estatal, estaremos frente a una prueba obtenida ilícitamente que puede tener efectos corruptores dentro del procedimiento penal.

Ahora bien, si las autoridades investigadoras no se ciñen a las formalidades esenciales del cateo, de contar con una autorización judicial, y lo realizan simplemente como una actuación de investigación lisa y llana, la persona que se encuentra en posesión del inmueble está legitimada para hacer valer tal violación ante las autoridades jurisdiccionales; pero si en el inmueble cateado se localiza algún elemento que pueda incriminar a un tercero, este último también está legitimado para defender su derecho a la protección de su domicilio. Sobre este tema está el criterio emitido por la Primera Sala de la SCJN con el rubro “Inviolabilidad del domicilio. Terceros distintos al habitante del domicilio se encuentran legitimados para hacer valer en juicio una violación a dicho derecho”.<sup>45</sup>

### 7. *El derecho de acceso a la justicia*

Sobre este tema, el máximo tribunal federal ha sostenido que si en las leyes están previstas las garantías de autonomía e independencia de los órganos jurisdiccionales, el gobernado tendrá acceso a una verdadera justicia.<sup>46</sup> De esta manera, los jueces de control y de sentencia, así como la autoridad investigadora, gozan de autonomía e independencia para dictar sus

<sup>44</sup> Registro 2000820 del IUS 2014.

<sup>45</sup> Localizable en el registro 2000990 del IUS 2014.

<sup>46</sup> Véase *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, con el registro 2001845, IUS 2014, y el rubro: “Autonomía e independencia judicial. El legislador debe establecerlas y garantizarlas en la ley”.

resoluciones, conforme a las atribuciones que les corresponden y de los poderes a que pertenecen.

En este sentido, el procedimiento penal acusatorio tiene etapas procesales definidas, como son la de investigación, la etapa intermedia o de preparación del juicio y la etapa del juicio (art. 211 CNPP). Durante estas etapas, las partes podrán hacer valer la tutela judicial para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales y plantear sus pretensiones y derecho de defensa, en las que se observarán ciertas formalidades. Con ello se les respeta su derecho humano de acceso a la justicia.<sup>47</sup>

De la misma manera, el contar con un recurso efectivo, sencillo y rápido, es consecuencia de la validación del derecho humano de acceso a la tutela judicial, sin que ello implique que el juzgador deje de analizar los requisitos formales o legales que se establecen en el caso en concreto.<sup>48</sup> En el CNPP se establecen los recursos “apelación, queja y revocación” que constituyen la puerta de acceso frente actos arbitrarios e ilegales que tienen las partes para acceder a una correcta justicia.

### 8. *El derecho de acceso a la información en la investigación*

Todas aquellas personas que se encuentran sujetas a investigación, cuentan con un derecho mínimo que es el de tener acceso a los datos de su investigación, es decir, conocer quien lo acusa, de qué lo acusa y demás información necesaria para su defensa. Pero, en el sistema penal escrito, y fundamentalmente en materia federal, el artículo 16 del Código Federal de Procedimientos Penales fue recientemente declarado inconstitucional por la Primera Sala de la SCJ (febrero 2013), en razón de considerar que viola el derecho de acceso a la información en la fase inicial de investigación. En efecto, si bien dicha disposición precisa los sujetos que tendrán acceso a la averiguación previa y que son las partes intervinientes en esta fase, que en el caso de la documentación y de los objetos contenidos son estrictamente reservados, y en cuanto a la solicitud de información pública gubernamental, el precepto establece que únicamente se proporcionará una versión pública

<sup>47</sup> Véase la tesis con la voz “Derecho de acceso a la justicia. Sus etapas” bajo el registro número 2003018 del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*. IUS 2014.

<sup>48</sup> Sobre el tema está el criterio sustentado por la Primera Sala de la SCJN que dice: “Derecho fundamental a un recurso judicial efectivo. El hecho de que en el orden jurídico interno se prevean requisitos formales o presupuestos necesarios para que las autoridades de amparo analicen el fondo de los argumentos propuestos por las partes, no constituye, en sí mismo, una violación de aquél”, registro 2005917 del IUS 2014.

de la resolución de no ejercicio de la acción penal, a condición de que haya transcurrido un plazo igual al de la prescripción de los delitos de que se trate, sin que pueda ser menor de tres años ni mayor de doce años, contados a partir de que dicha resolución haya quedado firme y, finalmente, respecto de que una vez el Ministerio Público haya ejercido acción penal, no podrá proporcionar información a quien no esté legitimado. Además, dicho precepto no determinaba qué información sí estaba reservada y cuál es la que podría proporcionarse, porque si en aquella su divulgación ponía en riesgo o causaba un perjuicio mayor que los beneficios que podrían lograrse con la difusión de la información, luego sería negada. Entonces, la SCJN estableció que debía existir una ponderación del tipo de información requerida para tener acceso a ella.<sup>49</sup>

En cambio, y con relación al nuevo sistema procesal penal oral, el CNPP en el Título III, Capítulo I, que versa sobre las disposiciones generales de la fase de investigación, establece que se proporcionarán todos los datos que requiera el imputado y su defensor, la víctima u ofendido, para el esclarecimiento de los hechos. En cuanto a la reserva de información, este Código Nacional prevé que todos los registros —como documentos— conservarán el estatus de reserva hasta que haya un detenido o comparezca un imputado. Pero en casos excepcionales, el Ministerio Público puede solicitar al Juez de control lo siguiente:

...que determinada información se mantenga bajo reserva aún después de la vinculación a proceso, cuando sea necesario para evitar la destrucción, alteración u ocultamiento de pruebas, la intimidación, amenaza o influencia a los testigos del hecho, para asegurar el éxito de la investigación, o para garantizar la protección de personas o bienes jurídicos.

Si el Juez de control considera procedente la solicitud, así lo resolverá y determinará el plazo de la reserva, siempre que la información que se solicita sea reservada, sea oportunamente revelada para no afectar el derecho de defensa. La reserva podrá ser prorrogada cuando sea estrictamente necesario, pero no podrá prolongarse hasta después de la formulación de la acusación.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Véase la tesis “Acceso a la averiguación previa. El artículo 16, párrafos segundo, tercero y sexto, del Código Federal de Procedimientos Penales, transgrede el derecho humano de acceso a la información”, con el registro 2003906 del IUS 2014, así como la tesis “Averiguación previa. La restricción a su acceso prevista en el artículo 16, párrafos segundo, tercero y sexto, del Código Federal de Procedimientos Penales, es desproporcional”, registro 2003923.

<sup>50</sup> Véase el artículo 220. *Excepciones para el acceso a la información*, del CNPP.

En otro sentido, la Primera Sala de la SCJN<sup>51</sup> ha sostenido que la regla de acceso al derecho a la información en las averiguaciones previas también tiene sus excepciones, cuando se trata de delitos de lesa humanidad y en hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos. Sobre el particular, afirma la Sala, este tipo de información se mantiene en reserva porque podría afectar la propia procuración y administración de justicia. No obstante ello, se puede advertir una excepción a la excepción, cuando el interés público se ve superado por el interés de la sociedad en su conjunto para conocer las diligencias que se están realizando en la investigación como en las sanciones que en su caso se llegaran a imponer a los responsables.

## V. A MANERA DE CONCLUSIONES

Con motivo de las últimas reformas constitucionales y legales en materia de procuración y administración de justicia, se ha diseñado un nuevo sistema de justicia penal cuya pretensión fundamental es lograr mayor accesibilidad a la justicia sin violaciones inminentes de derechos humanos. Ello no significa que con la aparición del sistema procesal penal acusatorio, los problemas de inseguridad pública de la sociedad se solucionen de manera automática o que los procesos penales deficientes logren erradicarse. En realidad, el sistema penal acusatorio pretende ser una herramienta facilitadora de juicios penales garantistas y que den seguridad jurídica a quienes se les sujeta a proceso, encaminados a lograr una justicia pronta y expedita; asimismo, que los imputados que estén siendo procesados, se les sujete fuera de la prisión preventiva, salvo casos excepcionales; de tal manera que, las cárceles, que de por sí están sobrepobladas, sólo la pueblen aquéllos que la merezcan y, de esta forma, se despresurice el sistema penitenciario, pues el imputado goza de un estado de inocencia hasta en tanto no se determine su culpabilidad en un proceso penal oral, transparente, apoyado de principios garantizadores de sus derechos constitucionales.

En el CNPP se ha diseñado un juicio penal acusatorio y oral, con jueces distintos de acuerdo con el momento procesal de que se trate; con actuaciones procesales ajustadas a los preceptos constitucionales que rigen en

<sup>51</sup> Tesis de la Primera Sala de la SCJN, con el número de registro 2000212, con la voz “Derecho a la información. Acceso a las averiguaciones previas que investiguen hechos que constituyan graves violaciones a derechos humanos o delitos de lesa humanidad”. Define que *el derecho de acceso a la información es la base para que los gobernados ejerzan un control respecto del funcionamiento institucional de los poderes públicos, por lo cual se perfila como un límite a la exclusividad estatal en el manejo de la información y, por ende, como una exigencia social de todo Estado de Derecho.*

materia penal; también, con recursos y medios de defensa ante cualquier situación de vulneración de los derechos humanos de las partes en el proceso y, en este caso, el juicio de amparo como mecanismo reparador de tales derechos humanos.

Por otra parte, los operadores jurídicos del sistema penal ajustarán sus actuaciones conforme a los criterios expuestos por la SCJN y sobre todo aquellas autoridades encargadas de la procuración de justicia a quienes les corresponden observar los criterios constitucionales en la investigación del hecho delictivo, ya que son las que mayormente incurrir en desacatos. Por ello, se estima que el análisis que se hace de los criterios judiciales son los que deben prevalecer en cualquier sistema procesal penal.



## ALGUNAS INCONSISTENCIAS Y ERRORES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Ricardo OJEDA BOHÓRQUEZ\*

El Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, que entró en vigor en el fuero federal el 24 de noviembre del mismo año en los Estados de Durango y Puebla, y que seguirá entrando en vigor en los demás Estados de la República de manera gradual, sin que pueda exceder de 18 de junio de 2016, constituye la consolidación de las acciones llevadas a cabo para implementar de manera integral la reforma constitucional en materia penal, de 18 de junio de 2008.

Un código esperado por muchos, pero que a mi juicio, no cumple con todas las expectativas hechas en su entorno, pues denota inconsistencias y errores en su articulado, que van desde tipográficos y de redacción, hasta de conceptos, lo que llevaba a suponer una elaboración apresurada por parte del poder constituyente, sin reflexión alguna, y el que seguramente será objeto de múltiples reformas para que pueda operar con eficacia en los tribunales de la República Mexicana.

Es por ello, que en este documento me doy a la tarea de resaltar algunas de esas inconsistencias y errores advertidos en el citado ordenamiento, que a mi juicio, son de suma importancia y trascendencia, ya que a partir de estas nuevas normas, los individuos que cometan algún delito serán juzgados y sentenciados, y en vista de esos resultados, fundamentalmente, se podrá afirmar que el nuevo sistema de justicia penal acusatorio y oral, resultó o no eficaz en México.

Así pues, inicio comentando algunos de los preceptos del Código Nacional de Procedimientos Penales; por ejemplo el artículo 3o.,<sup>1</sup> que establece

\* Magistrado Presidente del Pleno de Circuito en Materia Penal en el Primer Circuito. Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la UNAM y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

<sup>1</sup> “Artículo 3o. Glosario. Para los efectos de este Código, según corresponda, se entenderá por: I. Asesor jurídico: Los asesores jurídicos de las víctimas, federales y de las Entidades federativas...”

un glosario de diferentes conceptos, y define al asesor jurídico como: “Los asesores jurídicos de las víctimas federales y de las entidades federativas”.

La primera observación que hago a este precepto es que lo definido no debe formar parte de la definición, y aquí el concepto a definir se refiere al “asesor jurídico”, definiéndolo también como “el asesor jurídico”.

La segunda, es que en la definición se refiere sólo a las “víctimas”, cuando debió incluirse a los ofendidos; lo que es de suma trascendencia, puesto que, por ejemplo, en el caso del delito de homicidio, los occisos son víctimas, quienes por obvias razones no podrán ser asesorados; entonces, ello recae en los conyugues o en los familiares, quienes ostenta el carácter de ofendidos, pero no de víctimas.

La tercera observación radica en que, si ya se tiene un código único, no tiene razón de ser la clasificación entre víctimas federales y víctimas de las entidades federativas; además, por naturaleza, víctima sólo hay una, conforme al concepto tradicional. Víctima es quien recibe directamente el daño causado por la conducta delictiva; en tanto, el ofendido lo recibe de manera indirecta, como lo es el caso de los familiares en el delito de homicidio. No se pasa por alto que el Código Nacional establece el concepto de víctima directa e indirecta, conforme a la forma en que se causa el daño o el perjuicio, directa o indirectamente; sin embargo, al definir al asesor jurídico debe en todo caso especificarse.

Por otro lado, el artículo 141,<sup>2</sup> establece que cuando se ha cometido un hecho que la ley señale como delito, y el Ministerio Público anuncie que

<sup>2</sup> “Artículo 141. Citatorio, orden de comparecencia y aprehensión

Cuando se haya presentado denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, el Ministerio Público anuncie que obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el Juez de control, a solicitud del Ministerio Público, podrá ordenar:

I. Citatorio al imputado para la audiencia inicial;

II. Orden de comparecencia, a través de la fuerza pública, en contra del imputado que habiendo sido citado previamente a una audiencia no haya comparecido, sin justificación alguna, y

III. Orden de aprehensión en contra de una persona cuando el Ministerio Público advierta que existe la necesidad de cautela.

En la clasificación jurídica que realice el Ministerio Público se especificará el tipo penal que se atribuye, el grado de ejecución del hecho, la forma de intervención y la naturaleza dolosa o culposa de la conducta, sin perjuicio de que con posterioridad proceda la reclasificación correspondiente.

También podrá ordenarse la aprehensión de una persona cuando resista o evada la orden de comparecencia judicial y el delito que se le impute merezca pena privativa de la libertad.

La autoridad judicial declarará sustraído a la acción de la justicia al imputado que, sin causa justificada, no comparezca a una citación judicial, se fugue del establecimiento o lugar

obran en la carpeta de investigación datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y exista la probabilidad de que el imputado lo haya cometido o participado en su comisión, el juez de control a solicitud de dicho representante social, podrá solicitar una orden de aprehensión en contra de una persona, cuando el órgano técnico advierta que existe la necesidad de cautela.

Pareciera que dicho numeral sólo requiere que se actualice dicha figura (cautela) para librar el mandato de captura, olvidándose de los demás requisitos que señala el artículo 16 de la Constitución Federal, mandamiento escrito emitido por autoridad competente, autoridad judicial, la existencia de la denuncia o querrela, de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y que obren datos que acrediten se cometió el hecho y la probable responsabilidad del indiciado. La cautela, incluso, no se encuentra contemplada en el referido arábigo 16 constitucional; y en todo caso, cuando se promueva un juicio de amparo en contra de la orden de aprehensión, los jueces de distrito tendrán que analizar dicha situación es decir, la cautela, e inclinarse por lo que resulte ser más garantista.

Es claro que al querer introducir a nuestro país el nuevo modelo de procedimiento penal acusatorio y oral en la reforma constitucional de dos mil ocho, se hizo sin observar que los artículos 16 y 19 constitucionales, contienen derechos fundamentales que no concuerdan con este modelo acusatorio, pues el primero de los preceptos, aún contempla el mandamiento escrito, la fundamentación y motivación y la orden de aprehensión tal igual existía con el modelo escrito que ya teníamos, en tanto el segundo, establece un plazo de setenta y dos horas, para el dictado del auto de vinculación a proceso, antes auto de formal prisión. Por ello muchos preceptos del Código Nacional de Procesos Penales, no están acordes con la constitución.

El artículo 316,<sup>3</sup> hace mención a los requisitos que se deben satisfacer para dictar el auto de vinculación a proceso, mismos que se identifican con

donde esté detenido o se ausente de su domicilio sin aviso, teniendo la obligación de darlo. En cualquier caso, la declaración dará lugar a la emisión de una orden de aprehensión en contra del imputado que se haya sustraído de la acción de la justicia.

El Juez podrá dictar orden de reaprehensión en caso de que el Ministerio Público lo solicite para detener a un imputado cuya extradición a otro país hubiera dado lugar a la suspensión de un procedimiento penal, cuando en el Estado requirente el procedimiento para el cual fue extraditado haya concluido.

El Ministerio Público podrá solicitar una orden de aprehensión en el caso de que se incumpla una medida cautelar, en los términos del artículo 174, y el Juez de control la podrá dictar en el caso de que lo estime estrictamente necesario.”

<sup>3</sup> “Artículo 316. Requisitos para dictar el auto de vinculación a proceso

El Juez de control, a petición del agente del Ministerio Público, dictará el auto de vinculación del imputado a proceso, siempre que:

algunos de los que se señala en el artículo 19 constitucional; sin embargo, es omiso en referir las circunstancias de lugar, tiempo y ejecución, que de acuerdo con el citado numeral constitucional, debe satisfacer. En cambio, el artículo 317,<sup>4</sup> que refiere el contenido del auto de vinculación a proceso, éste sí las incluye al indicar: “*el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa*”; se trata pues de dos preceptos para establecer los requisitos del auto de vinculación a proceso, lo que resultaba innecesario.

Lo que me lleva a cuestionar, ¿cómo es que el legislador tuvo la capacidad para copiar de otros lados, en otros tiempos, códigos completos del extranjero e implementarlos en México; y cómo no fue capaz de “copiar” un párrafo de los artículos 19 y 16 de la Constitución federal, para colocarlo en el Código Nacional y así no correr el riesgo que la norma resulte inconstitucional?

El artículo 211,<sup>5</sup> menciona que el proceso comienza con la formulación de imputación; mientras que el numeral 170<sup>6</sup> de la nueva Ley de Amparo

I. Se haya formulado la imputación;

II. Se haya otorgado al imputado la oportunidad para declarar;

III. De los antecedentes de la investigación expuestos por el Ministerio Público, se desprendan datos de prueba que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y que exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entenderá que obran datos que establecen que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito cuando existan indicios razonables que así permitan suponerlo, y

IV. Que no se actualice una causa de extinción de la acción penal o excluyente del delito.

El auto de vinculación a proceso deberá dictarse por el hecho o hechos que fueron motivo de la imputación, el Juez de control podrá otorgarles una clasificación jurídica distinta a la asignada por el Ministerio Público misma que deberá hacerse saber al imputado para los efectos de su defensa.

El proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un hecho delictivo distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente.

<sup>4</sup> Artículo 317. Contenido del auto de vinculación a proceso

El auto de vinculación a proceso deberá contener:

I. Los datos personales del imputado;

II. Los fundamentos y motivos por los cuales se estiman satisfechos los requisitos mencionados en el artículo anterior, y

III. El lugar, tiempo y circunstancias de ejecución del hecho que se imputa.”

<sup>5</sup> “Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e

indica que el proceso empieza con el auto de vinculación a proceso. Se trata de dos normas discrepantes en cuanto al momento en que inicia el proceso penal federal; por lo que cabe cuestionar. ¿Qué norma vamos a respetar, como juzgadores o cómo autoridades, el Código Nacional o a la Ley de Amparo?

b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

*El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme”.*

<sup>6</sup> “Artículo 170. El juicio de amparo directo procede:

I. Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.

Se entenderá por sentencias definitivas o laudos, los que decidan el juicio en lo principal; por resoluciones que pongan fin al juicio, las que sin decidirlo en lo principal lo den por concluido. En materia penal, las sentencias absolutorias y los autos que se refieran a la libertad del imputado podrán ser impugnadas por la víctima u ofendido del delito en los casos establecidos por el artículo 173 de esta Ley.

Para la procedencia del juicio deberán agotarse previamente los recursos ordinarios que se establezcan en la ley de la materia, por virtud de los cuales aquellas sentencias definitivas o laudos y resoluciones puedan ser modificados o revocados, salvo el caso en que la ley permita la renuncia de los recursos.

Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, sólo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva.

Para efectos de esta Ley, *el juicio se inicia* con la presentación de la demanda y, *en materia penal, con el auto de vinculación a proceso* ante el órgano jurisdiccional;

II. Contra sentencias definitivas y resoluciones que pongan fin al juicio dictadas por tribunales de lo contencioso administrativo cuando éstas sean favorables al quejoso, para el único efecto de hacer valer conceptos de violación en contra de las normas generales aplicadas.

En estos casos, el juicio se tramitará únicamente si la autoridad interpone y se admite el recurso de revisión en materia contencioso administrativa previsto por el artículo 104 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El tribunal colegiado de circuito resolverá primero lo relativo al recurso de revisión contencioso administrativa, y únicamente en el caso de que éste sea considerado procedente y fundado, se avocará al estudio de las cuestiones de constitucionalidad planteadas en el juicio de amparo”.

Con el fin de entender mejor esta discrepancia entre estas normas, es preciso establecer previamente qué se entiende por “juicio penal”.

Algunos autores consideran que “juicio” es la operación mental que realiza el juez para conocer previamente el asunto que va a fallar en cuanto al fondo, y que ha sido objeto del proceso. Tiene el mismo significado que el juicio lógico.

Existe otro grupo que opinan que el “juicio penal” es sinónimo de proceso penal, entendido éste como el conjunto de actos jurídicos relacionados entre sí que se realizan ante o por un órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un litigio, es decir, conjunto de todos los actos realizados en presencia de un juez, hasta el dictado de la sentencia.

Finalmente, hay quienes sostienen que el “juicio penal” es aquél que comienza a partir del dictado del auto de vinculación a proceso y concluye con el dictado de la sentencia ejecutoriada de segunda instancia. Lo anterior en su concepto, con base en lo dispuesto por el artículo 19, párrafo primero, de la Constitución Federal.<sup>7</sup>

Aquéllos que sostienen esta última postura, es claro que dejan fuera del “juicio penal” la etapa denominada de “investigación en su fase inicial”, concretamente, cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, es decir, se apartan de lo que antes se conocía como “pre instrucción”, desarrollada ante la autoridad judicial con la concurrencia de las partes.

Al referirnos a la pre-instrucción, algunos autores como J. Zamora Pierce, la denomina como “mini proceso” y al procedimiento judicial que comienza con el dictado del auto de plazo constitucional, “proceso propiamente dicho”; distinguiendo uno del otro, en que el primero da origen a una detención preventiva, en tanto el segundo, a una prisión preventiva.

En esa tesitura, Marco Antonio Díaz de León, al referirse a la “pre-instrucción”, señala que el proceso penal empieza y surte sus efectos a partir de este procedimiento (pre-instrucción), el que, a su vez, únicamente puede iniciarse con la consignación con detenido.

A mi juicio, no es conveniente considerar al “juicio penal” como sinónimo de proceso *per se*, porque el artículo 211, fracción III, del Código Na-

<sup>7</sup> “Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión...”.

cional de Procedimientos Penales,<sup>8</sup> es claro en establecer que éste es *una de las etapas del procedimiento penal*, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento. De tal manera que el legislador federal al redactar la Ley de Amparo, fue equívoco en llamarle “juicio”, al procedimiento penal, porque la propia ley procesal de la materia, aunque fue publicada posteriormente, de manera clara distingue que debe entenderse como tal.

Por otra parte, y hablando del procedimiento penal propiamente dicho, a juicio del suscrito y siguiendo la corriente de quienes consideran que el juicio penal inicia con la “pre-instrucción”, estimo que éste debe comenzar desde la *etapa de investigación en su fase inicial*, concretamente, cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, pues es en este momento procesal cuando el órgano jurisdiccional le informarán sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación a cargo del representante social, se le da la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares, y se definirá el plazo para el cierre de la investigación; en tanto, en la consignaciones sin detenido, el juicio penal comenzará a una vez que el imputado esté presente en la audiencia inicial, por haberse ordenado su comparecencia o por haberse ejecutado en su contra una orden de aprehensión y se encuentre a disposición del juez de la causa, es decir, bajo los efectos de la audiencia inicial del juicio.

Por ello, considero debe modificarse el artículo 170, párrafo quinto, de la Ley de Amparo, en principio, para ajustar el término de “juicio” a “proceso”, como lo prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales; además, corregir cuando inicia éste, el que considero debe ser desde la etapa de investigación en su fase inicial, concretamente, cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación.

La consecuencia será que se estudien en el amparo como actos dentro de juicio a saber: el control de la legalidad de la detención, la declaración que formule el imputado, con estricto apego a sus derechos fundamentales, los acuerdos tomados en relación con las medidas cautelares, y el plazo fijado para el cierre de la investigación complementaria, entre otros.

<sup>8</sup> “Artículo 211. Etapas del procedimiento penal.

[...].

III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento...”.

Por lo que se propone que el artículo 170, párrafo quinto, de la Ley de Amparo, quede de la manera siguiente:

Para efectos de esta Ley, el juicio se inicia con la presentación de la demanda y, en materia penal, cuando el imputado quede a disposición del juez para que se le formule imputación;  
[...].

Por otro parte, el artículo 167,<sup>9</sup> sin técnica legislativa alguna, establece dos catálogos de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa; el prime-

<sup>9</sup> “Artículo 167. Causas de procedencia

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al Juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario 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, siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código.

En el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, deberá analizarse si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva.

El Juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

La ley en materia de delincuencia organizada establecerá los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa.

Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. 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

ro, apoyado exactamente en lo que dispone el párrafo segundo del arábigo 19 constitucional,<sup>10</sup> y otro, basado en el Código Penal Federal; cuando debió ser sólo un catálogo, dado que los delitos que se describen con apoyo en la ley sustantiva representan aquéllos que, constitucionalmente, son considerados delitos graves contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Además, cuando se habla de prisión preventiva oficiosa significa que, en ningún caso y por ningún motivo podrá ser sustituida por otra medida cautelar; sin embargo, el legislador contradice este concepto e impone la obligación al juzgador de abstenerse de acordar prisión preventiva oficiosa, cuando lo solicite el Ministerio Público, por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad, previa autorización del Procurador que corresponda. Lo que resulta a todas luces ilógico, pues si una persona es detenida en prisión preventiva, es claro que se garantiza su comparecencia dentro del procedimiento, ya que será

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 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis;

X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.

El juez no impondrá la prisión preventiva oficiosa y la sustituirá por otra medida cautelar, únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público por no resultar proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad. Dicha solicitud deberá contar con la autorización del titular de la Procuraduría o el funcionario que en él delegue esa facultad”.

<sup>10</sup> “Artículo 19.

[...].

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

[...].”

la autoridad que administra el centro de reclusión, la encargada de presentarla el día y hora que se requiera, además, se garantiza la protección a la víctima y a los testigos, ya que no podrán ser amedrentarlos para que dejen de comparecer.

Otra incongruencia, es que al hablar del caso urgente, el artículo 150<sup>11</sup> establece otra clasificación de delitos graves, pero para los efectos del caso urgente, es decir, que para los efectos de una detención por parte del Ministerio Público en caso urgente. ¿Qué caso tiene que el código tenga tantos catálogos distintos de delitos graves? El artículo 19 constitucional establece con precisión, cuáles son los delitos graves oficiosos y a eso se debió sujetar el legislador y no establecer otro catálogo más, que no coinciden con el establecido en la Constitución.

Llama la atención que en el artículo 459<sup>12</sup> que habla de los recursos, no aparezca el de queja, el cual se encuentra incorrectamente en otro capítulo.

<sup>11</sup> “Artículo 150. Supuesto de 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. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;

II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y

III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aun tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos”.

<sup>12</sup> “Artículo 459. Recurso de la víctima u ofendido

La víctima u ofendido, aunque no se haya constituido como coadyuvante, podrá impugnar por sí o a través del Ministerio Público, las siguientes resoluciones:

I. Las que versen sobre la reparación del daño causado por el delito, cuando estime que hubiere resultado perjudicado por la misma;

Además, establece que la víctima u ofendido aunque no se haya constituido como coadyuvante podrá impugnar por sí o a través del Ministerio Público, entre otras, “las que se produzcan en la audiencia de juicio, sólo si en este último caso hubiere participado en ella”, lo que constituye un error, pues si no participa en la audiencia de juicio se estará afectando el principio de contradicción.

Cabe decir, que el Código Nacional sigue la pauta del sistema escrito en el sentido de que, el ofendido no puede impugnar en apelación la orden de aprehensión negada, siendo únicamente el Ministerio Público. Sin embargo, esto choca con el derecho fundamental a un recurso sencillo, rápido y efectivo, reconocido en el artículo 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este sentido, se ha pronunciado aduciendo que en este tipo de resoluciones (orden de aprehensión negada o concedida) el recurso efectivo es el juicio de amparo, al proteger los derechos fundamentales plasmados por nuestra Constitución.

Por su parte, el artículo 460,<sup>13</sup> que habla de la pérdida y preclusión del derecho a recurrir y desistimiento, es un tanto contradictorio al señalar que quienes hubieran interpuesto un recurso podrán desistirse de él antes de su resolución, sin embargo, los efectos del desistimiento no se extenderán a los demás recurrentes o a los *adherentes del recurso*; esto último rompe con una regla lógica en derecho que dice: “el accesorio sigue la suerte de lo principal”, pues si el apelante principal se desiste del recurso, es obvio y lógico que el recurso adherente ya no subsista.

II. Las que pongan fin al proceso, y

III. Las que se produzcan en la audiencia de juicio, sólo si en este último caso hubiere participado en ella.

Cuando la víctima u ofendido solicite al Ministerio Público que interponga los recursos que sean pertinentes y éste no presente la impugnación, explicará por escrito al solicitante la razón de su proceder a la mayor brevedad.”

<sup>13</sup> “Artículo 460. Pérdida y preclusión del derecho a recurrir y desistimiento

Se tendrá por perdido el derecho a recurrir una resolución judicial cuando se ha consentido expresamente la resolución contra la cual procediere.

Precluye el derecho a recurrir una resolución judicial cuando, una vez concluido el plazo que la ley señala para interponer algún recurso, éste no se haya interpuesto.

Quienes hubieren interpuesto un recurso podrán desistir de él antes de su resolución. En todo caso, los efectos del desistimiento no se extenderán a los demás recurrentes o a los adherentes del recurso.

El Ministerio Público podrá desistirse del recurso interpuesto mediante determinación motivada y fundada en términos de las disposiciones aplicables. Para que el desistimiento del Defensor sea válido se requerirá la autorización expresa del imputado.”

En cuanto a las resoluciones apelables, mientras el artículo 467<sup>14</sup> señala las que dicta el juez de control, el numeral 468<sup>15</sup> establece las que dicta el tribunal que dicta la sentencia definitiva en juicio oral. En tal supuesto, se advierte que el recurso de apelación es de estricto derecho, pues la queja solamente se suple cuando exista una violación a los derechos fundamentales de la Constitución. Lo anterior representa un retroceso para nuestro proceso penal, pues la suplencia de la queja es fundamental en el recurso de apelación. Sin embargo, en el código se señala el estricto derecho. De tal forma que hay que avanzar en reformar este precepto y que se acepte la suplencia de la queja, ya que también en esta dirección se encamina la reforma de amparo, donde el estricto derecho tiende a desaparecer.

Finalmente, habrá que revisar el artículo 472,<sup>16</sup> en el sentido de discutir que resoluciones pueden ser suspendibles cuando se interpone el recurso de apelación. Una de ellas debe de ser el auto de vinculación a proceso, por los efectos que éste produce.

En conclusión. Según me he referido, el Código Nacional de Procedimientos Penales presenta inconsistencias y errores en su articulado que requieren ser revisados cuanto antes por el poder constituyente, a fin de

<sup>14</sup> Artículo 467. Resoluciones del Juez de control apelables

Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Juez de control:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;
- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

<sup>15</sup> Artículo 468. Resoluciones del Tribunal de enjuiciamiento apelables

Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento:

- I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;
- II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso”.

<sup>16</sup> Artículo 472. Efecto del recurso

Por regla general la interposición del recurso no suspende la ejecución de la resolución judicial impugnada.

En el caso de la apelación contra la exclusión de pruebas, la interposición del recurso tendrá como efecto inmediato suspender el plazo de remisión del auto de apertura de juicio al Tribunal de enjuiciamiento, en atención a lo que resuelva el Tribunal de alzada competente.”.

ajustarlo tanto a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como a otras legislaciones como la Ley de Amparo, pues es un derecho fundamental plasmado en el artículo 17 de la misma Norma Suprema, que a toda persona se le administre justicia por los tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, imparcial y gratuita; y el ordenamiento que comentamos, constituye una herramienta fundamental en la nueva tarea que tienen los juzgadores penales del país, ante quienes se tramitaran los juicios acusatorios orales.



## MESA 7



## POSIBLES ASPECTOS DE INCONSTITUCIONALIDAD EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Victoria ADATO GREEN\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Denominación*. III. *Génesis del CNPP*. IV. *Comentarios generales*. V. *Comentario al artículo 10. Principio de igualdad ante la ley*. VI. *Comentario al artículo 256*. VII. *Comentario al artículo 266. Actos de molestia*. VIII. *Comentario al artículo 375. Testigo hostil*.

### I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia penal y procedimental de 2008 fue y es preocupante. Sin embargo, al ser una norma constitucional debe cumplirse. El Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), en consecuencia, debe concordar con la norma superior, no solamente con las disposiciones objeto de la reforma de 2008, sino con toda las normas de carácter constitucional, especialmente las que se refieren a los derechos humanos reconocidos por la Constitución y 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 la Constitución establece.

Sin embargo, una vez expedido el CNPP, y al conocer sus disposiciones, se llega a la conclusión de que una parte importante de sus preceptos contradicen no sólo las normas constitucionales de 2008, sino otras de la propia Constitución y de los Tratados en materia de Derechos Humanos.

Ante tal situación, me apresuré a redactar estas notas, con el carácter de preliminares, para hacer reflexionar al lector sobre la inconstitucionalidad e inconvencionalidad de diversas normas contenidas en el CNPP, con el objeto de que, finalmente, sea el Poder Judicial de la Federación quién

\* Ex Ministra de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

determine, de manera definitiva, mediante resoluciones de la Suprema Corte, sobre las observaciones de inconstitucionalidad y de inconveniencia que ahora presento; y otras que, con un mayor rigor de análisis, formularán los especialistas en la materia. La urgencia de presentar este trabajo se debe también a que en 2016 (18 de junio), en toda la República Mexicana se aplicará el CNPP, y el tiempo es breve para que se produzcan, de ser el caso, las reformas que fueran pertinentes al CNPP.

En el supuesto de que los contenidos normativos del CNPP no se reformen en los casos de clara inconstitucionalidad o de inconveniencia, los fines que determinó la reforma de 2008 no se podrán realizar, sino que, por el contrario, los problemas que trataba de resolver se incrementan y el sistema procedimental de “carácter acusatorio oral” que pretende ser el CNPP, en realidad será de carácter inquisitivo, en forma radical, con todas las consecuencias negativas que tiene este sistema.

## II. DENOMINACIÓN

El 5 de marzo de 2014 se expide el CNPP. El nombre de este cuerpo normativo es una novedad; su ámbito de aplicación es la materia procedimental penal, tanto del fuero común como del federal, en todo el territorio de la República Mexicana, y se estima que es por esto que se le denomina “Código Nacional”. Al analizar el concepto de leyes generales se puede afirmar que el Código Nacional es una ley general, al aceptar la definición que de esta emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Tesis Aislada (PVII2007) que señala:

Leyes generales. Interpretación del artículo 133 constitucional. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la “Ley Suprema de la Unión”. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran al Estado Mexicano, lo cual, se traduce en una excepción al princi-

pio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

Por otra parte, con relación a la nomenclatura del CNPP, su designación es equivalente a la de una ley general, esto es, de aquellas que inciden válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al estado mexicano, conforme lo postula el artículo 1o. del propio Código al señalar que “Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales”.

La circunstancia de que se hubiese etiquetado con la denominación de “Código” y no de “Ley” obedece simplemente a la costumbre de considerar como códigos a los cuerpos normativos que contienen las disposiciones procesales civiles y penales de nuestro país, así como la legislación mercantil (Código de Comercio).

Adicionalmente, nuestro orden jurídico ha etiquetado a la legislación electoral bajo la denominación de códigos (Cofipe), pero es evidente que la Constitución en ningún momento alude a los códigos en general, como en cambio sí se refiere reiteradamente a las leyes, al grado tal que ni siquiera el artículo 73, fracción XXI, inciso c), constitucional, mencionó que la ley general en materia de procedimientos penales merecería la denominación de “Código”, ya que solamente dispuso que el Congreso de la Unión tiene atribuciones para expedir “La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias y de ejecución de penas que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.

En tal virtud, el Poder Legislativo simplemente siguió una costumbre que para efectos prácticos no tiene ningún significado jurídico respecto de la naturaleza de las leyes generales, cuyo alcance ha sido ya interpretado por la Suprema Corte.

### III. GÉNESIS DEL CNPP<sup>1</sup>

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma Constitucional mediante la cual se pretende establecer en México

<sup>1</sup> Extracto de Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

el Sistema de Justicia de corte acusatorio adversarial, señalando un plazo de 8 años para su implementación en todo el país.

A fin de cumplir con el mandato Constitucional de 2008, y antes de que expire el plazo de 8 años; los legisladores del Partido Revolucionario Institucional (2011), del Partido Verde Ecologista de México (2012), así como senadores unidos pertenecientes a diversos partidos políticos (2013); presentaron cada uno de ellos, una iniciativa de Código Único de Procedimientos Penales, con su correspondiente exposición de motivos.

Las tres iniciativas plantean y desarrollan en su contenido innovaciones, pero también tienen fallas, omisiones e inclusive conceptos violatorios de derechos humanos.

A fin de proceder al estudio de cada una de las tres iniciativas, fueron turnadas a las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos del Senado de la República; quienes estructuraron trabajos siguiendo una metodología lógico-jurídica con los temas que presentó cada una de las propuestas de iniciativa; ya que en muchos de los casos los temas abordados coincidían en cuanto a temáticas generales, aun cuando en algunos casos disentían, complementaban o concordaban en cuanto a temas particulares.

La primera iniciativa, fue presentada por las Senadoras integrantes del grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional; la segunda estuvo a cargo del Senador representante del Partido Verde Ecologista de México; y la tercera por Senadores y Senadoras pertenecientes a diversos grupos parlamentarios.

El CNPP, no tiene una exposición de motivos propiamente dicha, en virtud de que fue integrado en una combinación de varias propuestas de iniciativas, presentadas por diversos partidos políticos; es por ésta razón que el dictamen de Comisiones hace las veces de Exposición de Motivos. Por otra parte, esta mezcla de artículos de diferentes propuestas de iniciativas determinó la mala redacción que tiene el articulado del CNPP.

#### IV. COMENTARIOS GENERALES

Las iniciativas plantean y desarrollan en su contenido innovaciones como la incorporación de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos de lo que el Estado Mexicano sea parte, atendiendo el mandato Constitucional del 2011, y los lineamientos de la Reforma Constitucional Penal de 2008.

El Código Nacional, se integra con un articulado que contiene términos hasta ahora no utilizados y así se reconoce en el Dictamen de Comisiones al establecer “la necesidad de incluir un Glosario de Términos de los actos procesales y requisitos de forma; y, se eliminaron las formalidades excesivas

previstas para resguardos”. Sin embargo, el legislador no incluyó en ese glosario del artículo 3o. del Código Nacional, la aclaración de algunos conceptos que se refieren en el texto de algunos artículos, esos términos que omitió “aclarar” el glosario, entre otros son: entrevista y la diferencia con las comparecencias, testigo hostil, preguntas sugestivas, cooperar, contra interrogar, interesado, ajustes razonables, etcétera.

En el CNPP siguiendo su línea pedagógica, el articulado tiene el título que le corresponde a cada artículo, atendiendo la materia que trata en su contenido.

En los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución se encuentran fundamentalmente, las normas que dieron las bases para los llamados “juicios orales”.

El CNPP le otorga facultades a la policía que lo equiparan con un perito en criminalística, lo cual puede conducir a que se presente la impunidad por una impericia de los cuerpos de policía, que se dice, serán especializados<sup>2</sup> y puede ser causa de corrupción.

Desde el Dictamen de Comisiones, los expertos que integraron el Consejo Técnico que asesoró a los Senadores respecto de las normas que integran el CNPP, se pronunciaron en el sentido de que el juicio oral fuera el último recurso (inciso d, página 130).<sup>3</sup> De lo anterior, puede concluirse que los procedimientos penales, se resolverán: *a*) Aplicando el criterio de oportunidad, que como facultad se le otorgó al Ministerio Público (MP) que tiene como origen Constitucional (párrafo séptimo del artículo 21), o *b*) Substanciando el “procedimiento abreviado” que también tiene su fuente en la Constitución, en el artículo 20, apartado A fracción VII, y que presenta como premisa que el imputado acepte su responsabilidad, es decir, confiese con el aliciente de que se le aplicarán penas mínimas de las mínimas (hasta una tercera parte de la pena mínima de la punibilidad aplicable al delito de que se trata).

En el primer caso, *a*) el MP aplicando el principio de oportunidad, y realizando los acuerdos reparatorios correspondientes con la víctima y el

<sup>2</sup> A la fecha de este trabajo (8 Junio 2014) se tiene noticia de que ha iniciado la profesionalización de la policía investigadora en el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, donde se imparte la licenciatura en investigación Policial. A nivel de Entidades Federativas, ésta profesionalización únicamente se da a nivel técnico, y sólo en dos Estados de la República; en Guanajuato existe la carrera de Técnico Terminal en Policía Investigadora de Delitos; en Baja California, la Certificación de Técnico Superior Universitario como Policía Investigador; de ninguna manera de ellas, se conoce el contenido temático que integra los programas de profesionalización.

<sup>3</sup> Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales.

ofendido, no ejercita la acción penal; y, en el segundo, *b*) Procedimiento abreviado sí se presenta la confesión del inculpado, el Juez de Control dictará la sentencia en un plazo muy breve, y será siempre sólo para imponer la pena que solicitó el MP.

En ambos casos priva la negociación y el criterio económico en un doble sentido; para el imputado, la víctima, o el ofendido, que se someten a los acuerdos reparatorios; y segundo, para el Estado que en las asignaciones presupuestales, tendrá una disminución significativa por concepto de los gastos correspondientes a la procuración y administración de justicia y para la ejecución penal en el Sistema Penitenciario.

A mayor abundamiento, el Libro Segundo, se denomina “Del Procedimiento” y el Título Primero se designa: Soluciones Alternas y Formas de Terminación Anticipada. Las formas de soluciones alternas que presenta el CNPP, son dos: primero; el acuerdo reparatorio, que son los celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado, que son aprobados por el MP o por el Juez de Control y que tienen el efecto de conclusión del proceso (artículo 186). Los casos en que proceden los acuerdos reparatorios son: a) delitos perseguibles por querrela; b) delitos culposos; c) delitos que tienen como tutela el patrimonio, siempre y cuando sean cometidos sin violencia. En estos casos de acuerdos reparatorios el MP tiene una activa participación, en virtud de que el artículo 189 que regula el criterio de oportunidad, se establece que el MP desde su primera intervención o el Juez de Control podrán invitar a los interesados a que suscriban un acuerdo reparatorio. En suma, se advierte el interés del MP y el del Juez de Control de dar por concluido el procedimiento; en este contexto se incumple con lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 Constitucional que corresponde al apartado A, y que dispone lo siguiente: “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”. Como se advierte, con los acuerdos reparatorios, sólo se cumple con uno de los objetivos que tiene la substanciación del procedimiento penal, y ese objeto únicamente es la reparación del daño, con lo cual no se da cumplimiento a lo que dispone la fracción I apartado A del artículo 20 Constitucional que se refiere a los Principios Generales.

Los acuerdos reparatorios se encuentran previstos en los artículos 184 y 186 al 190 del Código.

La segunda forma de solución alterna del procedimiento es la suspensión condicional del proceso, y es un plan formulado por el MP o por el imputado, que consiste en una propuesta detallada sobre el pago de la reparación del daño y el sometimiento a una o varias de las condiciones que

establece el CNPP, en su artículo 195, advirtiendo que ocho de esas condiciones son medidas que representan un amplio beneficio de carácter personal para el imputado y únicamente las fracciones IX, XI, XII y XIII, pueden ser formas de sanción leve para éste; por otra parte, tenemos que el Juez de Control, tiene facultad para imponer una o varias de estas condiciones independientemente de que también el Ministerio Público, la víctima u ofendido pueden proponer condiciones a las que consideren debe someterse al imputado.

Como se advierte, también en esta forma de solución alterna prevalecen la negociación y los criterios de orden económico.

Procedimiento abreviado. Es una forma de terminación anticipada del proceso, que deberá solicitarla el MP y no oponerse de manera fundada la víctima u ofendido; se exige que en caso de oposición, esta sea por el asesor jurídico de la víctima o el ofendido; el imputado debe estar informado de su derecho a un juicio oral y su renuncia expresa al mismo; acepte el procedimiento abreviado; acepte su responsabilidad por el delito que se le imputa, es decir, confiese y acepte una sentencia con base en las pruebas que exponga el MP. El procedimiento abreviado, únicamente lo puede solicitar el MP, ya que es una de sus facultades, y podrá, libremente solicitar su apertura o no. En cambio, el imputado, no cuenta con el derecho de solicitar, en el caso de que estén satisfechos los requisitos para su procedencia, la apertura del procedimiento abreviado.

El Juez de Control que intervino en la investigación inicial autorizando algunas técnicas de investigación y en la realización de pruebas, es decir, participando en la investigación, es el competente para substanciar el procedimiento abreviado y dictar la sentencia correspondiente, violando lo dispuesto en la fracción IV del apartado A del artículo 20 de la Constitución.

En el CNPP, se incumple en varias de sus disposiciones con lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución que ordena que todo acto de molestia sea mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

El carácter acusatorio, oral y la expedites de un procedimiento, no puede llegar al extremo de incumplir derechos fundamentales, como el que se establece en el artículo 16 de la Constitución.

Los derechos humanos y sus garantías, de las que son titulares el ofendido y la víctima, no se observan en el CNPP, en virtud de que en diversas actuaciones que integran el procedimiento y que son trascendentes para estos, no establecen la participación de asesor jurídico, que como perito en derecho los orientan para la debida defensa de sus intereses; violándose por tanto, lo dispuesto por el apartado C del artículo 20 de la Constitución. Los

artículos del CNPP que no le otorgan intervención al asesor jurídico, en actuaciones de trascendencia son: 3o.; 10; 17; 53; 57; 95; 100; 102; 105; 111; 138; 144; 145; 154; 158; 173; 186; 192; 195; 198; 202; 204; 216; 322; 323; 327; 330; 341; 342; 344; 409; y, 459.

El MP en el CNPP, tiene facultades que podemos considerar como extraordinarias e ilimitadas; por ejemplo, podemos citar, la invitación que tienen derecho a plantear al imputado para que se someta a los acuerdos reparatorios y/o al procedimiento abreviado; asimismo, es el órgano que tiene facultades (invocando la materia de política criminal) para no ejercitar la acción penal y en los casos del Procedimiento Abreviado solicitar la aplicación de penas inferiores a las mínimas que corresponden al delito de que trata y que se establecen en el Código Penal.

El procedimiento abreviado y los acuerdos reparatorios, tienen como objetivo principal el pago de la reparación del daño al ofendido o a la víctima, y ello constituye privilegiar, la satisfacción de intereses de tipo económico y la aplicación de sanciones privativas de libertad muy leves, prácticamente simbólicas; y en ese orden de ideas, el imputado en el supuesto de que se encuentre en la situación de la comisión de un nuevo delito, es muy alta la posibilidad de que lo realice; en virtud de que no tendrán ninguna consecuencia, únicamente una de carácter económico, que es la del pago de la reparación del daño, toda vez que en el Dictamen de Comisiones se manifestó que el objetivo del procedimiento acusatorio adversarial de carácter oral era precisamente no llegar al juicio oral (página 130 del Dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos, Segunda por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales).

En suma, la reincidencia será una constante, se incrementarán los delitos, y aumentarán por tanto, el malestar de la sociedad y la desconfianza en las instituciones.

La policía en el CNPP, tiene atribuciones de gran importancia, en materia de su intervención inmediata en la preservación del lugar de los hechos, recolección de indicios, práctica de “entrevistas”, levantamiento de cadáver, y de la cadena de custodia; y además de la aplicación de su criterio para dar la intervención a peritos en criminalística.

La policía que investiga es, en terminología del CNPP, (fracción XI del artículo 3o.):

...cuerpos de Policía especializados en la investigación de delitos del fuero federal o del fuero común, así como, los cuerpos de seguridad pública de los fueros federal o común, que en el ámbito de sus respectivas competencias actúan todos bajo el mando y conducción del Ministerio Público para efectos de

la investigación, en términos de lo que disponen la Constitución, este Código y demás disposiciones aplicables.

El imperio de la discrecionalidad, la aplicación de criterios subjetivos en el ejercicio de las facultades del MP, de la Policía Investigadora, del Juez de Control y del Órgano Jurisdiccional en el juicio oral es la característica central del Código Nacional de Procedimientos Penales.

El dictamen de las Comisiones del Senado de la República que sustituye la exposición de motivos del CNPP, en virtud de que éste fue producto de la mezcla de varias iniciativas, al dictaminar sobre el criterio de oportunidad, que es una nueva facultad otorgada al MP en el CNPP, afirmó:

La aplicación de este principio implica un verdadero paradigma. Significa dejar atrás la institución de la estricta legalidad y replantear el concepto de justicia. Los criterios de oportunidad consisten en acotados márgenes de discrecionalidad —ya no arbitrariedad— a través de cuales (*sic*) el Ministerio Público podrá ejecutar la política criminal del Estado mexicano. Estos criterios, tal como fueron planteados en el Proyecto, no representan en ningún caso mecanismo de despresurización del sistema de justicia penal, sino la expresión de una política criminal enfocada en aumentar la efectividad del sistema de justicia en la persecución de los delitos que más afectan la percepción de inseguridad e impunidad de la ciudadanía.

El razonamiento anterior es sorprendente en virtud de que los legisladores que integran uno de los tres poderes, del Supremo Poder de la Federación (artículo 49 de la Constitución) y que está facultado para expedir leyes que tienen observancia obligatoria, justifican la eliminación de “la institución de la estricta legalidad”, es decir, el principio de legalidad para “replantear el concepto de justicia”. Tal criterio de los legisladores es contradictorio con su propia función ya que carece de sentido emitir leyes si se justifica y autoriza el no cumplimiento de las mismas, desnaturalizando con ello el estado de derecho. En consecuencia, no puede justificarse la existencia de legisladores que se pronuncian por abandonar el principio de legalidad.

La preocupación que me produjo el estudio de las disposiciones del Código Nacional por la múltiples inconstitucionalidades y por las inconveniencias que he advertido, me motivaron a presentar al lector este Análisis Preliminar que someto a su consideración.

Presentaré a ustedes los comentarios a algunos artículos del CNPP que elegí al azar, con el objeto de mostrar a ustedes la forma y el contenido de

los posibles aspectos de inconstitucionalidad e inconvencionalidad que advirtió en el CNPP.

## V. COMENTARIO AL ARTÍCULO 10. PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY

Dispone: “Todas las personas que intervengan en el procedimiento penal, recibirán el mismo trato y tendrán las mismas oportunidades para sostener la acusación o la defensa” sin incluir: “los planteamientos de la víctima, el ofendido y su asesor”. Respetando el principio de igualdad que rige para todas las partes y entre estas, el ofendido y la víctima. En este primer párrafo se infringe lo que dispone el artículo 20 de la Constitución en el apartado C.<sup>4</sup>

En el segundo párrafo de este mismo artículo, que se refiere al principio de igualdad, señala que “en el caso de las personas con discapaci-

<sup>4</sup> De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley.

Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa;

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia;

IV. Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.

La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

V. Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, trata de personas, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa.

El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendido, testigos y en general de todos los sujetos que intervengan en el proceso. Los jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación.

VI. Solicitar las medidas cautelares y providencia necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y

VII. Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño...”;

dad, deberán preverse “ajustes razonables” al procedimiento cuando se requiera.

Se advierte que se incorpora al procedimiento el concepto “ajustes razonables”, en el que prevalece la discrecionalidad de la autoridad para la aplicación de estos, lo que produce inseguridad jurídica, toda vez que no se determina en la norma cuáles son; quedando éstos al arbitrio del MP y del Juzgador a quien se le otorgan facultades para legislar en los casos seguidos a personas con discapacidad, a quienes someterán a un procedimiento con los “ajustes razonables” que considere tanto el MP como el órgano jurisdiccional; esta atribución contraviene lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución que ordena: “...nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...”.

## VI. COMENTARIO AL ARTÍCULO 256

El MP está facultado para aplicar el criterio de oportunidad (párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución) que trae como consecuencia la extinción de la acción penal. Para que opere, se exige que se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido, o éstos manifiesten su falta de interés en dicha reparación.

La norma superior no establece los casos en los que el MP puede aplicar el criterio de oportunidad y deja a la ley secundaria, CNPP la precisión de la hipótesis en las que éste puede aplicarlo.

En el análisis del primer párrafo del artículo se advierte que si bien el MP, en el CNPP tiene señalados los supuestos en los que puede aplicar el criterio de oportunidad, el CNPP determina un requisito previo para su procedencia y que no establece la Constitución y, este requisito es que el MP tiene que someterse a las “disposiciones de cada Procuraduría” sobre el particular, es decir, antes de verificar si se presenta en el caso cualquiera de los siete supuestos que establece el artículo que se comenta, y que permiten la aplicación del criterio de oportunidad, tiene que ser conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría, disposiciones que no son conocidas del imputado, su defensor, el ofendido, la víctima y su asesor jurídico; en este caso, todos los que intervienen en las actuaciones en las que se determinará si se aplica o no el criterio de oportunidad se encuentran en estado de indefensión toda vez que puede darse el caso de que dichas dispo-

siciones normativas establecen restringir o limitar, en general, la aplicación del Criterio de oportunidad. El contenido normativo del artículo que se comenta, en su primer párrafo transgrede lo que dispone el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución que ordena: "...el Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley...". Como se advierte en el texto de la Constitución no se exige que el criterio de oportunidad opere conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría.

En este artículo se precisan en siete fracciones los casos en los que el MP puede ejercer el criterio de oportunidad, a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución y que trae como consecuencia el no ejercicio de la acción penal.

En la fracción IV se presenta una gran confusión, y puede llevarnos a la conclusión de que se está premiando la reincidencia.

La fracción V promueve la impunidad, ya que no se ejercita la acción penal en contra del imputado, con la condición que sea colaboracionista. Un texto más que identifica algunas normas del CNPP, con las características del sistema inquisitivo; y es inconstitucional, toda vez que viola uno de los principios generales que establecen en la fracción I del artículo 20 de la Constitución que determina: "...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...".

En la fracción VI se establece que procederá la aplicación del criterio de oportunidad, es decir, la extinción de la acción penal cuando la afectación al bien jurídico tutelado resulte poco significativa. Este supuesto para la aplicación del criterio de oportunidad, no considera que todos los bienes jurídicos que son objeto de tutela penal tienen importancia en virtud de que el legislador los incluyó en el Código Penal y respecto de la apreciación subjetiva de que existe una afectación "poco significativa" no es válida, ya que esta valoración le corresponde al titular del bien jurídico o a la víctima y no al MP para proceder a la aplicación del criterio de oportunidad que implica la extinción de la acción penal. El contenido normativo de esta fracción viola lo dispuesto por el apartado A fracción I del artículo 20 constitucional, mencionado en el párrafo anterior.

En la fracción VII establece la discrecionalidad más amplia respecto de la aplicación del criterio de oportunidad que forma parte de las facultades del MP en virtud de que éste simplemente con señalar que la continuación del proceso o la aplicación de la pena son irrelevantes para los fines preventivos de la política criminal, no ejercita la acción penal, lo que puede determinar la actuación arbitraria del MP. Por otra parte, en ningún artículo del

CNPP, ni de otro ordenamiento se establecen cuáles son los fines preventivos de la política criminal, ni los casos en que quién realice una conducta delictiva, ésta sea irrelevante para los fines preventivos de la política criminal, y que esto “los fines preventivos de la política criminal” sean de mayor entidad de lo que establece la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución, antes citado, transgredido en consecuencia uno de los principios básicos de la norma suprema.

En el párrafo del artículo 256 se construye la seguridad jurídica ya que se determina lo siguiente: “El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”; en virtud de que no se precisa lo que se consideran “razones objetivas”, ni en qué aspecto debe estimarse “la discriminación”, si es respecto de la persona o del hecho delictivo; y qué debe tomarse en cuenta los “criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente”; es evidente que el criterio del titular de una institución, es de carácter personal, según sea el punto de vista de cada titular responsable de la institución encargada de la procuración de justicia, o el de “su equivalente”. Es decir, que el principio rector para que MP opere el criterio de oportunidad son los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente. En suma, lo que determina la aplicación del criterio de oportunidad, que produce, finalmente, que se extinga la acción penal, no está en ninguna ley, está, en los criterios generales de un Procurador o equivalente, criterios que no conocen, el imputado, su defensor, el ofendido, la víctima y su asesor jurídico; y que al no conocerlos están indefensos; sobre todo, por el hecho de que para que se aplique el criterio de oportunidad, se debe garantizar o reparar el daño y, por tanto, es necesario que esos criterios del procurador o su equivalente, criterios, que no son una ley ni un reglamento, deben conocerse por quienes participan en las actuaciones que se llevan a cabo para establecer si se aplica el criterio de oportunidad y que se determine, en su caso, la extinción de la acción penal. En esta porción normativa se transgrede lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 14, así como en el artículo 20 en su apartado B) fracción VIII; y, apartado C) fracción I, de la norma suprema, que señalan:

Artículo 14. ...nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales

del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho...

Artículo 20. B. De los derechos de toda persona imputada: VIII. Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...

[...].

C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal...

En el artículo 256 se determinan los casos en los que no puede aplicarse el criterio de oportunidad, es decir, la posibilidad de la extinción de la acción penal, y entre estos casos, se encuentran los delitos fiscales; al respecto se advierte que esta disposición es contradictoria con lo dispuesto por la fracción II de este mismo artículo que determina que procede aplicar el criterio de oportunidad cuando se trate de delitos de contenido patrimonial y es evidente que los delitos fiscales tiene contenido patrimonial; por tanto, debiera también aplicarse en estos casos, el criterio de oportunidad, si se cumplen los requisitos para que se aplique y que, entre otros, es que se repare el daño.

Con esta prohibición de aplicar criterios de oportunidad a los imputados por delitos fiscales se viola la garantía de igualdad, en virtud de que otros imputados por delitos de contenido patrimonial que se hubieren cometido sin violencia, se les aplique el criterio de oportunidad, que determina, en su caso, la extinción de la acción penal.

En el párrafo tercero del artículo 256 que no permite la aplicación del criterio de oportunidad por delitos fiscales no establece que la causa de limitación sea porque se afecta el patrimonio del Estado, toda vez que puede darse la comisión de un delito de contenido patrimonial en contra del Estado y, en ese caso, el CNPP no niega la aplicación del criterio de oportunidad por lo que viola en perjuicio del imputado por delitos fiscales, la garantía de igualdad que se establece en el artículo 1o. en sus párrafos primero, segundo y tercero de la Constitución.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Que determina: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los

## VII. COMENTARIO AL ARTÍCULO 266. ACTOS DE MOLESTIA

En este artículo, en los términos que dispone el artículo 16 Constitucional, que se refiere justamente a los actos de molestia de la autoridad señala que deben ser fundados y motivados, y demás, que debe serlo por mandamiento escrito de la autoridad competente. Es importante que en el caso de que se cause un acto de molestia a una persona, se respete su dignidad, (expresión subjetiva del texto del artículo) pero de mayor importancia, es que en el acto de molestia, se respeten sus derechos humanos y sus garantías, tal y como lo determina la Constitución. Por otra parte, en el texto de esta norma número 266 —se establece que “la autoridad deberá informarla a la persona a quien se le causa la molestia— sobre los derechos que le asisten y solicitar su cooperación, y en el caso de que no coopere se realizará un registro forzoso”, si no coopera o se resiste. En esta disposición se está planteando la violencia física y psicológica en contra de una persona por no cooperar, de una simple lectura de la norma 266 se advierte su inconstitucionalidad y su inconventionalidad en virtud de que la expresión: “se realizará un registro forzoso sólo si la persona no está dispuesta a cooperar o se resiste”. Transgrede lo dispuesto en los artículos 3o. y 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre; artículo 5o. apartado I y II de la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica, y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en los que se reconoce con un derecho humano que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales, en su vida privada, o en su honra y reputación y que toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

## VIII. COMENTARIO AL ARTÍCULO 375. TESTIGO HOSTIL

Testigo hostil; una novedad que sorprende es la figura del “testigo hostil” y la de “preguntas sugestivas”, ambas son propias del sistema inquisitivo, en

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...”

virtud de que se permite hacer preguntas sugestivas al testigo hostil y el testigo en con-trainterrogatorio, y que conducen al testigo a declarar lo que el interrogador quiere que declare; es decir, el testigo hostil declara no lo que es voluntad declarar sino lo que el interrogador a través de preguntas sugestivas le lleva a manifestar en relación a los hechos del procedimiento.

En la fracción I del apartado A del artículo 20 de la Constitución se dispone: "...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...".

En el artículo que se comenta se viola este principio general, que es imperativo, y lo deben cumplir el MP y los órganos jurisdiccionales y constituye un derecho fundamental de seguridad jurídica, para el imputado o acusado, el ofendido y la víctima, en virtud de que la norma Constitucional dispone "... *que el proceso penal tendrá por objeto el esclarecimiento de los hechos...*" y esclarecer<sup>6</sup> es iluminar, ilustrar el entendimiento. Poner claro, dilucidar un asunto o doctrina; y en el caso, el oferente de la prueba testimonial —que puede ser el MP si es parte, el acusado, el ofendido, su defensor, o la víctima y su asesor jurídico— tienen permitido por el Tribunal hacer preguntas sugestivas al testigo que se está conduciendo de manera hostil.

Al realizar una operación hermenéutica literal, tenemos que: sugestivo, es la acción de sugerir,<sup>7</sup> y sugerir es hacer entrar en el ánimo de alguno una idea o especie, insinuándosele, inspirándosele o hacerlo caer en ella; hostil<sup>8</sup> es contrario o enemigo.

Por tanto, si como en el caso, se permite que al testigo hostil; es decir, al contrario o enemigo, se le formulen preguntas sugestivas, a éste, se hace entrar en el ánimo de testigo, una idea insinuándosele, inspirándosele o haciéndole caso en ella. Por lo que se concluye que si al testigo hostil se le formulan preguntas sugestivas, éste declara no lo que libremente desea declarar, respecto de lo que percibió de los hechos a través de sus sentidos, sino que declarar lo que el interrogador a través de preguntas sugestivas le lleva a declarar, en relación a los hechos materia del procedimiento y, es evidente, que esta declaración sugerida no conduce al esclarecimiento de los hechos.

El procedimiento de preguntas sugestivas al testigo hostil es totalmente opuesto al principio general que se impone Constitución al MP y al Órgano Jurisdiccional —del esclarecimiento de los hechos— toda vez que no es

<sup>6</sup> *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 20a. ed., p. 580.

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 1269.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 747.

posible poner en claro; es decir, el esclarecimiento de los hechos, si se manipula con pregunta sugestivas el testimonio de un testigo que es contrario a los intereses del oferente que lo interroga.

En conclusión, el artículo en comento, deviene inconstitucional por contrariar lo que dispone el apartado A fracción I del artículo 20 de la Constitución y, por ende transgrede también lo que establece la fracción IX del mismo artículo que establece: "...cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula...".



## LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL CNPP

JULIO ANTONIO HERNÁNDEZ PLIEGO\*

La reparación del daño, última parada en el itinerario del proceso penal, idealmente consistiría en volver las cosas al estado que tenían antes de cometerse el delito.

Sin embargo, en muchos casos la misma naturaleza del delito de que se trate, los efectos que produce en la vida, en la salud o integridad física o psíquica de las personas y otros factores más, imposibilitan que las cosas regresen a su estado original, anterior al hecho delictuoso.

La ley en esos casos, reconoce que la reparación del daño debe darse en forma expedita, proporcional y justa y comprender la afectación sufrida por la víctima en su integridad física, así como el daño moral.

El resarcimiento de los daños comprende igualmente, el de los perjuicios o ganancias lícitas que no se percibieron por efecto del delito, y otros conceptos que veremos un poco más adelante.

El problema contemplado en nuestras constituciones. El panorama que ofrecen nuestras normas constitucionales en las distintas épocas de la vida del país, resulta un claro indicador del papel que en el juicio penal ha desempeñado la víctima del delito, específicamente en cuanto a la reparación del daño.

Bastará para ello con dar una ojeada a vuelo de pájaro:

La Constitución de Apatzingán promulgada en 1814, cuyo bicentenario conmemoramos en este año, que fue realmente la primera Constitución escrita en México, cimentó los principios políticos que dieron perfil al actual Estado Mexicano e influyó, por su forma republicana y popular, en las futuras Constituciones; dentro del juicio, aseguró el derecho humano de audiencia, la presunción de inocencia y otra serie de derechos humanos como la propiedad, el derecho a la cultura, industria o comercio, a la instrucción, a la inviolabilidad del domicilio, a la libre expresión de las ideas.

\* Doctor en Derecho por el Centro de Estudios de Posgrado en Derecho. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Sin embargo, este denominado formalmente Decreto para la Libertad de la América Mexicana, ninguna referencia hizo a los derechos humanos del ofendido o la víctima del delito y por supuesto a la reparación del daño causado.

Igual cosa ocurrió con la Constitución de 1824, que estuvo en vigor un poco más de 30 años en el país, y que si bien prohibió toda clase de tormentos, la aplicación retroactiva de la ley, la pena de confiscación de bienes, previó la intrascendencia de las penas, la autoincriminación en juicio y algunos medios alternativos de solución de controversias, como el arbitraje, realmente no reguló las llamadas garantías individuales y por consecuencia, lamentablemente las del ofendido o la víctima en el proceso.

Luego, la Constitución de 1857 que sí estableció derechos públicos subjetivos como la libertad de expresión, la de reunión, abolió la prisión por deudas civiles, el tormento y la pena de muerte; en el proceso penal reconoció todo un catálogo de derechos al acusado, como el de audiencia, el derecho a la defensa, etc., sin embargo, del ofendido o de la víctima, nada.

En la línea de sus predecesoras, tampoco en la Constitución de 1917, figura disposición alguna que aluda a la reparación del daño en favor de la víctima o del ofendido por el delito.

Esta institución procesal de la reparación del daño, cuando menos durante 180 años, como se ha visto, permaneció huérfana de cariño del Constituyente.

Quizás eso explique que en una reciente encuesta publicada por la SETEC<sup>1</sup>, resultó que el 30.8% de las víctimas de algún delito no conoce ni identifica los derechos que le asisten; 38.9% señalaron algún derecho; 19.9% el derecho a ser escuchadas; 11.2% a recibir protección y auxilio inmediato; 7.8% el de acudir a la autoridad, y por debajo de ese porcentaje, respondieron a la encuesta, entre otros derechos, a que se les repare el daño que sufrieron por el delito, o sea, uno de los derechos que presentan un espacio mayor de desconocimiento de las víctimas, es el derecho que tienen a la reparación de los daños que sufrieron.

Fue hasta la reforma al Pacto Federal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 3 de septiembre de 1993, cuando se le rescata, fijando de manera escueta en el artículo 20, que el ofendido o la víctima, tendrán derecho a la reparación del daño cuando proceda.

A partir de entonces, como si se hubiera despertado de un prolongado letargo y se quisiera pagar la añeja deuda adquirida, la situación de la

<sup>1</sup> Análisis General de los Resultados Cuantitativos y Cualitativos del Estudio de Percepción del Sistema de Justicia Penal en México. (ENCIJUB 2012) Segob, Carlos Mendoza Mora y Oscar Aguilar Sánchez, p. 25.

víctima o el ofendido ha cobrado un inusitado interés en las normas constitucionales y legales, en los tratados internacionales, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Así tenemos que en la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de fecha 21 de septiembre de 2000, se adicionó el artículo 20 con un apartado B), en el que se consideró como garantía de la víctima o el ofendido, el que se le reparara el daño, estableciendo la obligación para el Ministerio Público y para el juez, cuando fuera procedente, el primero de solicitar y el otro, de no poder absolver de la reparación del daño, en el caso de dictar una sentencia de condena. Asimismo se dispuso que la ley señalara procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en lo que hace a dicha reparación del daño.

Por último, en el *Diario Oficial de la Federación* del 18 de junio de 2008, en el Apartado A), fracción I, del artículo 20 constitucional aparece, entre otros, como objeto del proceso penal, el *que los daños causados por el delito se reparen*; y más adelante, en el Apartado C) del mismo dispositivo constitucional, al enlistar en su fracción IV, los derechos de la víctima o el ofendido, se destaca la reparación del daño, *y en los casos que sea procedente, se obliga al MP a solicitarla, sin perjuicio de que la víctima u ofendido la soliciten directamente*, reiterando la obligación del juez de ordenar su pago, si ha emitido una sentencia condenatoria, y también estableciendo que la ley señalará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en que se condene reparar el daño.

La legislación ordinaria. En lo que hace a la legislación secundaria, el afán reivindicador de los derechos de la víctima se multiplicó, disputando varios ordenamientos legales el desarrollo detallado de los principios constitucionales que les asigna. Encontramos en este procedimiento poco ortodoxo e innecesario, cuando menos a la Ley General de Víctimas, al Código Penal Federal y al Código Nacional de Procedimientos Penales.

La Ley General de Víctimas, distingue entre víctimas del delito y víctimas de la violación a sus derechos humanos por parte de la autoridad del Estado.

Como quiera que sea, tan son víctimas las afectadas en sus derechos humanos por el estado, como las que el delito perturbó o puso en riesgo sus derechos.

La propia Ley de víctimas reconoce que la calidad de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al responsable; o más allá de cualquier relación laboral, afectiva o familiar entre la víctima y el inculpado.

Este nuevo ordenamiento legal, asumiendo una posición generosa, ofrece un cuadro amplio de potestades en el procedimiento y en el proceso

penal, y por supuesto, comprende el derecho a que les sean reparados los daños en forma expedita y justa, y en los casos en que la autoridad judicial dicte una sentencia condenatoria no podrá absolver del pago de la reparación del daño, que si no es solicitada por la víctima o su abogado, lo hará obligadamente el Ministerio Público.

De igual manera, se destaca el derecho de ser indemnizadas por el Estado por los errores judiciales, en la hipótesis que no se ordene la reparación del daño siendo ésta procedente, y a impugnar ante la autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento, independientemente de que se haya reparado o no el daño.

Por su parte, en esta corriente reivindicatoria de los derechos de la víctima o el ofendido por el delito, el Código Penal Federal en el artículo 30, no quiere quedarse a la zaga de la Ley Victimal al establecer:

La reparación del daño debe ser integral, adecuada, eficaz, efectiva, proporcional a la gravedad del daño causado y a la afectación sufrida, comprenderá cuando menos:

I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, a su valor actualizado;

II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo la atención médica y psicológica, de los servicios sociales y de rehabilitación o tratamientos curativos necesarios para la recuperación de la salud, que hubiere requerido o requiera la víctima, como consecuencia del delito.

En los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, la libertad y el normal desarrollo psicosexual y en su salud mental, así como de violencia familiar, además comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima;

III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados;

IV. El pago de la pérdida de ingreso económico y lucro cesante, para ello se tomará como base el salario que en el momento de sufrir el delito tenía la víctima y en caso de no contar con esa información, será conforme al salario mínimo vigente en el lugar en que ocurra el hecho;

V. El costo de la pérdida de oportunidades, en particular el empleo, educación y prestaciones sociales, acorde a sus circunstancias;

VI. La declaración que restablezca la dignidad y reputación de la víctima, a través de medios electrónicos o escritos;

VII. La disculpa pública, la aceptación de responsabilidad, así como la garantía de no repetición, cuando el delito se cometa por servidores públi-

cos. Los medios para la rehabilitación deben ser lo más completos posible, y deberán permitir a la víctima participar de forma plena en la vida pública, privada y social.

El Código Nacional de Procedimientos Penales. En torno a tan importante tema, el Código Nacional de Procedimientos Penales promulgado en el mes de marzo de 2014, recoge y puntualiza el contenido de la norma constitucional en las 29 fracciones del artículo 109, y precisamente en la fracción XXV también reconoce el derecho de la víctima u ofendido a que se le repare el daño causado por el delito, pudiendo solicitarla directamente al juez, sin perjuicio de que lo haga el Ministerio Público, y también, a que se le garantice dicha reparación durante el procedimiento, en cualquiera de las formas que establece la ley.

Al propio tiempo, y esto resulta de suma importancia, condiciona la aplicación de los criterios de oportunidad y la procedencia de los mecanismos alternativos de solución de controversias: la mediación, la conciliación, la suspensión condicional del proceso, los acuerdos reparatorios y el procedimiento abreviado, al pago o a la garantía, según el caso, de la reparación del daño.

No deja pues de sorprender, el inusitado interés legal que a últimas fechas ha despertado la víctima en el juicio penal, lejos ya de aquellas concepciones en que se le negaba participación en el proceso, bajo el argumento de que de permitírsele, se entronizaría nuevamente la venganza privada, etapa ya superada en la vida social, como si al ofendido solo le interesara la antropofagia procesal y no la justicia en el juicio.

No obstante, hay que caminar despacio, pues a pesar del copioso tratamiento jurídico, teórico, jurisprudencial, lamentablemente ese interés no ha sido correspondido, por lo menos no hasta ahora y no cabalmente, por la realidad lacerante que vivimos en la práctica diaria y con esto iré cerrando mi intervención.

La situación se agrava pues en el día a día, las víctimas del delito no son tratadas por la autoridad con respeto a su dignidad, no tienen verdadero acceso a la justicia, ni logran la reparación del daño a que tienen derecho, conforme a los prolijos catálogos descritos en las legislaciones referidas, sin dejar de considerar el agravio que se causa a la comunidad si consideramos, además, que del 100% de los delitos que se cometen, sólo el 23% se denuncia, es decir, el 77% constituye la cifra negra, los que no denuncian; bien, del 23% que denuncia solamente se consigna un 13%; el 4% obtiene sentencia de condena y únicamente el 2% son condenados a reparar el daño.

Significa lo dicho, que en un número mayoritario de casos, al ofendido o a la víctima no le es reparado el daño ocasionado por el delito, ello a pesar de que en nuestro medio la reparación tiene el carácter de pena pública, siendo múltiples las razones o sin razones que en cada caso podrían darse, ocupando lugar prioritario desde luego, la insolvencia del inculpadado que en nuestro país opera como regla general, si se piensa en que el 80% de la población carcelaria tiene nombrado al defensor público, por no tener las posibilidades económicas de contratar un abogado particular.

Existen muchísimas acciones criminales que igualmente quedan sin respuesta, bien por la ausencia de la denuncia de la víctima en un acto de renuncia de derechos imposible de evitar, por la propia insuficiencia o ineficacia de las instituciones que tienen que emitir la respuesta frente a ese universo criminal.

Un dato aparte es el fenómeno de la corrupción que no hemos podido proscribir de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia, la violencia, la impunidad que hoy por hoy se traducen en condiciones de inequidad que requieren de un tratamiento estructural.

También el desamparo real de la víctima o el ofendido, derivan de la tardanza en la resolución de los procesos penales para llegar a la cosa juzgada, que es el momento en que se actualiza la condena al pago de los daños.

No puede descartarse que la forma en que se reglamenta el procedimiento para cubrir los daños, facilita las maniobras procesales para demorar el pago o eludirlo, como ocurre generalmente.

Esta situación efectiva que arroja la realidad, nos ha movido a reflexionar sobre la conveniencia de aumentar el número de delitos perseguibles a instancia del ofendido, como una medida parcial, pues en estas hipótesis es donde se registra el mayor número de casos en que se cubre el daño, dado el interés del acusado en obtener el perdón del ofendido como una forma de extinguir la acción penal y recuperar su libertad. De otra manera, en el mejor de los casos, el ofendido tendrá que aceptar arreglos indecorosos para simular solamente la satisfacción de sus derechos, para no quedarse sin la reparación de los daños que le causó el delito.

Consideramos pues, que el reconocimiento de los derechos de víctimas y ofendidos, no debe quedar en una mera declaración formal de intenciones, sino que debe lograrse a través de un esfuerzo integrado del estado, de los particulares, de las organizaciones sociales cuyo objetivo sea desarrollar puntualmente los derechos que le permitan el acceso a la justicia que reporta en la práctica un saldo grande en su contra.

Pena pública o responsabilidad civil. Por otra parte, el sistema de procesamiento penal mexicano permite que a un tiempo pueda enjuiciarse a

una persona atribuyéndole la comisión de un delito que afecta los valores sociales, lo cual en su caso, mediante el ejercicio de la acción pena concluye en la imposición de una pena.

Pero según hemos dicho, puede demandársele además, el pago de la reparación de los daños causados directamente al ofendido o a la víctima, como consecuencia de la misma infracción penal, lo que genera la acción de reparación, porque el hecho delictivo, no produce solamente daño social, sino esa otra especie de daño que es susceptible de apreciarse patrimonialmente y que necesita ser restaurado.

El Ministerio Público en México, está obligado legalmente a ejercitar ambas pretensiones que integrarán, de esta manera, la *res judicanda*.

La acción para alcanzar la reparación del daño en favor del ofendido o de la víctima, nace de la obligación a cargo del autor del delito o, en su caso, de un tercero ajeno a él, de volver las cosas al estado que tenían antes de que éste se cometiera.

Doctrinariamente existe la disputa acerca de si los temas relativos a la reparación del daño deben ubicarse en la parte sustantiva penal, o corresponde su tratamiento al Derecho ejecutivo, pero lo cierto es que más allá de disquisiciones de carácter meramente teórico, lo urgente es que se avance en el manejo de tan ingentes cuestiones.

La Constitución del país por adición al artículo 20, apartado B, fracción IV, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, de 21 de septiembre de 2000, estableció el pago de la reparación del daño como un derecho de la víctima u ofendido por el delito, seguramente con la pretensión de brindarle mayor protección.

Esta pretendida reivindicación resulta tan evidente, que inclusive el Constituyente permanente, mostró una actitud algo desmesurada, al añadir en la norma citada que “en los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria”, porque habrá sin duda casos en que el Ministerio Público a pesar de estimar procedente la reparación del daño, no necesariamente tendrá que constreñir al juez a obsequiar su petición para que se condene al sentenciado a pagar los daños, si la percepción legal de la autoridad judicial fuera opuesta en este punto a la del órgano acusador. Tal ocurriría, por ejemplo, de estimar el Ministerio Público la procedencia de la reparación del daño en un asunto en que el delito, a juicio del juez, no hubiere producido —como ocurre con frecuencia— daño patrimonial al ofendido o a la víctima.

La reglamentación material de la acción reparadora, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, se realiza en una doble perspectiva.

Por una parte, puede asumir la forma de una pena pública, si es el Ministerio Público quien la reclama al inculpado, dentro del mismo proceso que se le instruye, caso en el que quedará enmarcada dentro de la propia acción penal.

Pero puede adoptar el carácter de una responsabilidad civil, si quien ejercita la acción de reparación de daños no es el Ministerio Público, sino directamente el ofendido por el delito o su representante legal, y no directamente en contra del inculpado, sino a cargo de algún tercero distinto de él, según veremos adelante. En esta hipótesis, la acción podrá deducirse en el mismo proceso penal o bien en sede civil.

En corroboración, el artículo 34 del Código Penal Federal, establece que “la reparación del daño proveniente de delito que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público”, pudiendo el ofendido aportar pruebas al Ministerio Público o al juez, según el caso, para demostrar la procedencia y monto de la reparación. La ley sanciona con multa el incumplimiento del Ministerio Público, a la obligación anterior. (Si bien equívocamente se refiere al incumplimiento de la obligación “por parte de las autoridades”).

El mismo dispositivo legal aclara que cuando la reparación deba exigirse a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente, en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales y autoriza para recurrir a la vía civil, cuando no pueda obtenerse ante el juez penal la reparación del daño en virtud del no ejercicio de la acción por parte del Ministerio Público o bien de existir sobreseimiento o sentencia absolutoria.

Importa para efectos prácticos, hacer la distinción entre la responsabilidad civil nacida del delito y la responsabilidad objetiva que no necesariamente debe ser generada por un acto ilícito.

Las principales diferencias que se advierten entre una y otra, son que esta última, tiene como fundamento el peligro que representan las cosas, en virtud de los daños que potencialmente y de manera normal puede causar su empleo o utilización, sin que importe la culpabilidad del agente, pues la responsabilidad puede surgir aun en el caso de una sentencia absolutoria e inclusive cuando los daños sean consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, habida cuenta que la responsabilidad objetiva que es estudiada bajo la teoría del riesgo creado, sólo persigue el pago de los daños y la indemnización de los perjuicios a quien sufrió la afectación de su esfera de derechos.

Según hemos dicho, la responsabilidad civil nacida del hecho delictuoso, fundada como está en la teoría subjetiva de la culpa del autor, no puede prescindir de esta consideración, de modo que no podrá condenarse al inculpado al pago de los daños y perjuicios, si es absuelto de la acusación o si se prueba que no existió relación de causalidad entre la conducta activa u omisiva del procesado y los daños que se produjeron.

Por su parte, el Código Penal para el Distrito Federal establece en el párrafo segundo del artículo 44, que “en todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación de daños o perjuicios y probar su monto, y el juez a resolver lo conducente”. En todo caso, —establece el último párrafo del artículo 49— el afectado podrá optar en cualquier momento por el ejercicio de la acción civil correspondiente.

Podemos concluir que como regla general, la acción de reparación de daños constituye una pena pública en nuestro medio, en la medida que corresponde su ejercicio obligatoriamente al Ministerio Público y el juez no puede dejar de condenar a su pago.

La reparación del daño resultaría cuestión accesoria en el proceso, sólo cuando ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, el ofendido o su legítimo representante promovieran la reparación de daños en el propio juicio, contra algún tercero ajeno al inculpado, adoptando así la forma de una responsabilidad civil.

La accesoriadad deviene de la circunstancia relativa a que de no ejercitarse por el ofendido o su representante legal la acción civil de reparación del daño, ello no tendrá relevancia alguna en cuanto al objeto principal del proceso, o sea, no se afectará por ello la resolución legal del conflicto de intereses que se propone el proceso penal.

De esta forma, si la acción reparadora la ejercita el Ministerio Público al mismo tiempo que la acción penal, contra el inculpado, entonces ocuparía junto con ésta, el objeto principal del proceso.

El fenómeno no representa novedad, especialmente para el jurista mexicano, porque el proceso penal tiende a la represión de los actos punibles, mediante la imposición de penas, y a la luz de los artículos 24, 29, 31 y 34 del Código Penal Federal, la reparación del daño constituye (junto con la multa y lo que el artículo 52, del Código Penal para el Distrito Federal define como “sanción económica” que es la aplicación de hasta tres tantos del lucro obtenido y de los daños y perjuicios causados) una pena, o sea, la sanción pecuniaria justamente que, solicitada por el Ministerio Público en el proceso, contra el infractor, (solicitud que, según hemos expresado, la ley le obliga a formular en todos los casos, y que también resolverá obligatoria-

mente el juez, a riesgo de ser sancionados con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo) no queda duda que se trata de una pena pública, y como tal, malamente podría estimarse como objeto accesorio del enjuiciamiento penal.

En cambio, nada se opone a la consideración de la reparación del daño como un objeto accesorio del proceso penal (o sea, si la reclama el ofendido o su representante, a alguna de las personas relacionadas en el artículo 32, en los términos del 34 párrafo tercero del Código Penal Federal o del artículo 36 del Código Penal para el Distrito Federal) cuando asume la forma de responsabilidad civil.

Pareciera ser que el interés del Estado en que se resarza del daño al ofendido por el delito, deriva no tanto de atender a un interés privado de naturaleza patrimonial, sino más bien obedece al propósito de tranquilizar a la sociedad que espera que el delincuente pague el daño privado que ocasionó con el delito, lo que justifica la pretensión legal de que el Ministerio Público lo solicite en todo proceso y de manera oficiosa, sin que el juez pueda absolver de la reparación de daños al emitir una sentencia penal condenatoria.

Si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial al castigo del delito, dejando librada a la víctima a su propia suerte, asegura Albin Eser, ahora se le dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima.<sup>2</sup>

Es que el rol que juega la víctima se extiende a todo el sistema de justicia penal, a los fines perseguidos por el Derecho penal pero también al *iter* prometido por el Derecho Procesal Penal para el logro de esos propósitos.

Unidad o separación de las acciones penal y reparadora. En otro orden de ideas, un sector de la doctrina se formula el planteamiento acerca de la conveniencia de que la acción resarcitoria de los daños reciba tratamiento separado al de la acción penal, en atención a las diferentes consecuencias que una y otra generan y a los distintos presupuestos que requieren, pues mientras la primera busca que el delincuente pague el importe de los daños que causó con su conducta delictiva, la acción penal persigue prioritariamente su castigo.

<sup>2</sup> Eser, Albin. “Del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal, tendencias nacionales e internacionales”, traducción de Fabricio o. Guariglia y Fernando J. Córdoba, *Acercas De los Delitos y de las Víctimas*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2001, pp. 15-52.)

Quienes adoptan este criterio estiman que la reparación de daños no debe interferir, para bien o para mal, con la reglamentación de las otras consecuencias del delito, primordialmente con la pena.

Contemplados estos conceptos desde el opuesto mirador de la reparación del daño, parecieran emparentadas con la corriente doctrinaria que postula la moderna Victimología como disciplina independiente, en tanto considera al Estado como entidad que se ha apropiado del conflicto de intereses que provoca el delito, argumentando que dicho conflicto de intereses se presenta sólo entre victimario y víctima, pero el Estado lo “expropia”.

Con ello, se afirma, se pospone a un plano accesorio el interés de la víctima en que se le reparen los daños, en aras del establecimiento de la pena que viene a estatizar el conflicto que, de esta forma, es resuelto sin su intervención.

Sin embargo, el común origen de las acciones y el acatamiento a la unidad de jurisdicción que pugna por encontrar soluciones uniformes, no contradictorias, abonan la teoría de su unificación que, adicionalmente, redundando en cuestiones de economía procesal al resolverse por el juez penal, en un solo fallo, tanto la situación jurídica del reo, como las pretensiones resarcitorias del ofendido o la víctima que así, no tendrán que esperar la terminación del juzgamiento penal para intentar la reparación del daño en juicio diverso.<sup>3</sup>

La solución mexicana. Nuestras legislaciones constitucional y procesal, orientan su criterio hacia el terreno de unificar las acciones penal y reparadora, cuando sea el Ministerio Público el que las ejercite, o sea, que se suscita una concurrencia de acciones que no se excluyen entre sí, en el mismo proceso penal, en el caso en que la reparación del daño adopta la forma de una pena pública y constituye junto con la acción penal, el principal objeto del proceso penal.

Sin embargo, esa unificación de la acción penal con la reparadora queda a la voluntad del ofendido o la víctima del delito, cuando la reparación del daño asume la forma de responsabilidad civil, demandando su pago de un tercero distinto del inculpado, caso en el cual podrá ser deducida en el propio proceso penal o en sede civil, a su elección.

<sup>3</sup> En este mismo sentido, se expresa: “cuando de un hecho punible nacen pretensiones patrimoniales es muy natural atender las pretensiones de resarcimiento del ofendido ya en el procedimiento penal, para evitar el doble trabajo, pero también para evitar decisiones contradictorias. De este modo, se tiene en cuenta, a la vez, el interés de una reparación rápida de la persona que sufrió el daño”. Roxín, Claus. *Derecho Procesal Penal*, traduc. de la 25a. ed., alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, s. r. l., 2000, p. 538.

Se sostiene pues, el principio de la persecución penal pública permitiendo, no obstante, una intervención suficientemente efectiva del ofendido o la víctima, en aras de la obtención integral de la reparación cuando ésta debe hacerla un tercero distinto del inculpado.

En este orden de cosas, la acción civil para reparar el daño, puede afirmarse que es exclusiva del ofendido por el delito o de su representante legal,<sup>4</sup> en la inteligencia de que no es subsidiaria puesto que puede promoverse desde el inicio del enjuiciamiento, sin consultar previamente con el Ministerio Público, de manera que no requiere como condición para ser ejercitada que este órgano del Estado rechace el ejercicio de la acción pública, puesto que por el contrario, el Ministerio Público obligatoriamente tendrá que deducir esta última, por mandato del Apartado A, fracción IV del artículo 20 constitucional.

Inclusive la acción de reparación de daños nacida con motivo de un delito, puede ser ejercitada por el ofendido o la víctima con independencia del resultado que penalmente pueda ocurrir en el proceso penal, debiendo acotarse sólo a los casos en que el daño se genere en un hecho delictivo y no provenga de un hecho que aunque siendo ilícito, no tenga el carácter de delictivo. Este criterio campea en nuestros tribunales federales.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> No está demás subrayar el hecho de que el ofendido puede demandar por medio de su representante legal, fundamentalmente cuando se trata de un menor de edad o en la hipótesis de que sea ofendida una persona moral, o en fin, cuando siendo varios los afectados, con el ánimo de que no exista pluralidad de procedimientos y, en su caso, de condenas por una acción, nombran todas un solo representante legal.

<sup>5</sup> “Responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito. No es indispensable que se condene criminalmente al acusado, para que se le considere responsable en la vía civil, por ser ambos procesos de naturaleza distinta (legislación del estado de Puebla). Del texto de los artículos 864, 865, 866, fracción III, y 867 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Puebla, integral y armónicamente concatenados, se observa que no se requiere que antes de dictar sentencia definitiva en el juicio de responsabilidad civil proveniente de delito, exista sentencia penal condenatoria, toda vez que admitir ese criterio haría nugatorio el derecho que establecen los artículos en comento, a fin de que la víctima del delito o los parientes o personas facultadas legalmente para ello, puedan hacer efectivo a través de la vía civil, el daño causado por el delito o como consecuencia de éste, porque se podría llegar al extremo de que si no se aprehende al inculpado oportunamente, la acción penal se extinguiría y nunca se dictaría sentencia, menos condenatoria, en el proceso penal y correlativamente tampoco se pronunciaría en el juicio civil. El fallo que se emita en éste no está condicionado, ni debe condicionarse a la sentencia penal, pues ambos procesos y consecuentemente las sentencias, son de naturaleza distinta; el juicio penal es de orden público, la sociedad está interesada en él y su fin último es la determinación de la comprobación del cuerpo del delito y la responsabilidad penal del acusado, incluyendo, en caso afirmativo, la reparación del daño en forma automática, por tener el carácter de pena pública, en términos del artículo 50 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla; en cambio, el juicio civil está regido

Reparación del daño exigible a terceros. Hemos dicho que la reparación del daño constituye un derecho del ofendido o la víctima del delito o de sus causahabientes, para que se les paguen los daños y se les indemnicen los perjuicios ocasionados con motivo del delito.

Conforme a nuestra legislación, la reparación del daño reviste un doble carácter, ello a pesar de la multitud de críticas que ha recibido de la doctrina: de un lado, figura como pena pública (cuando la solicita el Ministerio Público contra el directamente inculpado por el delito y dentro de la misma causa penal que a éste se instruye) pero también adopta la forma de una responsabilidad civil, cuando es reclamada por el ofendido o su representante legítimo, a persona distinta del inculpado, caso en el que puede formularse la demanda correspondiente en la misma causa penal instruida al inculpado, o bien en sede civil.

No obstante, por imperativo legal (artículos 34 del Código Penal Federal y 44 del Código Penal para el Distrito Federal), en todo caso el Ministerio Público debe ejercitar conjuntamente con la acción penal, la reparadora de daños y el juez está obligado a resolver lo conducente, estableciendo la ley que cuando la reparación del daño tenga carácter de pena pública, podrán coadyuvar a la determinación de su existencia y monto, el ofendido o sus derechohabientes y que la obligación de pagarla es preferente con respecto a cualesquiera otras contraídas con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

por normas que pertenecen al derecho privado, en el que se controvierten intereses particulares y el daño causado por el delito debe estar plenamente acreditado, para que proceda la condena a su pago”. No. Registro: 192,649, Tesis aislada Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* Tomo: X, Diciembre de 1999, Tesis: VI.3o.C.71 C, Página: 776.-“Responsabilidad civil proveniente de delito y responsabilidad civil proveniente de hechos ilícitos no penales y de hechos lícitos. Su diferencia consiste en el origen de los hechos o actos que las producen (legislación del estado de Puebla). De lo dispuesto por los artículos 853, 866 y 867 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Puebla, se colige que tanto en la acción de responsabilidad civil proveniente de delito, prevista por la sección primera del capítulo sexto del código invocado, como en la diversa responsabilidad civil proveniente de hechos ilícitos no penales y de hechos lícitos, establecida por el artículo 874 de dicho ordenamiento, la pretensión consiste en que se resarza al actor de los daños causados en su perjuicio, y sólo las diferencia el origen de los hechos o actos que los producen. Esto es, si tales daños o perjuicios surgen a virtud de hechos o actos que provienen de la comisión de un delito, se estará en la hipótesis relativa a la acción de responsabilidad proveniente de delito; empero, cuando éstos provienen de hechos o actos ilícitos no penales o lícitos, se entenderá que se surte la acción de responsabilidad civil”. No. Registro: 184,780, Tesis aislada, Materia(s): Civil, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: XVII, Febrero de 2003 Tesis: VI.1o.C.58 C, Página: 1140.

Pues bien, es precisamente la reparación del daño exigible a personas distintas del inculpado, la que reglamentan como incidente nuestros códigos adjetivos penales.

El artículo 32 del Código Penal Federal, establece quiénes son esos terceros a los que se puede reclamar el daño:

I) Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad (renglón éste, omitido en el artículo 46 del Código Penal para el Distrito Federal);

II) Los tutores, (curadores, agrega el código distrital) y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; (habría que reparar a qué incapacidad alúdase y si el grado de ella, permitiría a quien la padece, ser sujeto del reproche penal, pues en caso negativo, malamente podrían cometer hechos calificados como delitos, de los que pudiera desprenderse alguna pena pecuniaria).

III) Los directores de internados o talleres que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquellos; (Vale aquí la misma crítica anterior, puesto que de acuerdo con el artículo 15-VII del Código Penal, el delito se excluye cuando se carece de la necesaria imputabilidad penal, es decir, entre otros supuestos en nuestro medio, cuando no se han cumplido los 18 años de edad, de tal forma que no pudiendo legalmente cometer delitos los menores de 16 años, como quiere la fracción relativa del artículo que se examina, tampoco puede generarse de ahí válidamente, una responsabilidad civil. Seguramente estas son las razones por las que en el código distrital fue eliminada esta fracción.)

IV) Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio;

V) Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan, quedando exceptuada la sociedad conyugal, en la que cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y

VI) El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquellos fueren culposos.

Hay que recordar (artículos 31 del Código Penal Federal y 43 del distrital) que la reparación será fijada por los jueces según el daño que sea preciso reparar.

A la reparación tienen derecho en este orden:

- a) El ofendido;
- b) En caso de su fallecimiento, el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad;
- c) A falta de éstos, los demás descendientes y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento. (Artículo 30-bis del Código Penal Federal. El código distrital, artículo 45, alude a la víctima u ofendido y, a su falta, a sus dependientes económicos o derechohabientes, en términos del derecho sucesorio.)

Sobre este particular, Colín Sánchez, con justicia se pregunta: ¿Por qué si el ofendido tiene derecho al resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la ejecución del ilícito penal, el inculpado, víctima de un procesamiento y de una sentencia injusta, no es resarcido del daño sufrido por parte del Estado?

El artículo 20, Apartado C), fracción IV, señala entre los derechos de la víctima o el ofendido, el que se le repare el daño y ordena que la ley fije procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.

No está por demás subrayar que el párrafo segundo del artículo 31 del Código Penal Federal, establece que para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos de imprudencia, (haciendo una clara alusión a los que derivan del tránsito de vehículos) el Ejecutivo de la Unión reglamentará sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación.

El Ejecutivo de la Unión, a pesar del tiempo transcurrido desde la puesta en vigor del Código Penal, no ha convertido en derecho vigente el reglamento que fije la forma de garantizar por medio del seguro respectivo, el daño que se irroge con motivo de un hecho de tránsito, lo que constituye una de las razones por las que en un gran número de casos, queden burlados quienes tienen derecho a la reparación del daño.



## LOS RECURSOS EN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Jorge OJEDA VELÁZQUEZ\*

Desde que fue despojado de su sacralidad y aceptado en el mundo laico la infabilidad del juzgador, se establecieron los grados o instancias en que una decisión jurídica debería ser analizada.

Por lo que respecta a la tradición jurídica mexicana, tres han sido las instancias en que una causa penal puede ser vista, como se advierte de su legislación constitucional: Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, de 22 de octubre de 1814 (art. 199); así como las Bases y Leyes Constitucionales de la República Mexicana de 1836 (arts. 34 y 35); las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843 (art. 183); el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 (art. 61); la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 (art. 24) y la vigente Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (art. 23) han contenido mandatos normativos los cuales disponen que:

“Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias...”

Por instancia debemos entender el conjunto de actuaciones practicadas desde la interposición de la acción litigiosa hasta la sentencia definitiva; de tal manera que si alguna de las partes no está de acuerdo en las actuaciones del juzgador, en este *iter*, puede impugnarlas a través del correspondiente recurso.

De lo anterior se advierte con meridiana claridad que los recursos pueden interponerse dentro del juicio o después de concluido éste.

Recurso significa, como diría Guasp, volver a dar curso al conflicto, un volver en plan revisor sobre lo andado; de manera que ante quien deba resolverlo concurren las partes que contendieron ante el inferior a pedirle que

\* Magistrado de Circuito del Segundo Tribunal Colegiado de Circuito. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

reanalice la cuestión controvertida y que decida, si la apreciación efectuada por éste se ajusta o no a la ley correspondiente y en su caso, a solicitar que reforme la determinación con lo cual no se está conforme.

Por otra parte, no debemos olvidar que el recurso es un derecho subjetivo de quienes intervienen en el procedimiento respectivo y tiene como fin que se corrijan los errores causados por las autoridades del primer conocimiento; sin embargo, no basta que las partes supliquen, insten o soliciten abrir esta ventana jurídica si no que tienen que estar legitimadas; además, que hayan recibido o sufrido un perjuicio jurídico personal, concreto y actual; es decir, una afectación trascendente en sus bienes o derechos, que constituye el objeto de análisis en la segunda instancia y por ende, materia para que se corrija o reforme por medio del recurso de impugnación correspondiente.

1. El Código Nacional de Procedimientos Penales, expedido por el Ejecutivo Federal, el 4 de marzo de 2014, en vigor al día siguiente, en el Libro segundo, Título XII, Capítulo I, denominado “Disposiciones Comunes”, señala en su artículo 456, cuáles son las reglas generales a que deben de uniformarse los recursos.

Estas, por lo que se advierte de su lectura, pueden clasificarse académicamente como condiciones taxativamente objetivas: “Las resoluciones judiciales podrán ser recurridas sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en este Código”

*Subjetivamente expresas:* “El derecho de recurrir corresponderá tan sólo a quien le sea expresamente otorgado y pueda resultar afectado por la resolución”, y

*Sustancialmente precisas:* “En el procedimiento penal sólo se admitirán los recursos de revocación y apelación, según corresponda”

2. Respecto de las condiciones de interposición, el artículo 457 del mencionado Código Adjetivo Nacional, dispone que: “Los recursos se interpondrán en tiempo y forma que se determinen en este Código, con indicación específica de la parte impugnada de la resolución recurrida”

Así por ejemplo si en el todavía vigente Código Federal de Procedimientos Penales, se señala que en tratándose de autos de formal prisión, el recurso de apelación se interpondrá por escrito ante el Juez que lo dictó, dentro de los tres días siguientes a la notificación y en cinco días, si se tratare de sentencia definitiva; el actual Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 471 reitera el mismo plazo, formalidad y ante quién debe interponerse.

Empero, agrega otra novedad consistente en la obligación que tiene el apelante de especificar la parte de la sentencia que causa agravios, parte que en la práctica los buenos litigantes señalan con letras mayúsculas:

Parte de la resolución que causa agravios: El resolutivo primero en relación con el Considerando Segundo (en la parte que decide la existencia del cuerpo del delito o bien, el resolutivo segundo en relación con el Considerando Tercero que declara la culpabilidad del sentenciado).

3. Al igual que en los procedimientos constitucionales de amparo, el artículo 458 del comentado Código condiciona la interposición del recurso a que la parte sufra un agravio; esto es, que se le cause alguna lesión, daño, perjuicio a un bien jurídico protegido y que el apelante no haya contribuido a provocarlo. Obviamente si la decisión emitida por el juzgador es favorable a los intereses de una de las partes, no tendrá interés jurídico para impugnarla. Esta nace cuando la decisión emitida causa daño, lesiona o perjudica a una de las partes.

También señala que “el recurso deberá sustentarse en la afectación que causa el acto impugnado, así como en los motivos que originaron ese agravio”. En otras palabras debe señalarse el objeto o materia del recurso; *v. gr.* “...en el considerando tercero del auto de vinculación a proceso, el juzgador señaló que la responsabilidad penal del imputado quedó acreditada con tales y cuales datos de prueba...” lo cual me causa agravio por las siguientes razones:

Contra esta consideración se expresaron los motivos de agravio, los cuales no son más que la argumentación jurídica que se aduce contra la tesis sostenida por el juzgador; es la expresión del porqué del agravio, una frase genérica sobre tal posición podría expresarse así: “Mi defenso no está de acuerdo con la imputación formulada por la fiscalía respecto a la existencia del cuerpo del delito por las siguientes razones” (argüir).

O bien puede aducir que:

Su señoría si bien se acreditó el cuerpo del delito, mi defenso no lo cometió al haber actuado en legítima defensa, como se puede inferir de tales y cuales probanzas (argüir) por lo cual pido a su señoría que declare la inocencia del mismo.

4. Enmarcado dentro de una visión reductiva del espíritu nacional, el artículo 459 del Código procesal en comento dispone las escasas hipótesis en que la víctima u ofendido pueden hacer uso, por sí o a través del Ministerio Público, de estos recursos:

Solo podrán apelar respecto de resoluciones:

- a. Las que versen sobre la reparación del daño causado por el delito, cuando estime que hubiere resultado perjudicado por la misma;
- b. Las que pongan fin al proceso, y
- c. Las que se produzcan en la audiencia de juicio, sólo si en este último caso hubiere participado en ella.

Se afirma esta percepción personal reductiva, habida cuenta que, por ejemplo, a la víctima u ofendido por el delito no se les permite apelar de la negada orden de aprehensión ni del auto de libertad dictados en términos de los artículos 16 y 19 constitucionales; presupuestos básicos para obtener la reparación del daño, habida cuenta que siendo el edificio procesal un multifamiliar de 7 (siete pisos), aquellos constituyen la planta baja y el primer piso respectivamente, ¿cómo se podrá después reclamar la reparación del daño, si desde sus bases constructivas se les niega el derecho no sólo de apelar sino de aportar pruebas sobre este concepto?. Lo anterior es así, si tomamos en cuenta que la reparación del daño se encuentra hasta el cuarto piso, bajo el siguiente esquema:

Primer piso: cuerpo del delito;

Segundo piso: responsabilidad penal;

Tercer piso: individualización de la sanción privativa de libertad;

Cuarto piso: reparación del daño;

Quinto piso: suspensión de derechos;

Sexto piso: decomiso;

Séptimo piso: concesión de beneficios alternativos a la prisión (cuando la pena privativa de libertad es inferior a cinco años, por ejemplo).

También es muy importante resaltar, tomando como base la citada fracción I, que la reparación del daño debe ser integral. Al respecto, recuerdo muy bien mis votos particulares en el Tribunal Colegiado en materia penal, al advertir que a menudo las Salas penales del Distrito Federal condenaban solo por el daño material y absolvían del daño moral, por que según ellos en sus consideraciones señalaban que no existían pruebas en el expediente. Ellos ignoraban que el artículo 1916 del Código Civil, luego de definir qué debe entenderse por daño moral, la segunda porción normativa señala que este se presumirá *iure et iure* cuando el delito se cometa con violencia. De ahí que también debe condenarse por este daño, además de que la reparación es una sola, al así estipularlo el artículo 42 de esta entidad federada.

La segunda hipótesis de legitimación activa para interponer un recurso por parte de la víctima u ofendido, se refiere a decisiones emitidas por el juzgador que pongan fin al proceso. Estas decisiones puede ser a través de un proveído, decreto o acuerdo que de por concluido el proceso o bien que culmine con una sentencia.

La tercera hipótesis está relacionada con el derecho a impugnar, por estas partes, respecto de aquellas resoluciones que se produzcan en la audiencia de juicio, condicionado dicho derecho a que la víctima u ofendido hubieren participado en ella. Esta es una condición objetiva de excepcionalidad a que se refiere el primer párrafo del artículo 456, que porta un aire de inconstitucionalidad, toda vez que si por causas extraordinarias física o biológicas (enfermedad o tránsito vehicular pesado), una de ellas no puede estar en la audiencia, el castigo de pérdida del derecho a la reparación del daño es desproporcional frente a la violación del principio de inmediación en el proceso.

En general, nosotros hemos sostenido<sup>1</sup> que tanto en el anterior procedimiento mixto como en este oral, la víctima u ofendido siempre ha sido tratado como un “minusválido jurídico”, si tomamos en cuenta que su intervención en el proceso penal depende siempre de que el Ministerio Público firme su solicitud de coadyuvancia y que el juez le reconozca tal carácter. De ahí que el último párrafo del artículo 459 prevea una solución ante el conflicto de intereses que surjan entre ellos, veamos:

Cuando la víctima u ofendido solicite al ministerio público que interponga los recursos que sean pertinentes y éste no presente la impugnación, explicará por escrito al solicitante la razón de su proceder a la mayor brevedad.

Este conflicto se evitaría si reconociéramos a la víctima u ofendido su calidad de parte civil, su participación en el proceso independiente, a fin que pudiera concurrir, por su propio derecho o con abogado particular, con plenitud de derechos, a los procedimientos desarrollados ante el Juez de Control, de enjuiciamiento oral o el de ejecución de penas o; ante el tribunal de apelación e incluso ante el de casación a defender sus derechos, ofreciendo pruebas en las instancias pertinentes, intervenir en el desahogo de las mismas, alegar, impugnar todo tipo de decisiones en las tres instancias, etcétera.

5. Otras reglas generales a la que las partes en los procedimientos orales deben someterse, se refiere a la pérdida y preclusión del derecho a recurrir y al desistimiento del recurso. Estas están previstas en el artículo 460 del

<sup>1</sup> *Derecho Constitucional Penal*, t. I, México, Porrúa, 2000, pp. 673-698.

Código Nacional en comento. Son comunes a otros procedimientos como los civiles, laborales y administrativos, por lo cual podemos llamarles “principios generales del derecho”, por ejemplo:

- a. Se pierde el derecho a recurrir una resolución judicial cuando se ha consentido expresamente (párrafo primero). Esto ocurre si las partes renuncian al recurso dentro del plazo señalado para interponerlo. A la inversa;
- b. Precluye el derecho a recurrir cuando, una vez concluido el plazo que la ley señala para interponerlo, éste no se ha realizado (párrafo segundo).
- c. Otro principio general previsto en el párrafo tercero es aquel relativo a las hipótesis de quienes interponen un recurso pueden desistirse de él antes de su resolución y además es lógico afirmar que los efectos del desistimiento no se extienden a los demás recurrentes o adherentes del recurso, pues si el agravio sufrido es personal, es lógico que a quien afecte en su esfera se desista y sólo a él le perjudica tal manifestación de voluntad particular.
- d. Si el Fiscal, de acuerdo con las reformas que se avecinan será el titular de la acción penal y el Ministerio Público, el defensor de las víctimas u ofendidos; el primero podrá desistirse del recurso interpuesto y por lo mismo de la instancia. Si tomamos en cuenta que no es lo mismo desistirse de la acción penal que de la instancia; aquel acto deberá realizarse mediante determinación motivada y fundada. En el sistema mixto, no hay que olvidarlo, el Ministerio Público podría desistirse de la acción penal, previo permiso obtenido de sus superiores. Desistirse de la instancia no es más que un acto de responsabilidad personal cuyas consecuencias serán también personales. Desistirse de la acción trae aparejada además consecuencias políticas. De ahí que se requiera al actual Ministerio Público, la consulta y el permiso de sus superiores.

El cuarto párrafo añade que: “Para que el desistimiento del Defensor sea válido se requerirá la autorización expresa del imputado”. No podría ser de otra manera, puesto que ante un conflicto de intereses debe prevalecer la voluntad del imputado, pues al final de cuentas él será quien sufrirá las consecuencias jurídicas de su obrar u omisión. Aún cuando se afirme que es el Defensor, quien sabe el derecho; sin embargo, es el imputado quien sufrirá las penas impuestas y él sabe bien lo que le conviene.

6. El artículo 461 reitera otra regla común a los recursos: Debe interponerse ante el órgano que emite la decisión impugnada, este dará trámite al

mismo y corresponderá al tribunal de alzada competente decidir si lo admite o desecha y luego deberá resolverlo.

Al emitir su decisión, el tribunal de apelación debe tomar en cuenta solamente los agravios expresados por el o las recurrentes. El nuevo procedimiento oral hace desaparecer la suplencia de la queja a que tan cómodamente los mexicanos estaban atendidos. Pues añade que queda prohibido extender el examen de la decisión recurrida a cuestiones no planteadas en ellos o más allá de los límites del recurso, a menos que se trate de un acto evidentemente violatorio de derechos fundamentales del imputado, única hipótesis que se reparará de oficio.

El segundo párrafo de este artículo crea una figura jurídica que hoy denominaremos “succión procesal” cuya hipótesis se concretiza cuando “... uno sólo de varios imputados por el mismo delito interpusiera algún recurso contra una resolución, la decisión favorable que se dictara aprovechara a los demás, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente”. Lo anterior lo inferimos a través de esta hipótesis: cuando alguno de ellos apela y sus agravios son tan consistentes que el tribunal de apelación le da la razón en cuanto a la no existencia de los elementos del delito, ello favorecerá no sólo al apelante sino a todos los coimputados; no sucede así en otra diversa, en que confirmada esta declaración, el tribunal de apelación reforma sólo el capítulo de individualización de las sanciones, considerando al apelante como cómplice y no coautor material, en cuyo caso la reducción de las sanciones sólo favorecerá al apelante.

7. El siguiente artículo 462 reitera el principio de *non reformatio in peius*, esto es la prohibición de modificación de la sentencia en perjuicio del recurrente, si nada más interpone el recurso éste, más no el Ministerio Público o la víctima u ofendido. Lo anterior es así, por la sencilla razón de que el recurso interpuesto no puede perjudicar a quien lo promueve. En cambio, si ambas partes lo interponen, la contienda es adversarial y ganará quien aduzca los mejores agravios, pues de esta manera se respeta el equilibrio y la igualdad procesal de las partes.

8. El artículo 463 porta otra novedad reflejada en un único efecto en la interposición de los recursos; reza tal precepto: “La interposición de un recurso no suspenderá la ejecución de la decisión...”. Por tradición jurídica, en México, la interposición del recurso de apelación producía, por lo que hace al dictado de la sentencia o decisión final, un doble efecto: Por un lado de la ejecución de la decisión y por el otro, el devolutivo; esto quiere decir que se suspende la ejecución de la sentencia mientras se resuelve el recurso y, al mismo tiempo se devuelve la jurisdicción al tribunal superior. Con esta reforma y con el objeto de preservar el principio de inmediación, se eliminó

el efecto suspensivo en la ejecución de la decisión y así lo reafirma el artículo 472 siguiente: “Por regla general la interposición del recurso no suspende la ejecución de la resolución judicial impugnada”.

9. La última “disposición común” a los recursos, la señala el artículo 464 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al establecer que en las hipótesis de indebida fundamentación de la sentencia o resoluciones impugnadas, así como los errores de forma en la transcripción, en la designación o el cómputo de las penas, no se debe de anular la decisión; cuenta habida que no trascienden al resultado del fondo del fallo, por ej. un error en la cita de los nombres del sentenciado, en la declaración de culpabilidad o imposición general de sanciones, ya que éstas serán corregidas en cuanto sean advertidos o señalados por alguna de las partes, o aún de oficio. Con ello se evita el estéril e inútil incidente de aclaración de sentencia en el procedimiento oral y se hace más expedita la justicia.

10. En el Capítulo II del Título XII, denominado de los “Recursos en Particular”, se dispone que son dos los medios legales de impugnación: el de Revocación y el de Apelación.

El recurso de revocación procederá, así lo señala el artículo 465:

- a) En cualquiera de las etapas del procedimiento penal en las que interviene la autoridad judicial;
- b) En contra de las resoluciones de mero trámite que se resuelvan sin sustanciación.

La naturaleza horizontal del recurso de revocación impele a afirmar que el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, la examine de nueva cuenta y dicte la resolución que corresponda.

11. Es un recurso que rompe con la oralidad del procedimiento adversarial, habida cuenta que el artículo 466, ordena que se interpondrá oralmente o por escrito, según se haga valer durante la audiencia o fuera de ella, bajo las siguientes reglas:

- I. Si el recurso se hace valer contra las resoluciones pronunciadas durante la audiencia, deberá promoverse antes de que termine la misma. La tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato y de la misma manera se pronunciara el fallo.

Ya estaremos escuchando las sólitas frases de este drama procesal:

— Objeción su señoría, interpongo el recurso de revocación contra esta decisión;

- Ha lugar a proceder, o
- No ha lugar a proceder.

II. Si el recurso se hace valer contra resoluciones dictadas fuera de audiencia, deberá interponerse por escrito en un plazo de dos días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, expresando los motivos por los cuales se solicita. El órgano jurisdiccional se pronunciará de plano, pero podrá oír previamente a las demás partes dentro del plazo de dos días de interpuesto el recurso, si se tratara de un asunto cuya complejidad así lo amerite.

En relación al tiempo para dictar la resolución correspondiente, la última parte del artículo 466 en cita dispone que si:

La resolución que decida la revocación es interpuesta oralmente en audiencia, deberá emitirse de inmediato.

La decisión que decida la revocación es interpuesta por escrito, deberá emitirse dentro de los tres días siguientes a su interposición.

En caso de que el órgano jurisdiccional cite a otro día para audiencia por la complejidad del caso, resolverá en ésta.

12. Por lo que respecta a las resoluciones específicas que emite el Juez de Control y que son apelables, el artículo 467 del Código Nacional de Procedimientos Penales enumera cuáles son, en las siguientes fracciones:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;
- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

13. Por otra parte, el artículo 468 señala cuáles son las resoluciones del Tribunal de Enjuiciamiento que pueden ser apelables:

I. Las que versen sobre el desistimiento de la acción penal por el Ministerio Público;

II. La sentencia definitiva en relación a aquellas consideraciones contenidas en la misma, distintas a la valoración de la prueba siempre y cuando no comprometan el principio de inmediación, o bien aquellos actos que impliquen una violación grave del debido proceso.

14. Un trámite muy importante y novedoso respecto del recurso de apelación en el procedimiento oral, lo constituye el enunciado previsto en el artículo 469 el cual dicta lo siguiente: “Inmediatamente después de pronunciada la resolución judicial que se pretenda apelar, las partes podrán solicitar copia del registro de audio y video de la audiencia en la que fue emitida sin perjuicio de obtener copia de la versión escrita que se emita en los términos establecidos en el presente Código”. Novedoso, toda vez que en el nuevo procedimiento no habrá que esperar la notificación hecha a las partes por el actuario o secretario, del auto o sentencia impugnada, si no que la iniciativa la toman aquellos, al solicitar copia del registro del auto y video de la audiencia en la que fue emitida. Importante, pues hay que destacar y destrabar los problemas nuevos que esta norma *porta con sé*, en relación al día en que surtirá sus efectos la notificación, sobre la cual pueden actualizarse las siguientes hipótesis:

- a. A partir de la solicitud de registro para apelación.
- b. ¿A partir de que le son entregadas copia de la versión escrita o del audio y video?

Nosotros creemos en esta segunda opción, ya que es a partir de que se tiene conocimiento del contenido del registro y de la versión, se podrá combatir los relativos considerandos y resolutivos que causan agravio o perjuicio.

15. *Per quanto riguarda* a la inadmisibilidad del recurso, el precepto 470 dispone que el Tribunal de Alzada declarará inadmisibile el recurso cuando:

III. Haya sido interpuesto fuera del plazo;

IV. Se deduzca en contra de resolución que no sea impugnabile por medio de apelación;

V. Lo interponga persona no legitimada para ello, o

VI. El escrito de interposición carezca de fundamentos de agravio o de peticiones concretas.

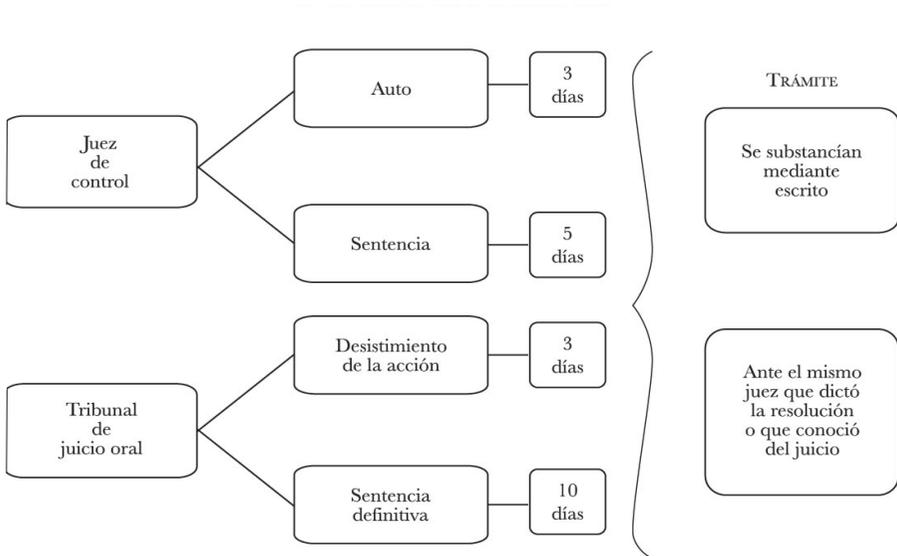
(Punto último sobre el cual no estoy de acuerdo, pues en la tradición jurídica mexicana, siempre ha estado presente la suplencia de la queja, más

en materia penal, en la que está en juego la libertad del individuo; suplencia que este nuevo procedimiento oral desaparece ante el principio de igualdad de armas que trae consigo.)

16. De conformidad a lo señalado en el artículo 471 del Código Nacional, el recurso de apelación se tramita en dos etapas: Primera. Contra las resoluciones del Juez de Control se interpondrá por escrito ante el mismo Juez que dictó la resolución, dentro de los tres días contados a partir de aquel en el que surta efectos la notificación si se trata de auto o cualquier otra providencia y de cinco días si se trata de sentencia definitiva.

Contra las resoluciones del tribunal de enjuiciamiento, si es contra el desistimiento de la acción penal en 3 días y sentencias definitivas 10 días.

### TABLAS DE PLAZOS DE IMPUGNACIÓN



Por lo que respecta al contenido del escrito, sigue señalando el artículo 471 que en él deberá señalarse:

1. El domicilio del recurrente. En caso de que el Tribunal de Alzada competente tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deben fijar nuevo domicilio en aquel lugar.
2. El medio para ser notificado, por ejemplo, un correo electrónico.

3. En el mismo escrito de interposición del recurso, el recurrente debe precisar las disposiciones violadas y los motivos de agravio correspondiente, en la forma como se señaló en párrafos arriba al comentar el art. 457.

En relación a la cantidad de copias, el recurrente deberá exhibir una copia para el registro y una para cada una de las partes. En caso, de que las exhiba total o parcialmente se le requerirá para que se presente los omitidos dentro del término de 24 horas y en caso de que no las exhiba, el Juez las tramitará e impondrá al promoverle multa de 10 a 150 días de salario, excepto cuando este sea el imputado o la víctima u ofendido.

La sustanciación del recurso prosigue ante el mismo Juez, quien deberá correr traslado del mismo a las partes para que se pronuncien en un plazo de 3 días respecto de los agravios expuestos y señalen domicilio y autorizar el medio o medios de comunicación para ser notificado.

La reacción de una de la contraparte será:

- a. Contestar los agravios;  
El de la otra parte,
- b. Adherirse a él (art. 473) novedad copiada de la nueva Ley de Amparo que creó la revisión adhesiva.

17. Quien tenga derecho a recurrir podrá adherirse en un término de 3 días contados a partir de que reciba el traslado del recurso. Estos agravios, como se adelanta tenderán a reforzar la decisión del Juez apelado o bien, señalar aquella parte de la decisión que lo perjudica y su interés jurídico subsiste, porque el recurrente desea que la decisión favorable subsista y se reforme en la parte mínima que lo perjudica, a fin de obtener un mayor beneficio.

18. No hay que, olvidar que como sucede en la materia civil, se desarrolla un pequeño proceso, habida cuenta que sobre la adhesión se debe correr traslado a las demás partes en un término de 3 días y una vez concluido los plazos otorgados, el Juez debe enviar los registros correspondientes al tribunal de alzada que deba conocer del mismo (art. 474); no sin antes checar si ellos manifestaron o si no lo hicieron, prevenir a las partes para que si es su deseo, exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, ante el tribunal de Alzada.

Ojo: se previene para que las partes formulen alegatos aclaratorios, no para ampliar los agravios, pues estos deben formularse al momento de interponer el recurso y dentro del término concedido para hacerlo.

19. La segunda etapa de la substanciación del recurso de apelación se desarrolla ante el tribunal de alzada, el que una vez recibidos los registros correspondientes, se pronunciará de inmediato sobre la admisión del recurso (art. 475)

¿Cuáles son los puntos sobre los que debe pronunciarse el tribunal de apelación en el auto de admisión? Creemos que son los siguientes:

- a. Si el tribunal es competente para conocer del recurso.
- b. Si el recurso fue interpuesto por la parte que tiene interés jurídico (chechar la legitimación *ad causam* y *ad procesum*)
- c. Si fue interpuesto en tiempo y forma y sea el adecuado.
- d. Los efectos en que debe admitirse.

Sobre este último punto, se discute si el Juez *A quo* debe admitir el recurso en el efecto devolutivo o suspensivo. La doctrina, no debe olvidarse, coincide en que el Juez *A quo* es un solo tramitador del recurso, es decir lo pone en grado de substanciarlo administrativamente, mas no tiene poder jurisdiccional para decidir su admisión, ni calificar la personalidad o personería de las partes, tampoco para decidir si fue interpuesto en tiempo y los efectos en que se debe de admitirlo, puesto todo ello, es el Tribunal de apelación el que debe pronunciarse.

20. Este tribunal prosigue con la substanciación del recurso emplazando a las partes (art. 476); decretando el lugar y fecha para la celebración de la audiencia principal; en el caso de que las partes, hubiesen manifestado en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios, se celebrará una audiencia previa la que deberá tener un lugar dentro de los cinco y quince días después de que fenezca el término para la adhesión.

21. Si no existe adhesión, de todas maneras, parece decir el artículo 477, se celebra esta audiencia previa, la que deberá tener lugar dentro de los cinco días después de admitirse el recurso principal (segundo párrafo del art. 476). Una vez abierta la audiencia, se concederá la palabra a la parte recurrente para que exponga sus alegatos aclaratorios sobre los agravios manifestados por escrito, sin que pueda plantear nuevos conceptos de agravio. Esta prescripción legal viene a confirmar nuestro criterio al respecto, señalado párrafos antes.

El tribunal de alzada, como lo pudimos observar en la República de Colombia, el o los miembros del tribunal pueden solicitar aclaraciones verbales a las partes sobre las cuestiones planteadas en sus escritos.

22. Al concluir esta audiencia, el tribunal podrá dictar de inmediato la sentencia en forma oral; o, por escrito, dentro de los tres días siguientes a la celebración de la misma (art. 478).

23. Finalmente, el procedimiento ordinario de apelación que inició con una solicitud o escrito para que se examine de nueva cuenta la decisión emitida por el Juez A quo, cumple su objetivo al confirmar o reformar (modificar o revocar) la sentencia, y eventualmente ordenar la reposición del acto que dio lugar al recurso (art. 479).

Buena disposición última, ya que no es lo mismo reponer todo el procedimiento que reponer el acto que dio lugar al recurso.

Por otro lado, el segundo párrafo de este artículo, señala la hipótesis de que

...en caso de que la apelación verse sobre exclusiones probatorias (lo que era antes un auto de no admisibilidad), el tribunal de alzada requerirá el auto de apertura al Juez de Control, para que en su caso, se incluya el medio o medios de prueba indebidamente excluidos, y hecho lo anterior lo remita al tribunal de enjuiciamiento competente.

## MESA 8



## COMENTARIO SOBRE EL “PARADIGMA PROCESAL PENAL” EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA

Sergio GARCÍA RAMÍREZ\*

Este trabajo corresponde a mi exposición en las XV Jornadas sobre Justicia Penal, desarrolladas en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por convocatoria del propio Instituto y de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, que tengo el honor de presidir. Esas Jornadas, que tuvieron lugar al término de 2014, constituyen la decimoquinta edición de un programa académico desarrollado año tras año, para examinar, con el concurso de numerosos especialistas —académicos y aplicadores del Derecho—, algunos de los temas de mayor relieve y actualidad en el ámbito de las disciplinas penal, tanto jurídicas como políticas, criminológicas y criminalísticas.

Las Jornadas favorecen la reunión y la deliberación de un buen número de expositores y centenares de investigadores, catedráticos, funcionarios de la procuración y administración de justicia, activistas y defensores de los derechos humanos, legisladores, estudiantes y estudiosos de estas disciplinas. En la casi totalidad de los casos, el Instituto de Investigaciones Jurídicas, por sí solo o asociado a otras entidades —así, el Instituto Nacional de Ciencias Penales o el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal— ha publicado las memorias de las Jornadas, que de tal suerte favorecen la aproximación al conocimiento de cuestiones que preocupan y ocupan a la sociedad mexicana —y a la comunidad de otros países— en el ámbito de su especialidad.

Las XV Jornadas, de 2014, se destinaron al análisis del flamante, discutido Código Nacional de Procedimientos Penales, expedido en ese mismo año al amparo de reformas constitucionales que facultaron al Congreso de la Unión para legislar en materia procesal penal para toda la República. En

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador Nacional Emérito del Sistema Nacional de Investigadores. Exprocurador general de justicia del Distrito Federal y exprocurador general de la República. Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

junio de 2016 deberá alcanzar todo el ámbito de su vigencia en los términos dispuestos por la Constitución.

Las reflexiones que aquí ofrezco provienen de un libro en preparación acerca del denominado “sistema acusatorio oral adversarial”, o bien, “nuevo sistema procesal penal”, que tiene raíz foránea en las instancias, el ordenamiento y la práctica anglosajones —que han penetrado intensamente, por diversas vías y de manera decisiva, en el marco jurídico mexicano—, en movimientos de reforma en diversos países europeos —a su vez influidos por el ímpetu del enjuiciamiento penal anglosajón— y, sobre todo, en América Latina —principalmente—, aunque no exclusivamente en Chile. También hubo planteamientos oriundos de nuestro medio. Todo ello quedó alojado, con mayor o menor fortuna, en la reforma constitucional de 2008, y luego en el ordenamiento nacional de 2014.

Aprecio muchos progresos en aquella reforma constitucional y en el ordenamiento derivado de ella, que por primera vez reúne en un solo ordenamiento para la Federación y las entidades federativas, todo el régimen procesal penal, que había permanecido disperso en más de una treintena de códigos de procedimientos, como ya mencioné, merced a lo que algún jurista denominó “extremoso federalismo”, que ciertamente no tributa a la adopción y el desarrollo de una verdadera política nacional en esta importante materia.

Reformado el artículo 73 constitucional para conferir al Congreso de la Unión la facultad de regular el procedimiento penal —y los sustitutivos del proceso, que son piedra clave del nuevo régimen penal adjetivo, mucho más que el denominado juicio oral—, queda pendiente la unificación de la ley penal sustantiva, paso adelante requerido desde hace décadas y resistido constantemente, sin argumentos suficientes, por los partidarios de una dispersión legislativa que obstaculiza la buena marcha de la justicia penal.

En las Jornadas a las que me refiero y en las que participaron muchos expositores que dieron luz —salvo yo mismo— sobre los temas de su competencia, tuve a mi cargo la referencia al proceso penal democrático, concepto proyectado sobre la normativa procesal penal vigente. En esa oportunidad me referí a lo que se ha dado en llamar el “nuevo paradigma” de la justicia penal mexicana —como también se habla, con expresión discutible, de un “nuevo paradigma” en el trato constitucional de los derechos humanos, a partir de 2011. Pero no es el caso discutir ahora si nos hallamos ante nuevos paradigmas —en todo o en parte— o frente a antiguos modelos —también en todo o en parte— que readquirieron perfil y fuerza y hoy marchan a la cabeza de la normativa nacional.

Al comentar estos extremos, es preciso tomar en cuenta la reforma constitucional de 2008 y el Código Nacional de Procedimientos Penales

(CNPP), que son el marco para la recepción del “paradigma”. En mi concepto, la reforma constitucional logró introducir en la Constitución figuras, derechos y garantías que deben figurar en la ley suprema de nuestro tiempo, y en muchos casos amplió o detalló principios y normas establecidos en la Carta Magna desde 1917, o aún antes, si se revisan los precedentes del constitucionalismo interno.

A mi juicio esa reforma constitucional tuvo un carácter “ambiguo”, en tanto concentró —ya que no concilió— elementos de carácter democrático con datos de naturaleza autoritaria. De ahí que yo haya titulado un libro acerca de esta materia como *La reforma penal constitucional. ¿Democracia o autoritarismo?* Existe, sin duda, esa doble presencia, que sustenta y justifica el título del libro. Por lo que toca al Código Nacional, éste recoge naturalmente —pero a veces contraviene o difiere— la guía constitucional y traza un nuevo derrotero para el procedimiento de su especialidad. Menudean los elogios hacia este ordenamiento, muchos de ellos justificados. Y también abundan las críticas, también justificadas, que señalan errores y sugieren correcciones.

No pretendo intervenir ahora en este debate, en el que ya he participado en diversos foros académicos. Me limitaré a intentar un esbozo —solamente esto, con la mayor modestia— acerca de algunos aspectos que pueden concurrir al diseño de un paradigma procesal de corte democrático. A partir de los elementos que a continuación expongo sería posible ponderar la adecuación del ordenamiento procesal penal al paradigma democrático. Por supuesto, esto constituye una tarea de mayor alcance.

Los analistas del nuevo régimen procesal han emprendido su examen bajo diversos rótulos y con distintas orientaciones. La doctrina, la legislación (que se mueve, hoy día, con una celeridad que no tuvo en el pasado reciente: de ahí la necesidad de reformar el artículo 73 constitucional e introducir otro “arreglo” en el esquema federal mexicano), la jurisprudencia y, no menos, la práctica cotidiana, aportarán motivos de reflexión para adelantar en la concreción verdadera —el mundo de los hechos, distanciado del mundo de los dichos— del paradigma procesal.

Esto último me lleva a invocar nuevamente las reflexiones de Piero Calamandrei, cuando subraya que el proceso no se disciplina perfectamente a las normas del código procesal y aledañas, sino a la actuación y al sentido que le imprimen sus personajes: policías, fiscales, peritos, jueces, auxiliares, ejecutores, etcétera. Son ellos, en verdad, quienes construyen o destruyen un buen sistema procesal. Así se ha visto y así se verá. Veamos, pues, qué traen los primeros años de aplicación nacional de una normativa que paulatinamente han acogido la Federación y las entidades que la integran.

Paso a exponer en seguida el tema que elegí para mi propia participación en las XV Jornadas. En este texto, cuya base es la exposición verbal de la materia, incluiré algunas reiteraciones, con cierto detalle, sobre los puntos mencionados en las líneas anteriores y desenvolveré algunos “extremos” notables, a mi juicio, del paradigma democrático. También destacaré opiniones críticas, expuestas por diversos analistas, y riesgos previsible.

\* \* \*

En el marco de los trabajos y los debates vinculados a las reformas constitucionales de 2008 y 2013 y a la adopción del Código Nacional de Procedimientos Penales se ha invocado, a menudo, el concepto de “paradigma” o “nuevo paradigma” del procedimiento penal, del mismo modo que los trabajos preparatorios y el examen posterior a la reforma de 2011 sobre derechos humanos utilizó esa expresión a propósito de su trascendental materia: “nuevo paradigma constitucional de derechos humanos”.<sup>1</sup>

En lo que toca al orden constitucional, acaso podríamos preguntarnos si se trata —*in toto*— de auténticos nuevos paradigmas o de recuperación de modelos básicos, radicales, con adecuaciones atentas al tiempo y la circunstancia en la que aparecen las expresiones normativas calificadas como paradigmáticas y las fórmulas en las que éstas se manifiestan. Pudiera ser excesivo o distractivo el empleo de aquel término —que resulta, sin embargo, aleccionador y determina efectos socialmente útiles—, si se reconoce el significado radical de un paradigma, entendido como modelo, referencia, destino, a los que debieran disciplinarse las formas concretas de pretender y asumir la materialización de determinadas ideas, intenciones, proyectos, en cierto medio y en determinado tiempo.

En rigor —y siempre por lo que toca al sistema constitucional de los derechos humanos, no así, por supuesto, en lo que respecta al régimen penal— lo que ha ocurrido es la recuperación de un antiguo paradigma, altamente bienhechor, por un lado, y el surgimiento de novedades, por el otro, cuyo conjunto aporta el “nuevo estatuto del ser humano” o “estatuto contemporáneo del ser humano”.<sup>2</sup> Lo primero, porque la reforma de 2011 recupera la noción radical de los derechos humanos “reconocidos”, no “otorgados” o

<sup>1</sup> Cfr. Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<sup>2</sup> García Ramírez y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3a. ed., p. XIX.

“concedidos”, y en este sentido insiste en la función de la asociación política como garante de la vigencia y la práctica de esos derechos, según enseñaron los antiguos textos fundacionales de las sociedades liberadas,<sup>3</sup> entre ellos nuestras Constituciones, tanto en el alba de la república como a la mitad del siglo XIX.<sup>4</sup>

Volvamos a la justicia penal. El empleo de la expresión “paradigma” en conexión con esta materia sugiere la posibilidad y la necesidad de reflexionar sobre el sentido del proceso penal —instrumento de la justicia penal— en una sociedad democrática —otra cosa sería en una sociedad autoritaria, despótica, opresiva—. Se trata de explorar los aspectos centrales del paradigma procesal penal en una democracia de este tiempo —aquí y ahora—,

<sup>3</sup> Así, la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia del 12 de junio de 1776 señala en su artículo III: “Que el gobierno es, o debiera ser, instituido para el bien común, la protección y seguridad del pueblo, nación o comunidad; de todos los modos y formas de gobierno, el mejor es el capaz de producir el máximo grado de felicidad y seguridad, y es el más eficazmente protegido contra el peligro de la mala administración; y que cuando cualquier gobierno sea considerado inadecuado, o contrario a estos propósitos, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo, de la manera que más satisfaga el bien común”. La Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América menciona en su párrafo segundo del 4 de julio de 1776: “Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados; que cuando quiera que una forma de gobierno se haga destructora de estos principios, el pueblo tiene el derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que a su juicio ofrecerá las mayores probabilidades de alcanzar su seguridad y felicidad”. En este mismo sentido, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789 establece en el artículo 2o.: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

<sup>4</sup> El Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado el 22 de octubre de 1814 en Apatzingán estableció en su artículo 4o. “Como el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres; sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, éstos tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera”; el artículo 24 agrega: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos, y el único fin de las asociaciones políticas”. Por otro lado, la Constitución Política de la República Mexicana de 1857 refirió desde su artículo 1o. “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.

y en seguida confrontar los desiderata que figuran en aquél con las aplicaciones que constan en un régimen procesal determinado, por ejemplo, el que acogen nuestra Constitución y el consecuente CNPP. De esta forma podremos advertir la mayor o menor distancia que media —o la conformidad total que se plantea, en su caso— entre el paradigma establecido y el ordenamiento expedido.

Dejaré de lado, tomando en cuenta las características de esta exposición, el estudio detallado de los rasgos generalmente atribuidos a los sistemas inquisitivo y acusatorio, así como algunos aspectos de la polémica histórica entre partidarios de cada uno de aquéllos y sostenedores del régimen mixto, que ha sido el más favorecido en el curso de mucho tiempo —sobre todo a partir de la Revolución Francesa y de la codificación napoleónica— y reaparece como telón de fondo. De aquí se debe partir al examen sobre la recepción del sistema acusatorio por parte en la reforma constitucional de 2008 y el CNPP, y los conceptos y criterios que a este respecto aportaron ambos procesos de reforma.

No sobra, sin embargo, recordar que ambos tipos de proceso —el acusatorio y el inquisitivo— tienen raíces históricas muy profundas; aparecieron en diversas épocas y acumularon experiencias de vario género, partidarios y adversarios. De ello da cuenta la conocida y muy documentada descripción que figura en la monumental obra de Vincenzo Manzini, quien sigue la historia de estos regímenes y formula observaciones sobre sus ventajas y desventajas, razones y sinrazones, conforme a los rasgos que cada tipo ofreció en la circunstancia en la que operaron y en el curso de su propio desenvolvimiento histórico.<sup>5</sup>

Aun cuando la atención general sobre la obra revolucionaria de Beccaria se ha dirigido sobre todo a cuestiones conectadas con la legalidad penal, las sanciones —sobre todo, la pena de muerte— y la tortura, el marqués se ocupó en temas procesales, como lo ha destacado Mario Pisani,<sup>6</sup> que constituye, al decir de Giuliano Vassalli, un “terreno central de la batalla liberadora de Beccaria”.<sup>7</sup> En este orden de cuestiones, Beccaria impugnó lo que

<sup>5</sup> Cfr. *Tratado de Derecho procesal penal*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín, Buenos Aires, Librería “El Foro”, 1996, t. I, pp. 34 y ss. Véase la descripción sintética que proporciona Julio Maier, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 3a. reimp., de la 2a. ed., 2004, t. I, pp. 443 y ss.

<sup>6</sup> “Cesare Beccaria et le proces pénal”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Milán, 1988, p. 36.. Asimismo, cfr. Pisani, *Attualità di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè Editore, pp. 7 y ss.

<sup>7</sup> “Spunti di politica criminale in Cesare Beccaria”, en Varios, *Cesare Beccaria and Modern...*, cit., p. 25.

se denominó enjuiciamiento “ofensivo”, esto es, inquisitivo, y favoreció el llamado “informativo”, que implica una “indagación indiferente del hecho, según manda la razón”.<sup>8</sup>

En su oportunidad, Manzini dijo que el acusatorio (en beneficio de los necesarios deslindes y matices, agreguemos: acusatorio histórico), un proceso de corte civilista, es “algo muy distinto del ideal de publicidad, de oralidad, etc., sobre el que algunos andan fantaseando”, y relata la suerte de epitafio que puso al acusatorio el artículo 24, parágr. 3, de la Constitución Criminal Teresiana, declarando “enteramente abolido el tal voluntario proceso de acusación por los mencionados y por otros destados motivos y dificultades”. Así —agrega el tratadista italiano— “terminaba una experiencia de muchos siglos”.<sup>9</sup>

Había llegado la hora del inquisitivo, que Manzini describe y al que dedica elogios que no podríamos suscribir si recordamos —sin mengua de las reales o supuestas virtudes que pudo tener hace siglos, en alguna expresión histórica— sus excesos y torpezas en el curso del tiempo. Mencionemos la reflexión del tratadista italiano: el inquisitivo “ofrecía mejores medios que el otro para una eficaz represión de la delincuencia y estaba más en conformidad con el espíritu de los tiempos y del régimen que sucedió al de las llamadas libertades municipales”.<sup>10</sup> Aquella “virtud”, la competencia del sistema para luchar contra la delincuencia y su coherencia con nuevos vientos autoritarios, son los mismos atributos que se han esgrimido para retener variantes inquisitivas —en las normas o en las prácticas— entre los pliegues del proclamado sistema acusatorio.

Ahora me concentraré en el fenómeno que entraña la dialéctica constantemente observada en este ámbito de la vida jurídica, política y social, que se traslada a las soluciones normativas: de un lado, el retiro de derechos, libertades y garantías, en favor del Estado justiciero; del otro, el reconocimiento, la restitución y la ampliación de esos derechos, libertades y garantías del individuo, temas que debemos examinar en conexión con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Lo que nos interesa finalmente, en realidad, es la adopción y efectividad de un modelo de proceso penal democrático, que brinde seguridad y justicia al amparo de los valores y principios acogidos en una sociedad de ese carácter. Este modelo suele identificarse con el sistema acusatorio; su

<sup>8</sup> Así, en *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, estudio introductorio de Sergio García Ramírez, México, Fondo de Cultura Económica, 1a. ed., de la 1a. reimp., 2006, cap. “Del espíritu de fisco”, pp. 255 y 256.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 34 y 49.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 49.

contrapartida, con el inquisitivo. Miremos a continuación las condiciones que debieran caracterizar al proceso penal congruente con el modelo que pretendemos seguir.

Es preciso que el enjuiciamiento reconozca y exprese el papel del orden penal para la democracia; bien está que sea eficaz, breve, observable, pero ningún rasgo de este carácter formal debiera oscurecer o frustrar su compromiso con los valores propios de una sociedad democrática.

Aquí invocaré la afortunada expresión de César Beccaria en su *Dei delitti e delle pene*, hace un cuarto de siglo, amparado en las ideas liberales que enarboló con fortuna. Si pudiéramos establecer una escala universal de los delitos y de las penas—sostuvo el ilustre milanés—, sabríamos el grado de libertad o de tiranía que prevalece en una sociedad. Y esta idea, desenvuelta a lo largo de *Dei delitti*, culminaría en el teorema general que corona la obra. En suma, Beccaria propuso un orden penal mínimo, insignia del penalismo democrático contemporáneo.<sup>11</sup>

A ese concepto del Derecho penal mínimo —en su vertiente adjetiva— se conforma el enjuiciamiento de la sociedad democrática. Si el orden punitivo es el último recurso del control social, que debe subir a la escena excepcional y moderadamente, cuando otros remedios han resultado insuficientes para garantizar la seguridad y el imperio de la justicia en las relaciones sociales, la solución procesal formal debiera utilizarse con esa misma excepcionalidad y moderación.

Digamos desde ahora que el discurso que sustenta diversas instituciones compositivas de manejo delicado, alojadas en el basamento procesal constitucional y desenvueltas —con mejor o peor fortuna— en el CNPP, se esfuerza por reconocer este rasgo minimalista del sistema penal, sustituido por métodos extrapenales o para penales que implican menor intervención del Estado y mayor injerencia de los particulares interesados. Ahora bien, es obvio que esas instituciones han de satisfacer —y esta es la gran cuestión que aquí sobreviene— el propósito de justicia que anima al sistema en su conjunto.

El modelo que ahora examinamos, paradigma para la construcción del ordenamiento procesal —y, sobre todo, de la práctica del enjuiciamiento desde el inicio de éste hasta su formal conclusión—, debe cargar el acento en el espacio de las libertades del individuo justiciable, sus derechos y garantías, sus defensas frente a la tentación tiránica que vela en todas las encrucijadas del laberinto penal.

<sup>11</sup> Cfr. García Ramírez, *Los reformadores. Beccaria, Howard y el Derecho penal ilustrado*, México, Tirant lo Blanch/Instituto Nacional de Ciencias Penales-Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 66 y 67.

Ya he señalado que en este extremo entran en juego el individuo —la persona, el ser humano— en situación de sumo desvalimiento frente a la sociedad, que lo mira con temor o recelo, y el Estado, que se erige como su acusador, juzgador y verdugo. El valimiento del individuo depende de la solución que aporte el sistema penal y, en éste, la vía procesal. Obviamente no se trata de negar automáticamente toda culpa e imponer la absolución del inculpado, que sería un agravio para la justicia; pero tampoco de sancionarlo sin miramiento, sin reconocimiento de derechos —la plena defensa, entraña del debido proceso— ni despliegue de garantías, que aseguren el juicio justo en bien del inculpado y del conjunto social.

Si se ha de poner énfasis en los derechos y las garantías del inculpado, lo mismo corresponde hacer en relación con la víctima de la conducta ilícita, un personaje frecuentemente olvidado o postergado en el ejercicio penal.<sup>12</sup> Éste sale gradualmente del ostracismo en el que le mantuvo confinado la idea de que la persecución penal corresponde exclusivamente al Estado. El ofendido recupera derechos materiales y, con ellos, derechos procesales —legitimación en actos del enjuiciamiento—, y avanza en el camino de lo que ahora denominamos la “reparación integral”, favorecida en México por la Ley General de Víctimas.<sup>13</sup>

Es claro que el ofendido que pugna por el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, debe contar con instrumentos que verdaderamente le permitan alcanzar estos objetivos. A ello obedecen las facultades que le reconocen el CNPP y la Ley de Amparo y las figuras auxiliares que “emparejan” al ofendido con el inculpado, como el asesor jurídico introducido en la preceptiva constitucional y pendiente de aparición suficiente y consolidación en la práctica procesal.

<sup>12</sup> Sobre esta materia en el panorama de América Latina, cfr. Varios, *La víctima del delito en el proceso penal latinoamericano*, Pedro Bertolino (coord.), Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Santa Fé, Argentina, 2003. En esta obra colectiva aparece mi artículo “Situación procesal del ofendido por el delito (Derecho mexicano)”, pp. 391 y ss., que corresponde a una etapa anterior a la normativa constitucional y legal vigente en la actualidad.

<sup>13</sup> Esta ley apareció en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. De conformidad con el artículo 27, la reparación integral comprende: 1) La restitución, que busca devolver a la víctima a la situación anterior a la comisión del delito o a la violación de sus derechos humanos; 2) la rehabilitación, que consiste en facilitar a la víctima los recursos para hacer frente a los efectos sufridos por causa del hecho ilícito; 3) la compensación de todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables; 4) la satisfacción, que busca reconocer y restablecer la dignidad de las víctimas; 5) las medidas de no repetición a fin de que el hecho punible o la violación de derechos sufrida por la víctima no vuelva a ocurrir; y 6) en su caso, la reparación colectiva tratándose de grupos, comunidades u organizaciones sociales que hayan sido afectados por la violación de los derechos individuales de sus miembros o cuando el daño comporte un impacto colectivo.

En el mismo conjunto de elementos que concurren a erigir el modelo o paradigma del enjuiciamiento penal en una sociedad democrática se halla todo aquello que permita determinar, revisar y controlar, con justicia y puntualidad, el alcance y el quehacer de Leviatán en el proceso penal, donde comparece como una suerte de “cruzado”: el “defensor de la sociedad”.

El enjuiciamiento correspondiente a un modelo político autoritario ensancha las potestades persecutorias del Estado; el que proviene de las corrientes democráticas —que prosperan al término del siglo XVIII— acota esas potestades de manera que sea posible conciliar legalidad y legitimidad, seguridad y justicia. Las fronteras asignadas al Estado en el modelo democrático —mínimo penal— no van más allá de lo estrictamente necesario para el buen cumplimiento de la función pública en este ámbito.

No pocos penalistas de nuestro tiempo —zarandeado por reclamaciones que harían naufragar o al menos pondrían en severo predicamento el orden democrático, a partir de su vertiente penal— se han ocupado en denunciar los nerviosos movimientos que han generado pasos penales fuera de los principios liberales que informaron esta materia a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Podríamos decir que estos problemas se hallan en el corazón del debate político-criminal del presente, que coteja las urgencias de la eficacia con las exigencias de la libertad y la justicia. Veamos algunos comentarios en esta dirección, que no podría ignorar el intérprete de las novedades normativas y de sus aplicaciones prácticas en nuestro país, y mucho menos el analista que mira hacia el futuro.

Zaffaroni hace ver que tras el Estado de Derecho vela armas el Estado de policía,<sup>14</sup> y que existe un “avance contra el tradicional derecho penal liberal o de garantías. Se invocan estados de excepción o emergencias justificantes”; entre las características de ese avance figura el “marcado debilitamiento de las garantías procesales”.<sup>15</sup>

Por su parte, Perfecto Andrés Ibáñez señala que ciertas respuestas penales frente al fenómeno del crimen y al despliegue de la justicia para combatirlo, “han generado su propio régimen procesal de excepción, formal y de facto”; existe un problema tradicional de “endémica crisis de vigencia de las garantías procesales”; éstas son “bienes escasos”, que forman filas entre los

<sup>14</sup> Cfr. “La justicia como garante de los derechos humanos en México y América Central: la independencia del juez”, en Varios, *La justicia como garante de los derechos humanos: la independencia del juez*, San José, Costa Rica, Unión Europea/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 1995, p. 15.

<sup>15</sup> *El enemigo en el Derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 14.

“gastos sociales improductivos”; hay que administrarlas “con sentido de la economía”, a “quienes las merezcan, y, en todo caso, con tiento”.<sup>16</sup>

De la opción política liberal y democrática, y de su proyección sobre el Derecho penal y procesal penal, deriva el minucioso régimen constitucional de atribuciones persecutorias del Estado, que se traslada al ordenamiento procesal secundario, el CNPP, y se desenvuelve en él. A este respecto será necesario examinar la legitimidad, pertinencia y extensión de esas atribuciones en cada etapa del procedimiento, a partir de la primera injerencia pública en el espacio de los derechos del individuo: las condiciones y reglas de la investigación —entre ellas, la formulación de la *notitia criminis* y la normativa sobre flagrancia— y el ejercicio de la acción.

La normativa en vigor no siempre atiende a esta exigencia garantista y permite actuaciones cuestionables del órgano de investigación, bajo la idea de que los excesos en una primera etapa del procedimiento serán remediados más tarde —a veces, mucho más tarde, cuando se ha causado un daño irreparable y mayor— por el tribunal. El “modelo” se sobrepone a la “necesidad” y opera desfavorablemente —tal es el riesgo— en la “realidad”. He aquí un punto crucial, en mi concepto, para el análisis de la reforma constitucional de 2008 y sus derivaciones secundarias.

Por supuesto, siempre se requerirá que el paradigma procesal provea los medios para que se haga justicia y se brinde protección a la sociedad —tutela ampliamente reconocida, incluso subrayada por la jurisprudencia interamericana al tiempo de analizar los dilemas de la seguridad, por una parte, y la preservación de los derechos básicos de las personas, por la otra—,<sup>17</sup> protección que no se asegura sólo con disposiciones jurídicas —ya se dijo—,

<sup>16</sup> “Las garantías del imputado en el proceso penal”, en Varios, *Los derechos fundamentales en la instrucción penal en los países de América Latina*, E.R. Zaffaroni y E. Carranza (coords.), México, Raoul Wallenberg Institute/Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente/Porrúa, 2007, pp. 176 y 177.

<sup>17</sup> La Corte Interamericana sostuvo en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad. Tampoco puede discutirse que toda la sociedad padece por las infracciones a su orden jurídico. Pero por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado puede valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al derecho o a la moral”. *Cfr. Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 154. Este criterio ha sido reiterado en los casos: *Godínez Cruz vs. Honduras*, Sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C, No. 5, párr. 162; *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*, Sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C, No. 52, párr. 204; *Durand y Ugarte vs. Perú*, Sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, No. 68, párr. 69; *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C, No. 70, párr. 174; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, Sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C, No. 99, párr. 86

sino a través de un amplio conjunto de elementos de tutela. Es así que se realiza una genuina defensa social, en el mejor de los sentidos.

Este es un tema crucial para el sistema penal en su conjunto, y particularmente para el orden procesal, frecuentemente asediado por el falso dilema entre la lucha contra el crimen y la defensa de los derechos humanos. El problema se plantea frente a todas y cada una de las que he denominado decisiones políticas fundamentales del sistema penal, que concurren a la orientación general de éste,<sup>18</sup> entre ellas el método para la aplicación al agente del delito de las consecuencias jurídicas correspondientes: el procedimiento penal. Es preciso superar esta supuesta antinomia —alentada por el autoritarismo y la ineficacia— y reconocer la necesidad y posibilidad de enfrentar la criminalidad y preservar los derechos humanos.<sup>19</sup>

En el examen del régimen procesal de los Estados europeos, Mireille Delmas-Marty hace notar cómo se enfrentan “de un lado, la eficacia del sistema penal, concebido como sistema de control de la criminalidad (y del lado opuesto, las garantías procesales (*due process*) que transforman el proceso penal en una carrera de obstáculos”. Este debate se manifestó inicialmente en los Estados Unidos; luego, en Europa. La cuestión de las opciones del proceso se refleja aquí “en la oposición entre la eficacia en la investigación de las infracciones y de sus autores, y el respeto de los derechos humanos de la persona”.<sup>20</sup> El temor de muchos penalistas —añade la ilustre profesora francesa— “es que la mundialización impone un derecho penal regresivo y opresivo, que sacrificaría la legitimidad con el único objetivo de ser eficaz”.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado reiteradamente de este asunto e insistido en la obligación estatal de combatir el delito y proteger a la sociedad, tarea que se debe cumplir con estricta observancia de los principios y las normas del Estado de Derecho y con respeto a los derechos humanos.<sup>21</sup> En el mismo orden interamericano conviene destacar los señalamientos de la Convención contra el Terrorismo y las declaraciones conexas emitidas en el foro en el que aquélla se aprobó,

y *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C, No. 94, párr. 101.

<sup>18</sup> Cfr. García Ramírez, “Panorama de la justicia penal”, en Varios, *La ciencia del Derecho durante el siglo XX*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 718 y ss.

<sup>19</sup> Cfr. García Ramírez, *La reforma penal constitucional. 2007-2008. ¿Democracia o autoritarismo?* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 3a. ed., 2010, p. XX.

<sup>20</sup> *Procesos penales de Europa (Alemania, Inglaterra y País de Gales, Bélgica, Francia, Italia)*, coord. Mireille Delmas-Marty, trad. Pablo Morenilla Allard, Zaragoza (España), Ed. Eijus, 2000, pp. 40 y 41.

<sup>21</sup> Cfr. García Ramírez, *El debido proceso. Criterios de la jurisprudencia interamericana*, México, Porrúa, 2012, p. 7.

que destacan la necesidad de mantener incólumes los derechos humanos incluso frente a esas formas exacerbadas de criminalidad.<sup>22</sup>

También es preciso analizar —y actuar como corresponda— la congruencia entre el sistema procesal adoptado y la naturaleza de la misión punitiva del Estado, que se debe reflejar en la regulación del enjuiciamiento, y que depende —racionalmente— de la necesidad de preservar con eficacia principios y valores inherentes a la democracia y responder a la demanda general de justicia, cuya insatisfacción trae consigo —como hemos visto, hasta la saciedad— una frustración generalizada y una peligrosa decadencia en la confianza de los ciudadanos, que a su vez engendra fuertes tentaciones autoritarias: el retorno a la “mano dura”; gobernar “con el código penal”, o el retorno a la justicia por propia mano..

Existe un notorio “aire privatizador” con énfasis en la dispositividad de la persecución y de la sanción, reducidas a procesos negociables e incluso prescindibles. Esta privatización, que conduce a soluciones compositivas, se vale de excelentes intenciones y argumentos persuasivos. Ciertamente puede alentar soluciones más liberales en el ámbito de la justicia penal —cuyo carácter de “justicia” se diluye o enrarece—, pero también erosionar o alterar fuertemente los principios, los fines y la eficacia de un orden penal declinante.

Reconozco que esta es una cuestión particularmente compleja, colmada de aristas, y que es difícil —y con frecuencia pudiera resultar errónea— cualquier solución tajante, simplista, que se aporte desde trincheras diversas y contrapuestas. El tema se halla en el centro de la normativa procesal que ahora examinamos. Lo está en el análisis de la reforma constitucional del 2008 y del CNPP, que ha buscado alternativas interesantes, pero sumamente cuestionables y ciertamente cuestionadas, que aún no han probado en los hechos su eficacia y su justicia.

<sup>22</sup> En el preámbulo de la Convención Interamericana contra Terrorismo se reafirmó que la lucha contra este delito “debe realizarse con pleno respeto al derecho nacional e internacional, a los derechos humanos y a las instituciones democráticas, para preservar el estado de derecho, las libertades y los valores democráticos en el Hemisferio, elementos indispensables para una exitosa lucha contra el terrorismo”. Asimismo, el artículo 15 dispone que: “Las medidas adoptadas por los Estados parte de conformidad con esta Convención se llevarán a cabo con pleno respeto al estado de derecho, los derechos humanos y las libertades fundamentales”.



## JUSTICIA RESTAURATIVA

Sergio J. CORREA GARCÍA\*

SUMARIO: I. *Política criminal integral para enfrentar el delito.* II. *Aplicación de la ley, acceso a la justicia y derechos humanos.* III. *Secuestro de los conflictos.* IV. *Esencia de la justicia restaurativa.* V. *Justificación de la justicia restaurativa.* VI. *Otras políticas y normatividad de Naciones Unidas en materia de justicia restaurativa.* VII. *Conceptos fundamentales de la justicia restaurativa.* VIII. *Modelos de justicia restaurativa.* IX. *Diseño, operación y evaluación de programas de justicia restaurativa.* X. *Conclusiones.*

### I. POLÍTICA CRIMINAL INTEGRAL PARA ENFRENTAR EL DELITO

Las respuestas formales e informales contra el crimen tienen como referente, desde luego, el cambio social; pero influye también —de forma importante— la cultura dominante del control punitivo en épocas determinadas, como es el caso de la modernidad tardía, que corre de finales del siglo pasado hasta nuestros días. Esta cultura del control precisa instituciones y prácticas a escala global, hemisférica y nacional. Al interior de los países interviene también en los niveles: subregional, comunitario y en grupos sociales específicos.

Por otra parte la denominada “lucha contra el crimen” implica diversos frentes que es fundamental articularlos a través de una política criminal y criminológica de forma coherente.

Al respecto resulta ejemplar el trabajo realizado por el Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente llevado a cabo en la ciudad de Milán, Italia, en el ya lejano 1985; evento que resaltó el tema de la *diversidad* de la criminalidad y, como consecuencia de ello, la pertinencia de una pluralidad y especialización de respuestas in-

\* Doctor en Ciencias Penales y Política Criminal. Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

terdisciplinarias e interinstitucionales contra el delito. De igual forma desde hace muchas décadas se insiste que el control punitivo es notoriamente insuficiente para lidiar con los problemas y calamidades de la modernidad tardía; por lo que es imperioso seguir llamando la atención en alternativas no punitivas contra ciertos delitos cuyo tratamiento represivo distrae recursos y fuerzas de un sistema penal que debe ocuparse sólo de infracciones penales de mayor gravedad y lesividad social: nos referimos a los movimientos abolicionistas y minimalistas del derecho penal y, en el campo de la criminología, a la crítica del sistema penal —desde el interaccionalismo simbólico hasta la crítica, histórica y social, del control—.

Es así como el congreso de referencia declaró que: la delincuencia tiene varias complejidades: es un problema de desarrollo nacional y, cada vez más, una cuestión internacional. Ciertas formas de criminalidad pueden obstaculizar el progreso político, económico, social y cultural de los pueblos, amenazar los derechos humanos, las libertades, la paz, la estabilidad y la seguridad nacional. En algunos casos, para combatir el delito, se requiere de la colaboración internacional, y en otros, tratar los factores socioeconómicos pertinentes como la pobreza, la desigualdad y el desempleo.

Por otra parte, el desarrollo *per se* no favorece el delito, pero un crecimiento desequilibrado e inadecuadamente planificado contribuye al aumento de la delincuencia. El éxito de los sistemas de justicia penal y de prevención del delito depende del mantenimiento de la paz, del mejoramiento de las condiciones sociales y de la elevación del nivel de vida y de un nuevo orden económico mundial más equitativo, así como de la índole multisectorial e interdisciplinaria de los programas.<sup>1</sup> Por otra parte, el sistema penal debe responder a la diversidad de los sistemas políticos, económicos y al cambio social. En este contexto, los Estados deben dar prioridad a: la prevención del delito y a sus mecanismos; fortalecer la cooperación internacional en materia preventiva y de justicia penal. También, hacer todo lo posible por vincular la prevención del delito al contexto del respeto a los derechos humanos y llevar a cabo políticas de gran envergadura contra el crimen organizado, sin olvidar la conveniencia de una mayor participación de los organismos internacionales en la prevención del delito y en la justicia penal.<sup>2</sup>

Finalmente, *la política criminal y el sistema de administración de justicia deben garantizar la igualdad ante la ley y la solución alterna de los conflictos*. La familia, la escuela y el trabajo deben ser parte prioritaria de las políticas preventivas

<sup>1</sup> *Plan de Acción de Milán*, Milán. 26 de agosto-6 de setiembre de 1985. Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, ONU.

<sup>2</sup> *Plan de Acción de Milán*, *op. cit.*

y los estados deben garantizar la promoción de la investigación científica como apoyo a la política criminológica, además de fortalecer la profesionalización del personal encargado de diseñar, ejecutar y evaluar las políticas y las acciones preventivas.<sup>3</sup>

## II. APLICACIÓN DE LA LEY, ACCESO A LA JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

El diseño de una política criminal racional y eficiente debe enfatizar tres aspectos fundamentales: 1) las condiciones suficientes para articular un sistema penal constitucional, social de derecho que cumpla, entre otros principios, con el de intervención mínima; 2) construir medidas no punitivas de solución de controversias donde la justicia se identifique no sólo con el castigo sino también con la solución integral de los conflictos y con la plena satisfacción de las necesidades y responsabilidades no sólo de índole penal de las partes intervinientes en las infracciones sino de otras obligaciones que se desprenden de normas jurídicas no penales; lo anterior con fines de restauración y solución de fondo de los asuntos. Dicho de otra forma: en países donde privan tantas desigualdades sociales [como México] los derechos y necesidades de las víctimas y de las comunidades afectadas por el mismo pasan a segundo término por la selectividad misma de un sistema penal antidemocrático que distribuye selectivamente la criminalización, por lo que es necesario buscar, fuera de las fronteras normativas represivas, otras fuentes jurídicas que, efectivamente, eduquen al delincuente y restituyan y compensen los daños victimales, y 3) en relación con el punto precedente: evitar el secuestro —por parte del Estado— de las atribuciones para definir la desviación, visibilizando y secuestrando de manera selectiva los conflictos.

En cuanto a la pretensión de un sistema penal democrático lo que encontramos en la realidad social es un desplazo del control punitivo, construido en la *modernidad*, hacia controles *utilitaristas-tecnocráticos* —en la modernidad tardía— resumidos a la perfección por David Garland (2001),<sup>4</sup> y por

<sup>3</sup> *Declaración de Caracas*, 1980.

<sup>4</sup> Al respecto, y de acuerdo con David Garland, sobresalen seis elementos de la cultura del control que están especialmente vigentes en nuestros días: a) énfasis creciente del castigo sobre el tratamiento; b) desarrollo de una perspectiva más populista o banal sobre el delincuente y la justicia -satanización del criminal- y politización de los temas de justicia; c) una reacción social adaptativa que desplaza la preocupación por el ofensor y su rehabilitación, por el riesgo personal y por la construcción de espacios seguros contra el crimen; d) deslegitimización de expertos y en su lugar la aplicación del “sentido común” para resolver los problemas del crimen; e) reconocimiento de los límites del Estado y la incorporación creciente

otro parte, asumir que la construcción en sí de dicho modelo punitivo encara graves problemas de legitimación frente a condiciones macro-estructurales dudosas y —hasta escandalosas— inherentes a variables claves como: aplicación de la ley, acceso a la justicia y el estado que guarda el efectivo cumplimiento de derechos humanos y libertades civiles: reconocer dicha complejidad y proyectar escenarios de cambios —posibles— porque el *no hacer nada* fortalece aquello que se cuestiona...

Es así como el Índice 2012 del *World Justice Project* maneja ocho factores que hacen referencia a las variables que mencionamos: 1) Limitaciones a los poderes del gobierno; 2) Ausencia de corrupción; 3) Orden y seguridad, 4) Derechos fundamentales; 5) Apertura gubernamental; 6) Aplicación de regulaciones gubernamentales y administrativas; 7) Justicia civil y 8) Justicia penal. La forma de avaluar dichos factores es de 0.00 a 1.00.

Se desglosan a continuación los factores por países entre ellos México:

<i>País</i>	<i>Limitación Poderes del Estado</i>	<i>Ausencia de corrupción</i>	<i>Orden y seguridad</i>	<i>Derechos fundamentales</i>	<i>Apertura gubernamental</i>	<i>Aplicación de regulaciones de gobierno administrativas</i>	<i>Justicia civil</i>	<i>Justicia penal</i>
México	0.55	0.37	0.50	0.56	0.53	0.49	0.40	0.35
Argentina	0.46	0.47	0.60	0.63	0.48	0.43	0.54	0.43
Chile	0.74	0.74	0.70	0.73	0.68	0.66	0.66	0.60
Colombia	0.55	0.44	0.43	0.55	0.51	0.52	0.53	0.43
El Salvador	0.50	0.45	0.58	0.58	0.37	0.52	0.49	0.25
Alemania	0.82	0.82	0.86	0.80	0.73	0.73	0.80	0.76
Francia	0.80	0.80	0.84	0.79	0.75	0.76	0.68	0.69
USA	0.77	0.78	0.83	0.73	0.77	0.70	0.65	0.65
Japón	0.80	0.84	0.89	0.78	0.82	0.87	0.77	0.78
China	0.36	0.52	0.78	0.35	0.42	0.41	0.43	0.54
Suecia	0.92	0.96	0.89	0.93	0.93	0.89	0.78	0.82
España	0.75	0.80	0.79	0.86	0.61	0.67	0.65	0.69
Inglaterra	0.79	0.80	0.84	0.78	0.78	0.79	0.72	0.75
Guatemala	0.52	0.29	0.59	0.59	0.46	0.43	0.41	0.37
Brasil	0.62	0.52	0.64	0.69	0.54	0.56	0.55	0.49
Canadá	0.78	0.81	0.88	0.78	0.84	0.79	0.72	0.75

de la sociedad como actor principal contra el crimen y f) la privatización de los asuntos de seguridad [“la venta del miedo al crimen” y la explotación comercial de servicios de seguridad y desarrollo de tecnología contra el delito].

A partir de este índice podemos concluir —en términos generales— que México ha logrado relativos avances en temáticas como: limitación de poderes formales; derechos fundamentales y apertura gubernamental, variables que debemos consolidar. Por otra parte, es menester fortalecer temas como: justicia cívica y regulación gubernamental y administrativa. Finalmente las tareas más pesadas (que requieren de nuevas estrategias mucho más eficaces y eficientes) son en los temas de: corrupción y organización de la seguridad pública como la justicia penal, para alcanzar niveles como los de Chile o España.

Al respecto existen importantes diagnósticos nacionales que patentizan los pendientes de nuestra justicia penal como el confeccionado por la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional denominado: *Elementos para la Construcción de una Política de Estado para la Seguridad y Justicia en Democracia* con motivo de la *Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia en Democracia Hacia una Política de Estado en los albores del Tercer Milenio* (agosto 2011). Al respecto presentamos el siguiente extracto elaborado por nosotros que da cuenta de algunos de los puntos abordados en tan importante evento:

Conforme al diagnóstico en materia de seguridad pública y justicia penal confeccionado por la UNAM son destacables, según nosotros, los siguientes aspectos torales:

1. Soporte teórico y conceptual insuficiente en la materia: se confunden y traslapan conceptos: “seguridad pública”, “seguridad ciudadana”, “seguridad humana”, “seguridad nacional”, concentrando el control en el Estado y estrangulando la participación ciudadana y comunitaria;
2. Prácticas institucionales inconsistentes con el marco constitucional y de los derechos humanos;
3. Las políticas de seguridad pública y de justicia penal se encuentran desvinculadas de los fines que persiguen;
4. No existen regulaciones y programas que atiendan a grupos vulnerables;
5. Los sectores de justicia y seguridad operan de manera desvinculada. Sus acciones se polarizan en castigo y en control policial y/o militar respectivamente;
6. La represión penal domina a la prevención del delito;
7. Un sistema de control reactivo y ausencia de políticas de construcción a corto, mediano y largo plazos;

8. Los intereses subjetivos dominan las razones de Estado en la lucha contra el crimen;
9. Las relaciones civiles y militares enfrentan circunstancias extraordinarias ya que la federación —como organización política— en lugar de coordinar y potenciar los activos existentes de los diferentes actores los divide en disputas políticas y presupuestales;  
El dominio del control castrense diezma la participación de la sociedad civil;
10. No existe una metodología adecuada de planificación y evaluación de las políticas públicas. Las reformas legislativas y las nuevas instituciones de renuevan constantemente sin rumbo claro;
11. La capacitación de vanguardia casi no existe;
12. La legitimidad se reduce ya que la inestabilidad de las políticas públicas ha hecho que la confianza ciudadana en sus instituciones disminuya sensiblemente y
13. Avanza la violencia.

Por lo que corresponde a las propuestas para atender los diversos problemas planteados en el diagnóstico, nuestra Máxima casa de Estudios, propone, entre otros aspectos, los siguientes:

1. Primacía del régimen constitucional de los derechos humanos;
2. Orientación hacia la seguridad humana;
3. Una política criminal que parta de la atención a los problemas de seguridad humana municipal y promueva la protección a las comunidades vulnerables;
4. Racionalización del uso de la fuerza;
5. Fortalecimiento del liderazgo civil;
6. Primacía de la prevención sobre el control;
7. Integralidad de la política;
8. Transversalidad entre esferas y áreas formales e informales involucradas;
9. Coordinación y subsidiariedad;
10. Metodología para la definición de políticas públicas;
11. Desarrollo de un enfoque funcional;
12. Compromiso responsable de los partidos políticos;
13. Máxima rendición de cuentas y transparencia;
14. Evaluación constante y responsable;
15. Atención prioritaria a quienes enfrenten mayor riesgo y vulnerabilidad, y

16. Corresponsabilidad de todos los actores e instituciones democráticas fuertes y transparentes.

### III. SECUESTRO DE LOS CONFLICTOS<sup>5</sup>

Independientemente de la complejidad que implica contar con una justicia penal deseable y viable y los años que se lleve construirla sobre todo en países como México —que registra graves rezagos estructurales como acabamos de ver—; existe otra realidad sumamente alarmante que es la del *secuestro de los conflictos* por el sistema penal mexicano que no acaba de democratizarse. El término “*justicia*” penal se convierte en un *eufemismo* ante la realidad de dicho secuestro que se concreta a través de fenómenos específicos como los siguientes: impunidad, corrupción, inaccesibilidad a la justicia; apropiación de la litigación por los intereses de abogados defensores y autoridades; ideologías criminológicas parciales y sesgadas; y la selectividad que hacen las estructuras culturales consistente en visibilizar u ocultar determinados conflictos por razones de: raza, género, edad o condición socio-económica de transgresores, víctimas, o de comunidades y grupos sociales afectados. De igual forma alientan el secuestro: la intervención policial, la naturaleza misma de la aplicación de la ley y de las penas [que se centran, respectivamente, en la represión de grupos vulnerables, en la litigación, en la selectividad secundaria, en los derechos de los delincuentes y en el castigo/retribución]. Dichas variables seleccionan lo que “entra” al sistema penal y la forma en cómo los conflictos se resuelven —básicamente a través de “chivos expiatorios” identificados con los estratos de pobreza y pobreza extrema—; “premiando” [con la impunidad...] los delitos de poder [económico, político, social] y al crimen organizado en sus niveles cupulares. De esta forma el control punitivo se convierte en un instrumento de control simbólico a través de la codificación de personas y conductas consideradas como *desviadas*.

Como resultado del secuestro de conflictos los temas inherentes a la corresponsabilidad social del delincuente, la restitución y compensación vicinales; las afectaciones a las comunidades y a los grupos lastimados por la criminalidad: es decir, las necesidades de fondo, las corresponsabilidades de todos los actores entorno a los conflictos que originan los delitos y la multidimensionalidad de los daños quedan fuera del ámbito de la desviación sin existir ninguna alternativa —llámese otra jurisdicción o medidas alternas dentro del sistema penal— que atiendan —de manera más integral— todo

<sup>5</sup> Hacemos referencia al trabajo de Nils Christie, *Conflictos como propiedad*, aparecido en el British Journal of Criminology, vol. 17, núm. 1, 1977.

el espectro de daño señalado; así como una efectiva e integral accesibilidad a la justicia.

Finalmente es oportuno recordar el atinado comentario hecho por Luigi Ferrajoli a propósito del abolicionismo penal señalando que:

...el verdadero problema penal de nuestro tiempo es la crisis del derecho penal, o sea de ese conjunto de formas y garantías que le distinguen de otra forma de control social más o menos salvaje y disciplinario. Quizá lo que hoy es utopía no son las alternativas al derecho penal, sino el derecho penal mismo y sus garantías; la utopía no es el abolicionismo, lo es el garantismo, inevitablemente parcial e imperfecto.<sup>6</sup>

#### IV. ESENCIA DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La imperfección de un sistema penal de garantías, sus limitaciones naturales para avalar un control social eficiente y efectivo y la desatención integral de las necesidades, derechos y responsabilidades de las partes que intervienen en los conflictos son los hechos —sociales e históricos— que dieron nacimiento a la JR.

Conforme a la narrativa de Howard Zehr —considerado pionero de la justicia restaurativa— este tipo de justicia ha sido muchas veces malinterpretada en cuanto a su verdadera naturaleza. Así se piensa que la JR es un programa orientado al perdón y a la reconciliación; que es una forma más de mediación; que es una estrategia diseñada exclusivamente para bajar los índices delictivos; que está dirigida a delitos menores y a primo-delinquentes; que es una panacea o sustituto de la justicia penal; que es una alternativa al encarcelamiento; y que se opone a la retribución. Aunque la JR pudiese contener algunos de los elementos anteriores su esencia es —como lo señalamos— atender una serie de situaciones, derechos, obligaciones y formas de participación que se desprenden de los conflictos que subyacen a los delitos [y que no son atendidos por el derecho penal], pero que son —social y victimológicamente— altamente relevantes. Es una perspectiva diferente que trata variables exógenas al delito y al castigo [encapsulados éstos últimos en un sistema cerrado delimitado por la dogmática penal]. Variables —que deben tener su propia legalidad y legitimidad dentro o fuera del sistema penal— y que tienen que ver más con la eficacia social del control al incidir en la solución misma de los conflictos y resolverlos a través de

<sup>6</sup> Trabajo aparecido en VV. AA., *Prevención y Teoría de la Pena*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp. 25-48

visiones no punitivas —social y culturalmente más elásticas y cercanas a las realidades sociales, históricas y culturales de los transgresores, las víctimas y la victimización—; como a fórmulas de control centradas en el desarrollo humano, la restitución y compensación victimales en sus dimensiones individual, comunitaria y social. La JR presta mayor atención a las necesidades que al castigo.

Así para Howard Zehr la esencia de la justicia restaurativa es atender: el daño y las necesidades; las obligaciones y la participación.<sup>7</sup>

El sistema penal al estar demasiado preocupado por el castigo al delincuente ha dejado en segundo término a la víctima [sus necesidades, sus roles y sus potencialidades como también las corresponsabilidades en la prevención victimal]. De igual forma —agregamos— la criminología también se ha desgastado en estudiar al delincuente y a la criminalidad y, en mucha menor medida, a la victimización en todas sus modalidades.

La JR parte de la atención a las víctimas y la plena satisfacción de sus necesidades; independientemente de que se haya detenido o no al ofensor. Aunque la atención del daño se centra en la víctima también es importante que se tome en cuenta el daño ocasionado a la comunidad y a grupos sociales particulares afectados por el delito como también el daño que el ofensor se causó así mismo y las consecuencias que esto —independientemente de la pena o sanción en su caso impuestas— repercute en su vida futura. Esta visión —que es un imperativo categórico social y victimal—; es disonante con un derecho penal de acto.

Por otra parte los conflictos sociales y conductuales etiquetados por la esfera punitiva como delitos implican responsabilidades —desde luego penales que se centran en el castigo al delincuente— pero también se desprenden de dichos conflictos otras responsabilidades reguladas —o que podrían regularse a futuro— en otros ámbitos del derecho y que no son atendidas por la jurisdicción penal de procedencia.

Por otra parte la principal responsabilidad es la del ofensor consistente en tomar consciencia del daño social y victimal ocasionado por su comportamiento criminal y subsanar, en lo posible, el daño ocasionado. La readaptación social y la reparación del daño —al migrar a la justicia restaurativa— salen del contexto punitivo —plagado de una fastidiosa retórica academicista, improvisación y corrupción carcelaria—; para entrar a dimensiones propias de una pedagogía antropocéntrica; al autoanálisis; a la libertad con responsabilidades; a la participación de las individualidades

<sup>7</sup> Zehr Howard, *El Pequeño Libro de Justicia Restaurativa*, Good Books, USA, 2010, pp. 29 y ss.

en la construcción de la cohesión social; a la corresponsabilidad ética de las acciones, etc.; en una auténtica metamorfosis del ofensor *de homus economicus* [egoísta] a *homus societas* [altruista] independientemente de la sanción impuesta por el aparato criminalizador a partir del reproche penal. La reparación del daño se convierte en restitución y compensación en base a un compromiso adquirido pedagógicamente por el ofensor hacia su víctima. Esto escapa también a la teleología formal punitiva que ha exacerbado la politización del tema readaptación; la reparación del daño como “gracia divina” de un sistema penal altamente selectivo y a la saturación de la población penitenciaria como instrumento político de control de espacios y exclusión de personas.

La justicia restaurativa enfatiza el tema de las obligaciones y la participación de las diferentes roles sociales que representan las diferentes partes del conflicto. En cambio el derecho penal se centra sólo en las fuentes formales de obligaciones, responsabilidades y participaciones de las partes procesales reguladas en las normas penales respectivas. En la restauración la fuente normativa la determina el rol no solamente penal (de fiscal, juez, magistrado) sino extrapenal (responsabilidad administrativa del funcionario responsable de prevenir el delito en las zonas afectadas; la responsabilidad de los padres en tratándose de menores de edad; la responsabilidad de los centros escolares donde se generó el conflicto, etc.)

## V. JUSTIFICACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Conforme a la Declaración de Costa Rica: Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina que reconoce a su vez la declaración de Aracatuba, Sao Paulo, Brasil y la resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas del 13 de Agosto de 2002, la justicia restaurativa se justifica en Latinoamérica por las siguientes razones:

1. Que América Latina sufre los mayores índices de violencia, de encarcelamiento, exclusión social y limitaciones;
2. Que lamentablemente se usan maneras distintas de aplicar justicia para ricos y pobres;
3. Que a pesar de existir herramientas de justicia restaurativa, las sanciones retributivas, en especial el encarcelamiento sigue siendo la sanción más utilizada;
4. Que los procesos restaurativos, incluye la asistencia a las víctimas, la mediación penal, y todos aquellos que busquen resultados restaurativos;

5. Que los programas de JR garantizan el pleno ejercicio de los derechos humanos y respeto a la dignidad de todos los intervinientes;
6. Que su aplicación debe extenderse a los sistemas comunitarios judiciales y penitenciarios;
7. Que se debe favorecer un proceso de sensibilización ante los organismos internacionales con la finalidad de modificar la legislación penal en favor de la justicia restaurativa como complementaria adoptando los principios e instrumentos restaurativos, y
8. Que los principios y valores de la Justicia Restaurativa pueden contribuir para el fortalecimiento de una ética pública como paradigma de una sociedad más justa en los países Latinoamericanos.

## VI. OTRAS POLÍTICAS Y NORMATIVIDAD DE NACIONES UNIDAS EN MATERIA DE JUSTICIA RESTAURATIVA

1. Desde el primer congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente [1955]; así como la influencia que tuvieron los movimientos de derechos humanos [Declaración Universal de los derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y de la Declaración Universal de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1959]; y la ampliación temática consecuente: prisiones; tratamiento del delincuente; justicia de adolescentes; niños y adolescentes en la calle; movilización civil y comunitaria; socialización; redes y cohesión [familia, escuela, iglesia, barrio y comunidades]; como también el desarrollo urbanístico; fueron temáticas decisivas para el surgimiento y configuración de formas no oficialistas y horizontales de solución de conflictos;

2. Por otra parte, con la aprobación de *la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; y el reconocimiento de que la prevención del delito debía basarse en las circunstancias sociales, culturales, políticas y económicas de los países, la ONU enfatiza la importancia del desarrollo nacional como la mejor estrategia contra el delito y a favor de formas diferentes de resolver “vía la restauración jurídica, económica, social, psicológica y victimal” una serie de conflictos tradicionalmente encargados al sistema penal (SP);

3. En el VII congreso de la ONU (Milán, Italia, 1985) se reconoce la complejidad del delito y la necesidad de políticas preventivas y de justicia diversificadas como los sustitutivos de la prisión; las juntas de conciliación para delitos leves; la reparación victimal como criterio de oportunidad; o bien el porcedimiento de conciliación entre sospechoso y víctima con asistencia de mediadores;

4. Destaca la propuesta de los *Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*; en cuyo texto se legitiman no sólo las prácticas restaurativas de justicia consuetudinaria o autóctonas, sino además la mediación orientada a la conciliación de los participantes y que fueron aprobadas por la Asamblea General en su Resolución 40/34 de fecha 29 de noviembre de 1985;

5. El VIII congreso efectuado en La Habana, Cuba del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990, se hizo énfasis en las víctimas del delito, así como en la participación efectiva dentro del procedimiento, tanto de éstas como del ofensor y la comunidad. Se enfatizó en recurrir más a medidas de solución de conflictos comunitarias, a la pacificación y desarrollo; así como la sustitución de las penas por medidas de resarcimiento o bien la aplicación de prácticas consuetudinarias que involucren resarcimiento e indemnización;

6. En este congreso se concretó el proyecto de *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de la Libertad* (Reglas de Tokio), mismas que fueron aprobadas por la Asamblea General mediante resolución 45/110 de 14 de diciembre de 1990, en cuyo texto se establecen las reglas que tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, especialmente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad;

7. Desde esta perspectiva, las citadas medidas deben aplicarse desde la fase anterior al juicio hasta la etapa posterior a la sentencia, contemplando, en suma, la protección de la sociedad en su conjunto; es decir, la satisfacción de las necesidades de la comunidad que tiene una participación efectiva, los intereses o necesidades de la víctima, así como las necesidades del delincuente;

8. En el IX Congreso llevado a cabo en El Cairo, Egipto, del 29 de abril al 8 de mayo de 1995, se reconoció la importancia de promover medidas de mecanismos alternos de conflictos y restauración que involucren: la atención a víctimas y el pleno desarrollo de zonas urbanas con problemas de violencia juvenil;

9. Dentro del mismo informe, y en el apartado relativo a Políticas de Urbanismo y Prevención del Delito, la delegación francesa planteó la necesidad de que, a través de las “casas” de justicia, se cumpliera en los barrios difíciles, la función de establecer y fortalecer el acceso al derecho, y de cooperar en el tratamiento de la delincuencia pequeña y mediana, precisando que dichas “casas” contribúan, también, a luchar contra el aislamiento, la ineficiencia y la lentitud que solían reprocharse a la justicia;

10. Asimismo, la delegación francesa expuso las características de la mediación penal, medida sustitutiva del enjuiciamiento que permitía la búsqueda de una solución negociada entre el autor y la víctima, gracias a la intervención de un tercero comisionado por la justicia;

11. Por último la delegación china se refirió a los mecanismos de mediación comunitaria que permitían resolver entre otros conflictos los de vecindad, haciendo hincapié en que su empleo evitaba la agravación de ciertas discordias contribuyendo así a la prevención del delito;

12. El X Congreso que se efectuó los días 10 al 17 de abril de 2000 en Viena, Austria, habiéndose generado, por una parte, una visión clara sobre la aplicación de la justicia restaurativa en materia penal; la Declaración de Viena; los planes de acción para la aplicación de la Declaración de Viena sobre la Delincuencia y la Justicia, así como el establecimiento de la comisión responsable de presentar para su aprobación en 2002 los Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa;

13. Asimismo, se decidió establecer, cuando proceda, planes de acción nacionales, regionales e internacionales en apoyo a las víctimas, que incluyen mecanismos de mediación y justicia restaurativa, fijándose en 2002, como plazo para que los Estados realicen sus prácticas pertinentes, amplíen los servicios de apoyo a las víctimas y sus campañas de sensibilización sobre derechos de las víctimas y consideren la posibilidad de crear fondos para las víctimas, además de formular y ejecutar políticas de protección de testigos;

14. Se propuso para las naciones el documento modelo: "*Principios Básicos sobre la Utilización de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal*"; asimismo tratar los delitos, especialmente los de menor cuantía conforme a la práctica consuetudinaria en lo que toca a la justicia restaurativa, esto cuando existiera tal práctica y resultara apropiada, a condición de que con ello se respetaran los derechos humanos y se contara con el consentimiento de los interesados; debiendo promoverse una cultura favorable a la mediación y a la justicia restaurativa entre las autoridades legislativas, judiciales y sociales competentes, así como entre las comunidades locales; la impartición de una formación apropiada a los encargos de elaboración y ejecución de políticas y programas de justicia restaurativa; insistiéndose en la necesidad de elaboración y aplicación de éstos, con la consideración de que los compromisos internacionales contraídos con respecto a las víctimas, en particular la Declaración sobre los *Principios de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso del Poder*; asimismo para agilizar la generalización de la práctica de este modelo de justicia;

15. Precisamente, se integró una comisión con un grupo de expertos sobre justicia restaurativa habiendo servido de pauta el anteproyecto sobre

*Principios Básicos sobre la utilización programas de justicia restaurativa en materia penal* y, en el marco de las múltiples reuniones llevadas a cabo, se analizaron cuestiones vinculadas a los orígenes de la justicia restaurativa, si el conflicto generado era primariamente intrapersonal, si la justicia restaurativa podía restablecer la armonía social ayudando a las víctimas, los delincuentes y las comunidades a cicatrizar las heridas ocasionadas por el delito así como la factibilidad de mantener el equilibrio entre los protagonistas del conflicto penal;

16. Por otra parte en los Principios básicos sobre aplicación de programas de justicia restaurativa en su artículo 2o., establece que por proceso restaurativo se entiende

...todo proceso en que la víctima, el delincuente y cuando proceda cualquiera otra persona o miembros de la comunidad afectada por el delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas por el delito, por lo general con ayuda de un facilitador, estableciendo que, entre los procesos restaurativos, se pueden incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias;

17. El XI Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Justicia Penal efectuado en Bangkok, Tailandia del 18 al 25 de abril de 2005, en el resumen del Seminario II sobre la potenciación de la reforma de justicia penal, incluida la justicia restaurativa, expresa que: los sistemas de justicia penal enfrentan desafíos difíciles; deben responder a diferentes demandas de justicia que plantean las personas acusadas, los reclusos, los testigos, las víctima o grupos como las mujeres, los niños, los pueblos indígenas, las minorías y las comunidades locales por lo que es necesario imaginar formas alternas para atender dichos desafíos. También y derivado del interés por la víctima del delito, se sostuvo que una estrategia prometedoras para mejorar la justicia penal es conferir prioridad al tratamiento de las víctimas. Ese tratamiento prioritario no sólo ayudaría a promover el respeto de las normas para el tratamiento de las víctimas, prestando particular atención a la mujer, los niños y las minorías como víctimas del delito, sino que podría ayudar también a establecer un vínculo con un programa de desarrollo más amplio de conformidad con los objetivos de desarrollo del milenio;

18. El 6 de diciembre de 2005, como un reflejo del congreso en comentario, se emitió la *Declaración de Costa Rica: Sobre la Justicia Restaurativa en América Latina*, y en el apartado relativo a *considerandos*, se establece que: América Latina sufre los mayores índices de violencia, de encarcelamiento, exclusión social y limitaciones, afirmando que la justicia penal se encuentra

diferenciada en lo que se refiere a ricos y pobres, refiriéndose a que la existencia de herramientas de justicia restaurativa no han logrado contener las sanciones retributivas, en especial, el encarcelamiento que sigue siendo la sanción más utilizada; de ahí la urgencia de impulsar los procesos restaurativos y la necesidad de que se extienda a espacios comunitarios, judiciales y penitenciarios, quedando clara la convicción de que los principios y valores de la justicia restaurativa son susceptibles de contribuir al fortalecimiento de una ética pública como paradigma de una sociedad más justa en los países latinoamericanos;

19. A mayor abundamiento el XII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, Salvador, Brasil, de 12 a 19 de abril de 2010, reconoció los avances mundiales en la implementación de la JR. Sin embargo, se ha atravesado por dificultades críticas para su correcta instrumentación, debido a que se le ha confundido como una fórmula reparatoria, desactivando, con ello, tanto su esencia como el eficaz impacto que produce en la recuperación social de la víctima, del infractor y de la comunidad afectada por el delito;

20. Precisamente en el apartado (a) *sistemas de prevención del delito y justicia penal y su desarrollo en el mundo de la evolución, punto 51 de la Relatoría del XII congreso*, se subrayó la necesidad de reforzar las medidas sustitutivas del encarcelamiento; entre ellas, el servicio comunitario, la justicia restaurativa y la vigilancia electrónica, apoyo a programas de rehabilitación y de reinserción, incluso los destinados a corregir la conducta delictiva, así como los programas de educación y formación profesional de los reclusos;

21. Sobre la participación de la comunidad en procesos restaurativos, se acordó en el XII congreso que resultaba fundamental la participación de la comunidad en el proceso de justicia penal en todas las fases, desde la investigación, el juicio, la sentencia, la ejecución, con o sin privación de la libertad, incluso después de concluida la aplicación de la sanción, ya que se estimó que es vital el involucramiento de la sociedad para lograr resultados restaurativos que, a la vez, se traduzcan en una mejor convivencia en aras de hacer realidad la seguridad ciudadana.

## VII. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>8</sup>

Veamos a continuación, de forma somera, los conceptos y principios que inspiran la JR. Un análisis detenido de cada uno de ellos sobrepasaría la ex-

<sup>8</sup> Sobre estos temas existe numerosa bibliografía. El libro líder es: Zehr Howard: *Changing lenses: A new focus on crimen and justice*, Herald Press, Ontario, Canada, 1990.

tensión establecida para el presente trabajo, por lo que sólo nos limitaremos a presentar un listado ejemplificativo de dichos conceptos y principios.

### 1. *Conceptos*

- a. El crimen es fundamentalmente un comportamiento violatorio e implica una interrelación humana;
- b. El crimen crea responsabilidades y solidaridades, y
- c. La JR busca la sanación y remediar los errores.

### 2. *Las víctimas y las comunidades han sido dañadas y necesitan restauración*

- a. Atención a las víctimas primarias;
- b. También a las víctimas secundarias y a las comunidades;
- c. Las relaciones afectadas deberán señalarse con toda precisión;
- d. El proceso restaurativo maximiza la participación de los actores;
- e. Se busca la restauración, la sanación, la responsabilidad y la prevención, y
- f. El rol de las partes variará según la ofensa y a las capacidades y preferencias de las partes.

### 3. *La obligación del ofensor es remediar lo más posible los daños que ocasionó*

- a. Empoderamiento de la víctima frente a su ofensor;
- b. Se facilitan al ofensor los medios para que construya su responsabilidad, pero, si no lo hace voluntariamente, se opta por una vía no restaurativa;
- c. Se maximiza la participación voluntaria del ofensor;
- d. Las obligaciones que afronta el ofensor deben orientarse a maximizar el bienestar de la víctima y de la comunidad;
- e. Las obligaciones pueden ser dolorosas o difíciles para el ofensor pero no deben entenderse como retribución o venganza;
- f. Las obligaciones de restitución deben ser prioritarias a cualquier otra forma estatal de compensación o reparación, y
- g. El ofensor de mostrarse activo en la búsqueda de sus propios medios de superación.

4. *Las obligaciones de la comunidad es con las víctimas, con los ofensores y con el bienestar de la misma*

- a. Las comunidades tienen la obligación de brindar apoyo a la restitución y reinserción de la víctima;
- b. La comunidad tiene cierta obligación de mantener la cohesión y el bienestar a favor de la paz y la prevención, y
- c. La comunidad debe ser activa en la reinserción del ofensor.

5. *Los procesos de restauración maximizan oportunidades para el intercambio de información, participación, diálogo y mutuo consentimiento entre víctima y ofensor*

- a. Encuentros “cara a cara” son aconsejables para determinados encuentros, mientras que formas alternativas son mejores para otro tipo de encuentros;
- b. Las víctimas tienen el rol especial para determinar las condiciones y términos del encuentro, y
- c. Las oportunidades vienen del arrepentimiento, el perdón y la reconciliación.

6. *Énfasis en las necesidades y competencias de los ofensores*

- a. Reconocimiento de los ofensores que con sus actos sólo se auto dañan;
- b. Los ofensores son tratados de forma digna potenciando sus potencialidades;
- c. El desarraigo de su comunidad y medidas extremas son excepcionales con los ofensores, y
- d. La justicia se centra en los cambios efectivos que en el reproche.

7. *El proceso de justicia corresponde a la comunidad*

- a. Los miembros comunitarios se encuentran activamente involucrados en el proceso de justicia;
- b. El proceso de justicia parte de las necesidades comunitarias para su beneficio, y
- c. El proceso de justicia busca que el conflicto no se repita en las comunidades.

8. *La justicia entiende los resultados intencionales o no; y las respuestas al crimen y a la victimización*

- a. La justicia monitorea y promueve el seguimiento de acciones orientadas a la sanación, la mejoría y la rendición de cuentas una vez que se ha llegado a los acuerdos restauradores;
- b. Los resultados son garantizados a través del aseguramiento de medios para todas las partes;
- c. Las medidas de retribución o de incapacitación no deben aplicarse sin ningún distingo por motivo de circunstancias personales, y
- d. Se debe garantizar por todas las partes que los resultados del proceso no sean retributivos y coactivos.

### VIII. MODELOS DE JUSTICIA RESTAURATIVA<sup>9</sup>

Existen diferentes modelos de justicia restaurativa. Veamos los más importantes:

#### 1. *Mediación víctima/victimario*

Es el modelo más antiguo de justicia restaurativa y se conoce también como programas de reconciliación víctima/victimario. Estos programas buscan satisfacer las necesidades de las víctimas y la rendición de cuentas de los victimarios y pueden ser operados por agencias del sistema penal y por grupos comunitarios no lucrativos. Atienden casos de infracciones no graves en donde los casos pueden ser referidos por agencias de policía, fiscales, jueces y funcionarios de ejecución de medidas. Por otra parte pueden operar también en la etapa anterior a la sentencia como elemento orientador de la misma. Cuando la conciliación se hace antes o después del proceso se informa, según el caso, bien al fiscal o al juez respectivos; y cuando la reconciliación se da durante la sentencia en internamiento, sirve como parte del proceso de reincorporación social.

Condiciones favorables para alcanzar la reconciliación víctima/victimario

- a. Cuando la víctima/victimario se encuentran “cara a cara”;
- b. Pueden manifestar sus sentimientos de manera directa;

<sup>9</sup> Sobre el tema consultar, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Serie de manuales sobre Justicia Penal, Naciones Unidas, Nueva York, 2006.

- c. Presencia activa de un facilitador perfectamente entrenado;
- d. Alcanzar con éxito que la víctima no sea revictimizada en el encuentro, e
- e. Implementar oportunamente la conciliación indirecta cuando el caso, por su naturaleza, no haga viable la conciliación “cara a cara”.

## 2. *Conferencias comunitaria y familiar*

### *Antecedentes y características relevantes*

- a. En su forma moderna se aplica por primera vez en Nueva Zelanda en 1989, y representa el modelo restaurativo mejor organizado y sistematizado actualmente existente;
- b. La mayoría de los casos son resueltos por intervención de la policía al través de la “caución restaurativa”, por la participación policial directa, o por las conferencias familiares en la corte;
- c. Actualmente es utilizado como diversificación policial en Sudáfrica, en Australia del Sur, en Irlanda, Minnesota, Montana y Pennsylvania, y
- d. Es un método más profundo que la conciliación o la mediación, en el que participan como actores del proceso —además de la víctima y del victimario—, el juez y los familiares, amigos y miembros de la comunidad tanto de la víctima como del victimario.

## 3. *Círculos de sentencia*

### *A) Antecedentes y características relevantes*

- a. Tiene su antecedente en las costumbres aborígenes del Canadá, actualmente incorporadas como prácticas restaurativas del sistema de justicia penal canadiense;
- b. En los círculos de sentencia las partes del proceso (juez; oficial de policía; fiscal; víctima/victimario; residentes comunitarios; familiares y consejos de defensa social) se reúnen formando un círculo para discutir y llegar a un acuerdo en cuanto a: la victimización ocasionada por el delito; el tratamiento y sanción para el delincuente; el daño victimal y su compensación; el daño ocasionado a la familia y a la comunidad; el tipo de medida para evitar futuras acciones similares, entre otros aspectos, y

- c. Se necesita que el trasgresor acepte su participación y responsabilidad en los hechos.

#### B) *Beneficios de los círculos de sentencia*

- a. Fortalece a personas, a grupos, actores y a la comunidad con herramientas y habilidades nuevas;
- b. Reconstruye relaciones dentro de las comunidades;
- c. Promueve la cultura de la legalidad y el respeto a los demás;
- d. Delimita necesidades, derechos y expectativas de las partes, especialmente los de las víctimas;
- e. Enfatiza las causas de los problemas y no solamente sus síntomas;
- f. Reconoce recursos diversos y crea nuevos para resolver problemas;
- g. Coordina los recursos oficiales y los comunitarios, y
- h. Genera medidas rehabilitacionales y preventivas exitosas.

#### 4. *Círculos de pacificación*

- a. Diseñados para la solución de conflictos -vía la mediación comunitaria- para atender infracciones penales y a los reglamentos de policía y buen gobierno en comunidades urbanas y rurales deprimidas en donde habitan los sectores de población con pobreza extrema y severa exclusión socio-cultural y educativa. Involucra también la atención a víctimas altamente vulnerables a la delincuencia infanto-juvenil, como: menesterosos, ancianos, indígenas, mujeres solas cabeza de familia, entre otros;
- b. La mediación comunitaria pacificadora es llevada por un mediador social —personaje comunitario de reconocimiento, ascendencia y probidad— que trabaja con instancias sociales, policiales y judiciales, y
- c. El objetivo de la pacificación es la solución del conflicto sin llegar a cualquier autoridad (mediación en la comunidad); o bien, si el caso es del conocimiento policial o judicial, como alternativa a la judicialización y/o a la sanción.

#### 5. *Mesas y paneles comunitarios*

- Comprende una amplia variedad de programas destinados a resolver conflictos menores en el seno de la comunidad, es decir, fuera del siste-

ma formal de justicia: foros de pobreza extrema e indigencia; consulta víctima por víctima; comités de defensa de derechos, etcétera.

## IX. DISEÑO, OPERACIÓN Y EVALUACIÓN DE PROGRAMAS DE JUSTICIA RESTAURATIVA

De acuerdo con el “*Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa*”, UNODOC, ONU, (2006) el diseño de programas de JR comprende cuatro grandes etapas: implementación; dinámica; operación y evaluación. Por razones de extensión del presente trabajo remitimos al lector al análisis de cada una de las etapas y sus respectivos pasos (que suman 23) contenidos en el manual de referencia. Aquí resumimos de forma breve los aspectos relevantes de la etapa de implementación.

### *Implementación*

En la etapa de implementación es necesario considerar las estrategias y políticas nacionales orientadas al desarrollo de la justicia restaurativa y la promoción de una cultura favorable al uso de la misma para el cumplimiento de la ley, que involucre a las autoridades judiciales y sociales, así como en las comunidades locales.

#### A) *Diseño*

De igual manera el diseño del programa implica, a su vez, la organización y ubicación del programa: 1) teóricamente un programa puede ubicarse en cualquier lugar dentro o fuera del sistema. Esa decisión a menudo depende en gran medida de qué institución acepte un papel de liderazgo, de la disponibilidad de recursos, de la fuerza de las asociaciones existentes y de las relaciones con la comunidad, así como del apoyo político con que se cuente. Las decisiones sobre el tipo de proceso restaurativo ofrecido por un programa y sobre la ubicación del mismo están estrechamente relacionadas. 2) Existen dos métodos generales, uno de los cuales sitúa el programa dentro del sistema de justicia como “programa integrado”, y el otro favorece el tipo de programa “independiente” que toma remisiones del sistema y/o de la comunidad. Hay fortalezas y limitaciones potenciales para cada modelo. Un programa “independiente” puede tener dificultades para establecer su legitimidad y obtener remisión del sistema de justicia; un programa que está integrado en el sistema puede correr el riesgo

de que su orientación de justicia restaurativa se diluya en beneficio de la rapidez administrativa.

### B) *Legislación*

Como decimos, los programas de justicia restaurativa generalmente funcionan dentro del contexto de o a la par con el sistema de justicia penal. Así, estos programas deben negociar un papel sustancial en el sistema de justicia formal, ser una alternativa del mismo; de otra manera hay riesgo a ser marginados y degradados. En ausencia de requerimientos obligatorios, puede ser difícil para un programa de justicia restaurativa insertarse en la rutina diaria del sistema de justicia penal. La legislación puede ser útil para proporcionar el ímpetu del uso frecuente al proceso de justicia restaurativa. También puede usarse para promover la predictibilidad y el uso del proceso restaurativo, así como para establecer todas las garantías legales necesarias.

### C) *Apoyo del sistema penal*

Mientras que los procesos de justicia restaurativa representan, como método alternativo para lidiar con el comportamiento delictivo y con los conflictos sociales pueden incluir una participación extensa de la comunidad, los gobiernos deben proporcionar la legislación y el marco de políticas dentro de los cuales estas iniciativas puedan implementarse y mantenerse.

Esto requiere que los funcionarios gubernamentales de nivel conozcan los principios y prácticas de justicia restaurativa y entiendan los problemas y retos relacionados con la utilización de procesos restaurativos. Esto es particularmente importante en la capacitación profesional de los funcionarios judiciales en materia penal, la cual a menudo no incluye la exposición a la teoría y práctica de la justicia restaurativa.

Las fuentes de fondos para estos programas de justicia restaurativa son muy diversas, e incluyen el gobierno central, el gobierno local y recursos privados.

### D) *Apoyo del poder judicial y participación comunitaria*

Los beneficios potenciales de los métodos de justicia restaurativa se mejoran en gran manera cuando hay un entendimiento de los principios y prácticas de justicia restaurativa entre la gente que trabaja en el poder judicial.

Al respecto es importante señalar que solicitar y asegurar el apoyo judicial requiere del desarrollo de una estrategia de comunicación que incluye el uso de los medios, presentaciones a varios grupos de participantes de la comunidad, un currículo de capacitación, juntas de “equipo” de personal judicial y comunitario involucrado en la iniciativa restaurativa, y un mecanismo para recibir retroalimentación continua de la operación del proceso restaurativo.

Estas estrategias deben ser componentes de un plan general para mantener el momento de los procesos restaurativos; en ausencia de estas estrategias y de una renovación periódica de las iniciativas, la efectividad de los procesos restaurativos se verá comprometida.

Los administradores del poder judicial asignados a implementar programas restaurativos pueden esperar encontrar resistencia activa y pasiva a sus esfuerzos. Deben desarrollar, por lo tanto, maneras de considerar y adaptar preocupaciones sin comprometer la integridad de las instituciones de justicia restaurativa, los acuerdos y los procesos.

## X. CONCLUSIONES

1. La JR debe entenderse como una visión centrada en roles, necesidades y obligaciones de las partes interesadas en los conflictos —individuales o colectivos— definidos como delitos por la ley penal. Su finalidad principal no es el castigo —que no lo excluye— sino la restitución y restauración que resuelva de manera integral las controversias;
2. En una sociedad democrática, constitucional y social de derecho se debe limitar la apropiación de los conflictos por parte del Estado; y en su lugar construir sistemas sociales abiertos que comuniquen y fortalezcan valores humanos como es el caso de la JR;
3. Es más fácil construir formas alternativas de solución de controversias que democratizar al sistema penal. Los esfuerzos políticos y sociales —sin dejar de trabajar en una mejor justicia penal— deben enfatizar la construcción de formas no punitivas de control y dejar la coacción para la criminalidad de poder en todas sus manifestaciones. El futuro de la cohesión social no se encuentra en el sistema penal sino en un sistema de justicia alternativo/restaurador vinculado a nuevas misiones de la economía, la política y las participaciones sociales a favor del desarrollo y seguridad humanas, la pacificación y el desarrollo sustentable;

4. La justicia penal y la JR no se excluyen, se complementan. El Estado debe alentar programas de JR tanto dentro como fuera del sistema penal pero siempre en coordinación: Estado, víctimas, comunidades y grupos vulnerables vinculados a los conflictos;
5. El proceso de construcción de formas alternativas de control social es un hecho histórico y una realidad socio-jurídica inacabada, y
6. Es urgente que todos los actores en México trabajen políticas y programas integrales de control social alternativo; como parte de la solución a los numerosos problemas de racionalidad y eficacia que padece el Estado mexicano en su lucha contra el delito y la violencia. Un programa nacional de JR ayudaría al alivio de la presión social actualmente existente en nuestro país generada por una gran cantidad de conflictos, inter-personales y sociales, que amenazan la convivencia y la paz.

## ACERCA DE LOS COORDINADORES

Sergio GARCÍA RAMÍREZ. Doctor en derecho magna cum laude por la Universidad Nacional Autónoma de México. Doctor honoris causa por diversas instituciones mexicanas y extranjeras. Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Investigador nacional emérito del Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Ex procurador General de la República y del Distrito Federal. Exjuez y ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Antiguo miembro de la Junta de Gobierno de la UNAM. Miembro de la Junta de Gobierno del Instituto Nacional de Ciencias Penales. Presidente de la Academia Mexicana de Ciencias Penales. Autor de numerosas obras y artículos publicados en México y en otros países, sobre justicia penal y derechos humanos.

Olga ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL. Especialista en derecho penal y doctora en derecho, magna cum laude, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido profesora de derecho penal, y miembro del Comité Tutorial en la División de Estudios de Posgrado. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Autora de varios libros y de numerosos artículos sobre áreas de las ciencias penales, publicados en revistas especializadas. Fue presidenta de la Academia Mexicana de Ciencias Penales durante ocho años; actualmente es primera vicepresidenta. Ha recibido varias distinciones, entre ellas: doctorado honoris causa por el Instituto Nacional de Ciencias Penales; reconocimiento al Mérito Universitario de la UNAM, por 45 años de trabajo académico; reconocimiento de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, por diez años de labor; reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz, como destacada universitaria académica. Libro en homenaje a su trayectoria profesional y docente, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; premio Victoria Kent, otorgado por la Sociedad Internacional de Defensa Social; placa con su nombre para denominar el aula de juicios orales, en el Instituto de Formación Profesional de la PGR.



*El Código Nacional Procedimientos Penales. Estudios*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, se terminó de imprimir el

Se utilizó tipo Baskerville 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 50 kilos para los interiores y cartulina sulfatada de 14 puntos para los forros; consta de 1000 ejemplares (impresión *offset*).