



INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL
ESCUELA JUDICIAL

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, en perspectiva

Reflexiones desde la Judicatura

AUTORES:

José Rogelio Alanís García
Christian Omar González Segovia
Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz
María Isabel Reyes Servín
Iván Aarón Zeferín Hernández

COORDINADOR DE LA OBRA:

Christian Omar González Segovia

CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, EN PERSPECTIVA

REFLEXIONES DESDE LA JUDICATURA

CHRISTIAN OMAR GONZÁLEZ SEGOVIA
Coordinador



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

**PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL
INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL**

INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

SALVADOR MONDRAGÓN REYES
DIRECTOR GENERAL

BERNARDO RAFAEL VELASCO MUÑOZ
COORDINADOR ACADÉMICO

COMITÉ ACADÉMICO DEL INSTITUTO DE LA JUDICATURA FEDERAL

ELISA MACRINA ÁLVAREZ CASTRO
MIGUEL BONILLA LÓPEZ
ELVIA ROSA DÍAZ DE LEÓN D'HERS
HÉCTOR LARA GONZÁLEZ
JOSÉ ALFONSO MONTALVO MARTÍNEZ
JUAN JOSÉ OLVERA LÓPEZ
ISABEL CRISTINA PORRAS ODRIÓZOLA
CARLOS RONZON SEVILLA
FERNANDO SILVA GARCÍA
ALEJANDRO VILLAGÓMEZ GORDILLO

EDITOR RESPONSABLE

RAMÓN ORTEGA GARCÍA
SECRETARIO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN Y PUBLICACIONES

Primera edición: noviembre de 2016

Cuidado de la edición:

Rafael Caballero Hernández y Joseline Gpe. Pantoja Villa

D.R. © 2016. Instituto de la Judicatura Federal

Calle Sidar y Rovirosa, No. 236, Colonia Del Parque

Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-9013-12-7

ÍNDICE

PRÓLOGO

MINISTRO ALBERTO PÉREZ DAYÁN 11

INTRODUCCIÓN

CHRISTIAN OMAR GONZÁLEZ SEGOVIA 15

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

CHRISTIAN OMAR GONZÁLEZ SEGOVIA

I. La argumentación jurídica en el sistema de justicia penal acusatorio

1. Argumentación jurídica y racionalidad en la justificación de las decisiones orales 21
2. Concretización y ponderación de principios 26
3. Derecho y moral en el sistema penal acusatorio. Conexión necesaria 28

II. Garantía de derechos fundamentales y regularidad del proceso. Actuación oficiosa del juzgador en el sistema penal acusatorio

1. Principios de imparcialidad y equilibrio procesal en el sistema penal acusatorio 35
2. Proyección de los principios de imparcialidad y equilibrio procesal en el Código Nacional de Procedimientos Penales 37
3. Límites del juzgador en su actuación *ex officio* 40
4. Actuación *ex officio* del juzgador ante salvaguarda de derechos fundamentales 41
5. Actuación *ex officio* del juzgador ante salvaguarda de la consecución del proceso 44

III. Constancia para audiencias preliminares, interpretación del artículo 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales

1. Planteamiento del problema 49
2. Síntesis del diagnóstico del problema 49
3. Soluciones interpretativas posibles 51
4. Constancia para audiencias preliminares, interpretación conforme 51

IV. Prisión preventiva en el proceso penal acusatorio, llevando a la práctica el principio de excepcionalidad	
1. Prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales	60
2. Principios de presunción de inocencia, excepcionalidad y mínima intervención, para la aplicación de la prisión preventiva	63
A. Idoneidad y fin legítimo. Causales de procedencia	76
B. Necesidad	77
C. Proporcionalidad en sentido estricto	78
3. Inmediatez en la puesta a disposición ante la autoridad jurisdiccional, su transgresión lleva a decretar la libertad del imputado	79
V. Referencias bibliográficas	83

CAPÍTULO II
ETAPA DE INVESTIGACIÓN
JOSÉ ROGELIO ALANÍS GARCÍA

I. Derecho fundamental del imputado a solicitar plazo mayor para su defensa, su incidencia en el plazo de investigación complementaria y en el de reapertura de dicha investigación	
1. El derecho humano al acceso a la justicia en el ámbito nacional e internacional	91
2. El debido proceso y el derecho a la defensa adecuada en materia penal: el derecho a ofrecer y desahogar pruebas	94
3. El derecho a ser juzgado dentro de determinados plazos constitucionales, derecho de justicia pronta, derecho a ofrecer y desahogar pruebas por parte del imputado y derechos de la víctima	97
4. La regulación del Código Nacional respecto del plazo de cierre de la investigación complementaria o formalizada y el derecho del imputado a solicitar su prórroga y reapertura	101
5. Conclusiones	104
II. Una defensa al derecho del imputado al desahogo de medios de prueba ante juez de control, y su permisión no sólo para la fase de vinculación a proceso, sino para las propias de detención y cautelares de la audiencia inicial	
1. El derecho humano al acceso a la justicia en el ámbito nacional e internacional	106
2. El debido proceso y el derecho a la defensa adecuada en materia penal	108

3.	La oportunidad de ofrecer medios de prueba en la audiencia inicial	111
	A. La posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas en el control de detención	117
	B. La posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas en las medidas cautelares	119
4.	Conclusiones	120
III. Cuestiones competenciales en la audiencia inicial		
1.	Contenido y posición sistemática de la audiencia inicial en el proceso penal acusatorio y oral	121
2.	La regulación de la competencia en el CNPP en relación con la audiencia inicial	125
3.	La declinación de competencia en la audiencia inicial	129
4.	La competencia en la audiencia inicial en el caso del paso del sistema penal mixto al sistema penal acusatorio	131
5.	Conclusiones	137
IV. Auto de vinculación a proceso: ¿cuerpo del delito y probable responsabilidad o tipicidad probable?		
1.	Planteamiento del problema	
	A. La cuestión del estándar probatorio	138
	B. Posturas en relación con los problemas delimitados	141
2.	El cuerpo del delito y la probable responsabilidad en el texto constitucional previo a 2008	144
3.	Ubicación sistemática-procesal del auto de vinculación a proceso: su significado y efectos	
	A. La vinculación a proceso como parte de la audiencia inicial y su relación con las medidas cautelares	147
	B. Diferencias esenciales entre la vinculación a proceso y el auto de formal prisión	153
4.	El modelo normativo de la vinculación a proceso (hecho previsto en la Ley como delito y probable intervención)	
	A. Hecho previsto en la Ley como delito: Elementos comunes a todo tipo penal	157
5.	Cuerpo del delito y probable responsabilidad o tipicidad probable	163
6.	Conclusiones	165
V. Referencias bibliográficas		
		166

CAPÍTULO III

ETAPA INTERMEDIA Y EL CAMINO PROCESAL DE LA PRUEBA

IVÁN AARÓN ZEFERÍN HERNÁNDEZ

I. Etapa intermedia del procedimiento ordinario, necesidad de efectuar una interpretación correctiva y funcional sobre los plazos, conceptos y omisiones que derivan del Código Nacional de Procedimientos Penales	173
II. Sistema penal acusatorio vs. sistema tradicional. Ámbitos de validez frente a la miscelánea penal, con relación al inicio del procedimiento y los hechos acontecidos que le dieron origen	189
III. El camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio. Su especial peculiaridad en la etapa intermedia ante la teoría general del proceso	199
IV. Soluciones alternas antes de concluida la etapa intermedia y procedimiento abreviado ¿Resulta procedente su admisión ante la preservación de la materia del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso?	212
V. Referencias bibliográficas	224

CAPÍTULO IV

ETAPA DE JUICIO

JORGE ARTURO GUTIÉRREZ MUÑOZ

I. Técnicas de litigación desde la óptica del juzgador, desahogo de pruebas testimoniales, periciales, documentales y materiales	
1. El juicio como escenario probatorio	227
2. La producción probatoria como actividad de partes sujetas a tutela del tribunal	233
3. Conclusión	238
II. Los testigos de referencia	
1. Introducción	241
2. Posturas procesales sobre el testigo de referencia	
A. Las que predicen la inadmisibilidad	242
B. Las que no reconocen eficacia en la valoración probatoria	245
C. Las que toleran la existencia de eficacia indiciaria en la valoración probatoria	248
3. Conclusión	250

III. Uso de declaraciones anteriores	
1. ¿Qué debemos entender por declaraciones previas?	251
2. ¿Por qué se utilizan?	254
3. ¿Cómo se utilizan?	255
4. ¿Cuándo se utilizan?	258
5. ¿Qué efectos produce su utilización?	261
IV. Procedimiento abreviado. Deber del juez de tutelar el acuerdo que celebran el ministerio público y el acusado	
1. Consideraciones previas	262
2. El arribo al procedimiento abreviado	264
3. Conclusión	273
V. Referencias bibliográficas	274

CAPÍTULO V

ACUERDOS REPARATORIOS, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO, PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y APELACIÓN

MARÍA ISABEL REYES SERVÍN

I. Mecanismos alternativos de solución de controversias y adopción de acuerdos reparatorios	
1. Introducción	281
2. Justicia restaurativa	282
3. Mecanismos alternativos de solución de controversias y su regulación en la LNMASC	284
4. Los acuerdos reparatorios como solución alterna al procedimiento	288
5. El rol del juez de control en los acuerdos reparatorios	290
6. Conclusiones	292
II. La suspensión condicional del proceso ante ausencia de víctima u ofendido determinado	
1. Introducción	293
2. La reforma constitucional de 18 de junio de 2008: bases de la justicia restaurativa	293
3. La suspensión condicional como salida alterna del procedimiento	297
4. Ausencia de víctima u ofendido determinado en la suspensión condicional	298
5. Conclusiones	302

III. El procedimiento abreviado y la factibilidad de la absolución	
1. Introducción	302
2. Modelo diferenciado de justicia penal	303
3. Regulación constitucional y legal del procedimiento abreviado	304
4. Presupuestos de admisibilidad y autorización del procedimiento abreviado	306
5. ¿Es factible la absolución en el procedimiento abreviado?	310
6. Conclusiones	313
IV. Alcances del recurso de apelación contra sentencias definitivas, previsto en el artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en contraste con el derecho a un recurso efectivo que salvaguarda el artículo 8.2. Inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos	
1. Introducción	313
2. Transición de los recursos: de mecanismo de control del fallo a garantía del debido proceso	314
3. Estándar recursivo fijado en el ámbito interamericano de derechos humanos	316
4. Regulación del recurso de apelación en el Código Nacional de Procedimientos Penales	319
5. ¿Inconvencionalidad del artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales?	321
6. Conclusiones	323
V. Referencias bibliográficas	324

PRÓLOGO

La entrada en funcionamiento en todo el país del sistema procesal acusatorio, o dicho en otros términos, de un novedoso método procesal de juicios por audiencias, requirió unificar el procedimiento penal mediante un Código Nacional, en el cual se homologaron las reglas tanto de administración de justicia local, como federal.

La estandarización de la ley procesal penal de corte garantista impone día con día nuevos retos en su cabal discernimiento y diligente aplicación, de ahí que el supremo mandato constitucional dirigido a los operadores del sistema recaee con mayor vigor y entrega profesional en los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación.

Desde cualquier perspectiva, esta encomienda no resulta sencilla si se toma en cuenta que se está ante un campo fértil, el cual requiere creaciones académicas esclarecedoras, como la que ahora tengo el honor de prologar.

Con agrado reconozco a los autores de este ilustrativo y útil libro que desde una visión apasionante como lo es, propiamente la función judicial, invita a que el lector reflexione y con ello comprenda algunas de las soluciones pragmáticas y asequibles en la implementación del sistema acusatorio y oral, tal como lo describe el párrafo primero del artículo 20 de la Constitución Federal.

Desde el inicio, de manera asertiva, sus autores introducen al lector en un tema capital en la función judicial, como es la argumentación y racionalidad en la justificación de las decisiones orales, destacando que ahora dicha actividad intelectual del juez ya no podrá desplegarse a través de un documento, sino que deberá formalizarse en el momento mismo de tomar una decisión en audiencia pública, lo cual, sin duda alguna, desarrollará una nueva cultura y tradición oral al declarar el derecho en los tribunales nacionales.

El hecho de cambiar de un instrumento escrito a una herramienta oral implicará la necesidad de generar habilidades técnicas y temples de control para el éxito funcional de la disertación verbal.

De gran relieve resultan el planteamiento y la fluidez en su desarrollo el tema de la funcionalidad de la garantía de derechos fundamentales y regularidad del proceso ante la actuación oficiosa del juzgador, pues con diligencia, control del argumento y particularmente con ejemplos precisos, se balancean equilibradamente los controles horizontal y vertical que se suceden dentro de la dinámica procesal, sin poner en riesgo los principios de imparcialidad y equilibrio procesal, ante la actuación oficiosa de los juzgadores en aquellos casos en que la preservación de los derechos fundamentales debe prevalecer, con las notas distintivas de acciones positivas que deberán atenderse para impedir que el proceso se paralice o pierda efectividad, pues finalmente el sentido utilitario en todo proceso judicial es impartir justicia a través de conocer la verdad en el tiempo más breve posible.

La obra introduce al lector a casos concretos en la aplicación e interpretación de la norma adjetiva, tal es el caso del artículo 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales, llevándolo al campo del debate, siempre con un acento de solvencia; se aborda la regulación y esencia de las determinaciones judiciales que por escrito deban compendiarse en el sistema acusatorio penal, diluyendo la aparente tensión entre lo dispuesto por los primeros párrafos de los artículos 16 y 20 de la Carta Magna, ya que con acierto se explica la necesidad instrumental y legal que las constancias escritas tienen en un método netamente oral, es decir, se logra reconocer la importancia y prevalencia medular de la oralidad en el sistema de juicios por audiencias, sin restar o acotar mérito legal y utilitario a la constancia escrita.

Se transita con naturalidad en un tema central como lo es la prisión preventiva, que en el nuevo sistema penal acusatorio, adversarial y oral se rige por el principio de excepcionalidad, expandiéndose a plenitud la condición fáctico-legal de presunción de inocencia; cabe reconocer con agrado que el tema fluye aportando puntos críticos que sin duda alguna favorecen la condición de toda persona acusada por la comisión de un hecho de aparente condición ilícita.

Resultan del todo interesantes las observaciones en torno al artículo 346 del Código Nacional, pues la obra discurre en propuestas concretas y asequibles en torno al ejercicio pleno de una defensa adecuada en favor de garantizar a las partes, reglas equilibradas, objetivas y depuradas en el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba ante el juez de control. Disposición normativa que bien podría verse como una ascensión por depuración tendiente a preparar el debate probatorio respecto del punto litigioso, de ahí la importancia del tema.

Igualmente de interés resultan el análisis y las reflexiones en torno a la figura procesal de la competencia del órgano jurisdiccional que deberá conocer y resolver el asunto litigioso; presupuesto procesal que en lo esencial mantiene su configuración de carácter adjetivo, pero ahora con actualizaciones siguiendo el patrón del sistema de audiencias que caracterizan al modelo penal acusatorio.

El lector obtendrá con el estudio del estándar probatorio, agudos mecanismos de valoración de la prueba, con rubros actuales como la tipicidad probable y la suposición razonable, que resultan temas de vital comprensión para las próximas generaciones de abogados; sin duda, de ello dependerá en buena medida el éxito de la implementación del sistema penal acusatorio.

En el apartado relativo al análisis de la etapa intermedia del procedimiento ordinario, la obra arriba a conclusiones de sumo interés, pues apunta algunas inconsistencias respecto a la objetiva fijación de los plazos, así como trata frontalmente los aspectos de carácter conceptual y su sana interpretación para consolidar el debido proceso, con la atinada intención de esclarecer el ofrecimiento y admisión de medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral.

Concreta es la aportación sobre el testigo de referencia y su incorporación a los mecanismos de validación de la prueba en el sistema penal acusatorio, la cual es compatible con la libertad probatoria prevista en el artículo 356 del Código Nacional y lo preceptuado en el artículo 20, apartado “B”, fracción IV, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque se arriba a la peculiar conclusión que su incorporación al andamiaje probatorio contribuirá a abonar eficacia indiciaria para fundar líneas de investigación y no sólo resoluciones judiciales.

Es indiscutible que la tutela y conducción judicial en la solvencia y éxito del procedimiento abreviado aportarán certidumbre y seguridad jurídica en la sentencia que al final se dicte; resultando el órgano jurisdiccional del conocimiento garante de la fijación de un acuerdo transparente entre las partes, de ahí que correctamente se resalte la importancia del control judicial en dicha actividad procedimental.

Finalmente, la obra describe con detalle los mecanismos alternativos de solución de controversias y adopción de acuerdos reparatorios, herramientas indispensables que todo operador del sistema debe conocer y aplicar diligentemente, siendo del dominio público que el éxito del sistema penal acusatorio o juicios por audiencias descansa en gran medida en la despresurización o aligeramiento de las enormes cargas laborales en los tribunales penales.

Resta decir que el modelo que aquí se examina debe exaltar las libertades del justiciable, sus derechos, garantías y defensas. Pero el mayor énfasis debe recaer en los derechos y las garantías de las víctimas de la conducta ilícita, sujetos frecuentemente olvidados en la práctica penal, que hoy recuperan prerrogativas materiales y, con ello, derechos procesales fundamentales.

Ministro Alberto Pérez Dayán
Ciudad de México, agosto de 2016

INTRODUCCIÓN

El 5 de marzo de 2014 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Penales. Se trata de un cuerpo legal que pone énfasis en los principios y, por ende, carece de la pretensión, ampliamente buscada por las leyes de los siglos XIX y XX, de contener un catálogo completo de reglas que cubran o regulen la totalidad de las cuestiones que puedan suscitarse en los procedimientos y procesos penales.

De esta forma, el legislador destina todo el título segundo del Código a la precisión de los principios, los cuales, además, deben ser engarzados con los previstos constitucional y convencionalmente para, en su conjunto, servir, por un lado, de guía de interpretación de las reglas contenidas en la legislación adjetiva en cuestión y, por otro, de criterios para la integración de normas que colmen las lagunas que surgen precisamente del hecho de que el Código no pretende contener reglas para todos los sucesos que puedan presentarse en los procedimientos penales.

Asimismo, debe tomarse en cuenta la novedad misma del código y el hecho de que recientemente, en junio de 2016, fueron reformadas diversas disposiciones del Código Nacional.

Tenemos, entonces, que el Código Nacional presenta complejidades interpretativas y de aplicación distintas a las de los demás códigos de nuestro sistema jurídico, pues:

1. Conscientemente prescinde de la pretensión de disponer reglas para todas las cuestiones que pudieran acontecer en los procedimientos.
2. Se centra en principios, tanto previstos en su título segundo, como en la constitución y las convenciones internacionales.
3. Estos principios no son meras declaraciones, sino normas que deben ser aplicadas para interpretar las reglas del Código y para integrar las necesarias para colmar las lagunas que naturalmente existen en todo cuerpo legal y que incrementan en el caso dado lo expuesto en el punto 1.
4. La propia novedad del Código Nacional y de sus recientes reformas implica, de suyo, un aumento de complejidad en cuanto a las posibles interpretaciones y aplicaciones de los principios y de las reglas que contiene.

De esta guisa, no sólo se trata de un nuevo sistema penal, lo cual, de por sí, amerita estudios profundos; sino que además de un código que presenta particularidades estructurales distintas a lo que en nuestro sistema jurídico usualmente se anejan a la legislación procesal, lo cual implica mayores exigencias de preparación para los operadores jurídicos (jueces, Ministerio Público, asesores jurídicos, defensores, etc.).

Por ende, es patente la necesidad de análisis y estudios concienzudos que, a la vez de ser pulcros académicamente, sean útiles para los operadores jurídicos, quienes, según se ha expuesto, están frente a un reto completamente novedoso, el cual, para ser enfrentado correctamente y lograr el éxito del sistema penal acusatorio, precisa de herramientas prácticas, claras y de sencillo uso.

Esta obra tiene por objeto esclarecer algunos temas relevantes y de controversia que suscita en la práctica la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, para servir de herramienta para los operadores del sistema y, al mismo tiempo, realizar aportes académicos serios desde la perspectiva de la judicatura.

Lo hasta aquí expuesto hace patente que este objetivo es evidentemente una tarea hercúlea, para cuyo éxito es conveniente la colaboración de varias personas que, como operadores jurídicos, aporten instrumentos concretos. Pero no únicamente esto. La complejidad abrumadora de temas, cuestiones y controversias derivadas de la especial estructura del Código Nacional lleva a que la diversidad de perspectiva de personas directamente involucradas con su interpretación y aplicación sea preferible para llevar a buen término nuestro fin.

Por esta razón, esta obra cuenta con la valiosa colaboración de cuatro jueces federales especializados en el nuevo sistema, así como de un académico destacado, quien fuera también juez especializado.

La pretensión esencial de los autores estriba en transmitir soluciones prácticas y asequibles para el sistema acusatorio y oral, especialmente las que han implementado en su quehacer diario al operar con el Código Nacional, y por las que han zanjado las aparentes deficiencias, contradicciones, ambigüedades o vaguedades que dicho texto normativo refleja en su primera aproximación.

Los autores tienen presente que la literalidad del texto sólo representa el primer acercamiento y punto de contacto para el esclarecimiento de la norma que subyace a la disposición que se interpreta. Incluso se parte de la base y preferencia de que la intelección del Código Nacional requiere el uso adicional de gran variedad de pautas interpretativas, como acontece con criterios sistemáticos, funcionales y de carácter axiológico principal, conforme a la ya expuesta estructura específica del Código.

De ahí que, por ejemplo, sea un referente común potenciar la pretensión legislativa imbibida en nuestra legislación adjetiva, especialmente en cuanto a que nuestro procedimiento penal está orientado a una salvaguarda de derechos fundamentales, y que su sustento deriva de los principios y características inmanentes al sistema acusatorio y oral. De esa manera, las interpretaciones correctivas, funcionales y a favor de la persona son expuestas y empleadas en los distintos capítulos de este libro como parámetro nuclear en la construcción de las propuestas de solución.

En virtud de la configuración específica del código y su enfoque hacia los principios, se ha estimado que para cumplir el fin propuesto era necesario exponer, en

primer lugar, generalidades aplicables al sistema en su conjunto, tales como la argumentación jurídica en relación con el sistema penal acusatorio (capítulo primero); la función garante del juez en armonía con el principio de imparcialidad, así como la posibilidad y límites de la actuación oficiosa del juzgador en el proceso penal, tomando en consideración el principio de igualdad, no sólo formal sino también material y la salvaguarda de derechos fundamentales (capítulo segundo); la oralidad y las constancias por escrito para audiencias preliminares, su naturaleza jurídica y cuál es el contenido que es dable esperar de ellas (capítulo tercero); así como la naturaleza de las medidas cautelares en relación con la excepcionalidad de la prisión preventiva, noción sobre la cual nunca se hará hincapié suficiente, dada su trascendencia para la eficacia y eficiencia del nuevo sistema penal, así como para superar definitivamente el sistema tradicional, da operatividad fáctica al principio de presunción de inocencia y legitimidad al nuevo sistema penal (capítulo cuarto).

Se ha considerado de relevancia superior comenzar este libro con consideraciones teóricas fundamentales sobre los nuevos paradigmas jurídicos en materia de argumentación jurídica, relación entre el derecho y la moral, derechos fundamentales y el nuevo sistema penal acusatorio. Sin embargo, esto se realiza con la finalidad de acercar a los operadores jurídicos a estos importantes temas, cuyo análisis es imprescindible dada la propia estructura del Código Nacional, así como para aportar una perspectiva desde la judicatura que, sin perder el rigor correspondiente, aterrice las cuestiones principales para ser instrumentos pragmáticos para todos los operadores del sistema, particularmente los juzgadores. Por esta razón, se relacionan las consideraciones más abstractas con ejemplos concretos y puntos específicos del procedimiento penal, a la vez que se proporcionan variedad de ejemplos prácticos.

Después, siguiendo el orden del proceso penal, se destinan cuatro capítulos para cada una de sus etapas.

Así, respecto de la etapa de investigación, se consideran de fundamental importancia las cuestiones relacionadas con el plazo de investigación complementaria en relación con el derecho del imputado al acceso a la justicia, el debido proceso y la defensa adecuada; la cuestión sobre el desahogo de medios de prueba en la audiencia inicial en sus diversas fases (control de la detención, vinculación a proceso y medidas cautelares); las cuestiones competenciales en la audiencia inicial, que siempre importan temas particularmente técnicos y difíciles de resolver, más cuando esto debe hacerse oralmente en breves lapsos, con especial atención respecto de los preceptos transitorios que regulan la aplicación del sistema penal acusatorio o el sistema penal mixto; y el muy debatido y relevante tópico de qué debe entenderse por hecho previsto en la ley como delito y probable intervención para efectos del dictado de la orden de aprehensión y del auto de vinculación a proceso, así como sobre el estándar probatorio condigno, para lo cual se propone, respecto de lo primero, el concepto de tipicidad

probable y, para lo segundo, datos de prueba que arrojen suposición razonable sobre la posible tipicidad, pudiéndose emplear tanto una argumentación sintética o conceptual como una analítica dirigida a cada elemento del tipo.

Sobre la etapa intermedia, se hace énfasis en el camino procesal de la prueba y la preparación de la audiencia de juicio. Por ello se aborda en primer lugar la cuestión sobre la necesidad de interpretar correctiva y funcionalmente los plazos, conceptos y lagunas contenidas en el Código Nacional. En segundo término, se trata sobre la complicada cuestión de los ámbitos de validez relativos a las reformas de junio de 2016, respecto al inicio del procedimiento y los hechos que le dieron origen, lo cual tiene relación no sólo con la aplicabilidad de la reforma para procesos penales acusatorios ya iniciados, sino también con aquellos por iniciar y, por ende, con la aplicación ya del sistema tradicional o mixto y el nuevo sistema (tema también abordado en esta obra en la sección de la etapa inicial, aunque con otra perspectiva y opinión). En este apartado se dedica un capítulo al muy relevante y novedoso tema de la prueba en el nuevo sistema penal, es decir, al camino que se recorre para formarla, lo cual se relaciona con la teoría general del proceso. Por último, un apartado para analizar y proponer soluciones respecto de la interacción del juicio de amparo con el nuevo sistema penal, concretamente en la etapa intermedia, respecto del procedimiento abreviado y los medios alternativos de solución de controversia y la procedencia del juicio constitucional contra el auto de vinculación a proceso.

La etapa de juicio es, sin duda, central en el nuevo proceso penal. Por ello, en el apartado correspondiente se destinan cuatro capítulos, en los cuales se desarrollan temas de capital trascendencia: técnicas de litigación y desahogo de pruebas desde la perspectiva del juzgador; los testigos de referencia, su naturaleza procesal; la esencia jurídica del uso de declaraciones anteriores, la forma, la oportunidad y los efectos de su empleo; y el procedimiento abreviado, orientado al deber del juzgador de tutelar el acuerdo celebrado entre la fiscalía y la parte acusada.

La última sección de este libro se reserva a los mecanismos alternativos de solución de controversias, al procedimiento abreviado y al recurso de apelación, temas torales para el nuevo sistema penal acusatorio, que, a diferencia del anterior, establece formas distintas al juicio para solucionar el conflicto penal. En esta última parte se abordan, en primer lugar, los acuerdos reparatorios y los mecanismos alternativos de solución de controversias regulados en la Ley Nacional respectiva, exponiendo el papel que el juez debe jugar en ellos. Un capítulo se reserva a la suspensión condicional del proceso, donde se analiza su naturaleza y procedencia en los casos en los cuales hay ausencia de víctima u ofendido determinado en el proceso, tema controvertido dada la literalidad del artículo 192 del Código Nacional. También se destina un acápite para el importante tema de los alcances del recurso de apelación contra sentencias definitivas en relación con el derecho fundamental al recurso efectivo previsto en la

Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuestión altamente problemática que pretende armonizar los principios del nuevo sistema penal acusatorio, con la jurisprudencia internacional sobre el tema.

Expuesta la estructura general de esta obra conjunta, resta enfatizar que representa sólo el inicio de una discusión que a nivel nacional y en tiempos venideros llevará a una dialéctica más profunda. Empero, confiamos que será una herramienta útil para los operadores jurídicos, especialmente para el juzgador del sistema penal acusatorio, para identificar el estado de algunas de las principales cuestiones derivadas del Código Nacional y la proposición de soluciones razonables y sustentadas académica y pragmáticamente.

Christian Omar González Segovia
Juez de Distrito y coordinador de la obra
Mérida, Yucatán, septiembre de 2016

CAPÍTULO I

GENERALIDADES

Christian Omar González Segovia

I. La argumentación jurídica en el sistema de justicia penal acusatorio

1. Argumentación jurídica y racionalidad en la justificación de las decisiones orales

En principio, habríamos de preguntarnos si existe un cambio en la forma de argumentar el derecho sustantivo penal a partir del sistema acusatorio. Evidentemente, las normas sustantivas no cambiaron; sin embargo, sí la forma de concebir y aplicar la justicia penal, no necesariamente por la característica de oralidad en que descansa el proceso penal, sino por la inclusión de razones morales, al pretender alcanzar el procedimiento postulados de justicia, especialmente sobre el esclarecimiento de los hechos en controversia, de proteger al inocente y de procurar que el culpable no quede impune, con la respectiva salvaguarda de derechos fundamentales del imputado y víctima.

Sin duda que en el proceso penal que anteriormente regía, el trabajo argumentativo de los sujetos procesales era predominantemente escrito. Esa condición permitía gozar de beneficios en el momento de la resolución definitiva, pues el juzgador podía analizar y reflexionar sobre el sentido de su determinación, reexaminar los puntos a debate, allegarse de doctrina, jurisprudencia y disposiciones legales para justificar su fallo, además de tener el beneplácito temporal para su construcción y proyección, con la oportunidad debida para sopesar sus alcances, así como las paradojas de las posibles soluciones.

Sin embargo, en el sistema acusatorio y oral, el juzgador no puede reflexionar sin límites de tiempo y tener una extensión mayúscula en la exposición de sus argumen-

tos, no sólo por lo material y humanamente costoso que resulta, sino porque la toma de decisión debe acontecer de manera inmediata después de cerrado el debate, de ahí que sus capacidades analítica, argumentativa y de expresión deben potenciarse, generando habilidades que permitan pronunciarse de manera inmediata sobre la resolución del problema litigioso y explicar las razones que la sustenten, que si bien habrán de ser concretas tendrán que ser suficientes y exhaustivas. Existe un mayor reto intelectual para el juzgador bajo el esquema del sistema acusatorio.

Entonces, el juzgador no tiene posibilidad de meditar sus resoluciones con los beneficios que brinda el tiempo y la comodidad instrumental que ofrece la escritura, por lo que debe construir estructuras argumentativas sólidas, suficientes y concisas, con claridad vasta sobre los contenidos de la información que transmite y debidamente justificada, fruto de la racionalidad, mas no de la arbitrariedad.

Lo anterior se relaciona directamente con la argumentación jurídica, que se ocupa de la decisión judicial, así como de su discurso. En efecto, la argumentación jurídica se ocupa de las razones que se ofrecen como motivación en las decisiones (proceso de justificación), más allá de la simple descripción y explicación de los procesos que influyen directamente en la determinación del operador judicial (proceso de descubrimiento) (Atienza, 2013). Otorgar razones significa brindar argumentos, que en las resoluciones judiciales se traducen en enunciados o en conjuntos de enunciados que otorgan una razón a favor de una decisión (Guastini, 2008).

En los países adscriptos al sistema de derecho codificado se verifica a partir del período posterior a la Revolución Francesa, una clara exigencia a los jueces para motivar o fundar sus decisiones, es decir, a exponer en sus fallos las razones con las que pretende justificarlos, y explicitar el porqué de la mejor solución encontrada en el ordenamiento jurídico, pero además, la fundamentación requiere ser hilvanada de un modo lógicamente correcto. Por ello, las deficiencias motivadoras aparecen cuando lo argumentado carece de sustento fáctico, normativo, axiológico o lógico (Vigo, 2006: 174).

Para Leibniz y Schopenhauer, el juez motiva la sentencia y exterioriza sus razonamientos basándose en el principio lógico de razón suficiente: “hay siempre una razón por la cual alguien hace lo que hace”. Una buena parte de la doctrina apoya la necesidad de motivación como un instrumento para el control de la arbitrariedad judicial, forzando que la sentencia sea fruto de explicación, persuasión y justificación razonada (Vigo, 2006: 175). El sentido republicano de la justicia exige la fundamentación de las sentencias, porque esta última es la explicación de sus motivaciones (Vigo, 2006: 181).

La enorme dificultad que existe para interpretar el derecho en general, y la Constitución en particular, torna especialmente importante cualquier iniciativa destinada a poner límites sobre dicha tarea. De lo contrario, podría decirse, el intérprete del

derecho se convierte en el verdadero legislador oculto del sistema jurídico de que se trate (Gargarella, 2008: 127). Vivimos en democracia, entre otras razones, porque asumimos que todos, aun los jueces, pueden equivocarse (Gargarella, 2008: 145).

De ahí que el juez en el proceso penal acusatorio se debe valer de la interpretación y argumentación jurídicas. La primera reduce la subjetividad en la asignación de sentido a una disposición legal y la segunda incorpora estándares de racionalidad a las premisas y a la conclusión de cualquier fallo, de forma tal que genere certeza y seguridad de que la decisión no es arbitraria (Atienza, 2013).

La teoría estándar de la argumentación jurídica nos brinda un conjunto de teorías analíticas del razonamiento jurídico, cuya elaboración se debe principalmente a estudiosos como Jerzy Wróblewski, Robert Alexy, Neil MacCormick, Aleksander Peczenik y Aulis Aarnio; dichos autores nos brindan elementos de valoración y pautas por las cuales racional y jurídicamente podría considerarse correcta la motivación de una sentencia judicial.

En términos esenciales, una sentencia judicial estará motivada correctamente cuando cada uno de los argumentos que la sustentan está justificado racionalmente. De ello deriva la racionalidad en las decisiones judiciales que deben satisfacer su justificación interna como su justificación externa (Wróblewski, 1971: 409 a 419). Interna, en cuanto a que la decisión esté justificada desde el punto de vista lógico-deductivo o inferencial. Externa, en su vertiente normativa, que esté justificada en cuanto a la corrección jurídica de sus premisas normativas, y en su vertiente probatoria, en cuanto a estar justificada a partir de la corrección jurídica de sus premisas fácticas.

La primera justificación interna establece que una decisión judicial está justificada racionalmente si lógicamente es deducible de las premisas que la componen, tanto las explícitas como las implícitas, y atañe a una condición de racionalidad formal, acorde con el principio lógico de no contradicción. La segunda y tercera vertientes de la justificación externa establecen la racionalidad de una decisión si cada una de las premisas (normativas y fácticas) de las que se deduce la decisión se encuentra justificada racionalmente. Se trata de dos condiciones encaminadas a asegurar la racionalidad sustancial de las decisiones judiciales, acorde con el principio de razón suficiente, que administrado con el referido principio de no contradicción dan la concepción de razón.

Especialmente para Wróblewski (1971), la noción de decisión racional y las nociones conexas de justificación lógico-deductiva (interna) y justificación normativa-probatoria (externa) tienen un valor esencialmente explicativo y analítico: son instrumentos de análisis de las sentencias y de reconstrucción de su contenido. Mientras que para Alexy (1978) estas nociones constituyen otros tantos elementos de un modelo cuya función no sólo es analítico-explicativa, sino también directiva (normativa). En suma, las nociones pertenecen a un modelo ideal de motivación judicial que sirve para entender al discurso judicial, como un discurso práctico racional.

Wróblewski (1971: 126 y 127) asume que las premisas de hecho y de derecho de una decisión judicial se encuentran justificadas racionalmente cuando están apoyadas en una combinación de argumentos plausibles, que reflejan la axiología aceptada (*Vid.* Perelman, 1978: 425 y 426). De ese modo, la racionalidad de las decisiones judiciales depende de la conformidad de las premisas respecto de un acervo de valores y de creencias (de una axiología).

Alexy (1997 y 1997a), en cambio asume que la justificación de las premisas de hecho y de derecho de las decisiones judiciales resulta racional si tales premisas han sido individualizadas de conformidad con las reglas del discurso práctico racional y con sus especificaciones en el ámbito jurídico. El estado de derecho constitucional democrático constituye la sede natural de la argumentación práctica racional, la única ubicación institucional idónea para optimizar la satisfacción de la exigencia de pretensión de corrección (conformidad con la justicia). Entonces, las decisiones judiciales son enunciados normativos, vistos como enunciados que expresan normas individuales, al constituir las conclusiones de los razonamientos lógico-deductivos y, por tanto, susceptibles de ser consideradas racionalmente justificadas (o injustificadas), desde esta perspectiva.

Atienza (2006: 163 y 164) sostiene que resulta útil distinguir tres tipos fundamentales de razonamiento justificativo judicial: (a) el razonamiento subsuntivo, que tiene lugar cuando el juez aplica mecánicamente una regla de conducta a un caso particular. Esta forma de razonamiento tiene una estructura lógica del tipo *modus ponens*. (b) El razonamiento finalista tiene lugar cuando un juez aplica una regla final, una norma que prescribe la obtención de cierto objetivo, dejando al juez la determinación de los medios más adecuados para el propósito en cuestión. (c) El razonamiento ponderativo tiene lugar cuando la identificación de la norma aplicable a un caso depende de la previa resolución de un conflicto entre dos (o más) principios jurídicos.

La teoría de la argumentación jurídica al reconocer la insuficiencia del método lógico deductivo no renuncia al ideal de certeza, pero sí supone un cambio radical en la manera de plantear la fundamentación de la objetividad hermenéutica y la propia racionalidad de la interpretación, en tanto actividad tendente a lograr un resultado. La objetividad descansa en la propia actividad racional del intérprete, al grado de afirmar que la solución correcta será la más razonable. La aceptabilidad que tenga de una decisión jurídica de esta entidad descansa en la fuerza de las razones que la justifiquen (Orduña Sosa, 2010).

A través de esta teoría se ha impuesto en el derecho otro modo de razonar distinto al de la lógica formal, y al concepto de racionalidad que parte de premisas ciertas para obtener, de forma necesaria, una conclusión verdadera por vía deductiva; ha retratado el concepto de lo razonable que, reconociendo que la verdad jurídica es a veces inalcanzable, y asumiendo la inevitable presencia de elementos valorativos en toda

decisión jurídica, se esfuerza más modestamente en conseguir soluciones plausibles, convincentes, en gran parte predecibles, susceptibles de cierto control intersubjetivo, y por ello capaces de disipar cualquier sospecha de arbitrariedad (Orduña Sosa, 2010).

De lo expuesto se pueden desprender elementos de racionalidad para la justificación de las decisiones jurisdiccionales, que el juzgador oral en el sistema penal acusatorio debe atender en el momento de hacer patente los argumentos que sustentan al fallo, que derivan de las cinco dimensiones ideales, que según Imer Flores (2010) deben participar en cualquier proceso de integración del derecho, tanto legislativo como jurisdiccional:

- 1) Racionalidad formal: la decisión oral debe ser exhaustiva en relación con el debate de las partes, y con los aspectos formales;
- 2) Racionalidad lingüística: la decisión oral debe ser clara y precisa para evitar problemas de vaguedad y ambigüedad;
- 3) Racionalidad justificatoria: la decisión oral debe justificarse a través de razones;
- 4) Racionalidad sistemática: la decisión oral debe evitar problemas de antinomias, redundancias y lagunas;
- 5) Racionalidad teleológica, la decisión oral debe ser eficaz para llegar a un fin y no establecer cuestiones imposibles o meramente simbólicas;
- 6) Racionalidad pragmática: la decisión oral no sólo debe ser eficaz, sino socialmente efectiva y económicamente eficiente para alcanzar ciertos objetivos, especialmente en la solución de conflictos y esclarecimiento de los hechos y,
- 7) Racionalidad moral: es moralmente importante que las decisiones sean justas.

Igualmente, desde el punto de vista argumentativo, la decisión y su justificación deben cubrir los siguientes postulados básicos de congruencia y racionalidad (interna y externa) (Toulmin, 2007):

- A. Toda valoración judicial, relevante para la decisión del caso, debe estar expresamente justificada mediante argumentos.
- B. Los argumentos usados por el juzgador han de tener tres propiedades formales:
 - i. No deben contener inferencias erróneas;
 - ii. No deben ser incompletos, en el sentido de que todas sus premisas no evidentes deben ser explícitas;

- iii. Han de ser pertinentes, versar sobre el verdadero contenido de las premisas del juicio que se quiere fundamentar;
- C. Los argumentos deben ser convincentes y poder ser juzgados como razonables por cualquier juzgador imparcial y,
- D. Ni las premisas empleadas y justificadas ni el fallo pueden vulnerar los contenidos de las normas jurídicas, al menos sobre las que sean claras o reconocibles, salvo que se desprenda una laguna axiológica que se justifique.

2. Concretización y ponderación de principios

Tradicionalmente el ejercicio de la función jurisdiccional se había entendido como la solución de conflictos del modo preestablecido por normas conocidas que son garantía de la seguridad jurídica (Prieto Sanchís, 2005: 255). Los jueces resolvían conflictos mediante la aplicación racional de normas jurídicas preestablecidas.¹ Sin embargo, a partir de la segunda mitad del siglo XX, los juristas han puesto su atención en una estructura de norma jurídica diversa a la de la regla (supuesto-consecuencia). La norma jurídica expresada como principio se caracteriza por estar formulada de manera vaga o indeterminada, carece de un supuesto que se correlaciona con una consecuencia o solución jurídica (Moreso y Vilajosana, 2004: 90). De la eficacia y solución de las colisiones de principios es de lo que se ocupa el razonamiento ponderativo antes citado.

Para el sistema acusatorio penal, el modelo deductivo en la toma de la decisión es insuficiente, pues la fuente de resolución para el juez no es únicamente el texto de la ley, sino elementos de razón que debe expresar mediante la motivación para fortalecer y legitimar su decisión, siempre con el objeto de que ésta sea, más que legal, justa. El juez deja de ser tan sólo la boca de la ley, para desempeñar un papel de mucha mayor responsabilidad social y democrática (García, 2014).

Las nombradas cláusulas generales, conceptos jurídicos indeterminados o principios, poseen términos o expresiones de textura abierta, la norma en abstracto no contiene todos los elementos necesarios para su aplicación; al manejar expresiones como orden público, interés social y buena fe, entre tantas otras, el intérprete necesita hacer una valoración entre elementos subjetivos y objetivos presentes en la realidad fáctica, de manera que se pueda definir el sentido y el alcance de las normas. Robert

¹ La norma jurídica suele formularse como una regla que correlaciona un supuesto normativo a una consecuencia normativa. Con base en esta forma de estructurar las normas jurídicas como reglas, la solución jurídica de un problema que se plantea al juzgador se obtiene a partir de la verificación de que en el plano fáctico ocurrió el supuesto previsto en la norma, y la posterior aplicación de la consecuencia normativa al caso concreto.

Alexy (1997) concibe a los principios como mandatos de optimización, en el sentido de que se trata de normas que exigen del juez ser aplicadas en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que el juez debe observar la realidad social, y los principios y reglas concurrentes e incorporar a su argumentación la norma objeto de optimización en la mayor medida posible (García Figueroa, 2006: 179).

Una gran parte de las disposiciones constitucionales (Dworkin, 2002) y de los tratados internacionales de derechos humanos no expresan reglas precisas, sino principios, los cuales exigen, por un lado, un trabajo de concretización para ser aplicados a controversias concretas, y por otro una estrategia de ponderación (Alexy, 1997: 157). De ahí que algunos autores afirmen que los principios son normas sin una terminación acabada y, por tanto flexibles y susceptibles de ser completados (Lorenzetti, 2008: 211), a fin de que puedan aplicarse a un caso concreto, una vez que se les dota de contenido normativo. Precisamente, se llama procedimiento de concretización de los principios la creación o formulación a partir de ellos de otras normas en forma de regla (supuesto-consecuencia), que por virtud del resultado puedan ser empleadas como la premisa mayor del silogismo jurídico en el que se subsumirá el caso concreto (premis menor) (Orduña Sosa, 2010: 73).

El reconocimiento de la fuerza normativa de los principios y su distinción cualitativa en relación a las reglas es uno de los símbolos del constitucionalismo contemporáneo; los principios no son, como las reglas, comandos inmediatamente descriptivos de conductas específicas, sino normas que consagran determinados valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios. La definición del contenido de los principios, verbigracia, de dignidad de la persona humana, razonabilidad, etcétera, innegablemente transfieren para el intérprete una dosis importante de juicios de valor y, por ende, de discrecionalidad.

La subsunción no es capaz de solucionar el problema de colisión entre principios, toda vez que es imposible encuadrar el mismo hecho dentro de normas cuyos contenidos son opuestos. Tampoco son útiles los criterios tradicionales de solución de los conflictos normativos (jerárquico, cronológico y de la especialización), cuando la colisión ocurre entre disposiciones originarias de la constitución, pues a la luz de los principios de interdependencia e indivisibilidad tienen la misma jerarquía normativa y axiológica.²

² Dos reglas que se muestran en conflicto significa que una de ellas no es válida, o bien que una opera como excepción a la otra (criterio de especialidad). En cambio, cuando la contradicción se entabla entre dos principios, ambos siguen siendo simultáneamente válidos, por más que en el caso concreto y de modo circunstancial triunfe uno sobre otro. Ésta es la caracterización que hace Alexy (1997: 81).

La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hacen que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación (Zagrebelsky, 1995: 125). A partir de ese panorama, la ponderación de las normas, bienes, valores e intereses es la técnica que tiene que ser utilizada por el intérprete, por vía de la cual se harán concesiones recíprocas, intentando en la mayor medida posible preservar el contenido de los intereses en disputa o, en casos límite, proceder a la elección del derecho que va a prevalecer (Atienza y Ruiz Manero, 1996), en razón de que ese derecho realiza de manera más adecuada la voluntad constitucional, y que es preferente, por justificar su aplicación las posibilidades jurídicas y fácticas del caso concreto, al no resultar desproporcionada o desmedida su prevalencia en relación con el diverso derecho o interés con el que se interrelaciona o colisiona.

El juzgador en el sistema penal acusatorio debe operar a través de principios, no sólo porque constituyen el sustento del proceso penal acusatorio —piénsese en los principios básicos de publicidad, inmediación, contradicción, concentración, continuidad, igualdad de armas—, sino porque en su estructura normativa confluyen también como derechos fundamentales, vistos como garantías del gobernado oponibles frente al acto autoritario, cuya salvaguarda y protección siempre deben tenerse presente. El imputado deja de ser un objeto en la investigación y el proceso, y pasa a ser un sujeto procesal con derechos y prerrogativas procesales, con igualdad de condiciones que la fiscalía para plantear y probar sus pretensiones.

3. Derecho y moral en el sistema penal acusatorio. Conexión necesaria

De esa manera, el juzgador del sistema penal acusatorio debe interiorizar concepciones no positivistas del derecho en el momento de aplicar las normas procesales y sustantivas de carácter penal. Las reformas constitucionales en materia penal de 2008, y la de derechos humanos de 2011 necesariamente vinculan al juzgador del proceso penal acusatorio, a reformular la forma en que concibe al derecho (concepto y naturaleza jurídica), al ser irremediable efectuar su lectura a partir de concepciones no positivistas, especialmente por la existencia de una conexión necesaria entre el derecho y la moral (tesis de separación y tesis de conexión).

Visto desde el enfoque argumentativo, el jurista es un constructor del derecho y es a partir del concepto que tenga de éste como planteará su constructo. La actitud ante el fenómeno jurídico implica el concepto de derecho que se tenga, y acorde con esta idea es que se emplean métodos de trabajo de construcción del razonamiento jurídico (García, 2014).

Si la concepción del derecho es de carácter positivista, los métodos de construcción de los razonamientos jurídicos partirán del análisis de la relación entre el texto de la ley, la conducta humana y los hechos reales, mediante mecanismos lógico-de-

ductivos. Las soluciones jurídicas encontrarán explicaciones básicamente en el texto normativo y en la voluntad de su creador. El razonamiento acorde con este esquema es de tipo deductivo, pues parte del supuesto normativo general, para encontrar adecuación al caso concreto y proporcionar una solución. Si, por otro extremo, el concepto de derecho se encuentra vinculado con un pensamiento pospositivista, los métodos de razonamiento, interpretación, integración y construcción de los argumentos se darán a partir de razonamientos morales (García, 2014), en los que prevalecerá la ponderación de principios y las especificidades del caso concreto son las que permitirán la aplicación del derecho, según la justicia que requiera cada caso.

Por ejemplo, Ronald Dworkin (1992) toma como punto de partida el positivismo hartiano y critica lo que él considera como tesis centrales del positivismo (del positivismo más refinado); contempla el derecho esencialmente, no desde el punto de vista del legislador, sino desde la perspectiva del juez que ha de resolver un caso difícil. Se explica así que Dworkin no se interese por las relaciones entre el derecho y el poder [el elemento de coacción en el que tanta insistencia puso el positivismo clásico (Kelsen, 1993, y Hart, 1968), sino que pone el mayor énfasis en destacar los aspectos morales del derecho y construye una concepción del derecho casi exclusivamente desde el punto de vista del participante.

La concepción que Dworkin (1990, 1992, 1992a, 1999 y 2002) tiene sobre el derecho se resume fundamentalmente en la defensa de tres tesis: (1) la de los principios, (2) la de los derechos y (3) la de la concepción del derecho como interpretación.

1. La tesis de los principios viene a indicar que un sistema jurídico no puede entenderse adecuadamente si se ve sólo como un conjunto de reglas (tesis esta última que atribuye a Hart). En opinión de Dworkin, los principios pueden ser de dos tipos:
 - a) Las *policies* o directrices, las normas que fijan objetivos de carácter económico, social o político; y
 - b) Los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como la de que nadie puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito), que establecen derechos.
2. Pues bien, en contra de lo que sostienen los positivistas en el sentido de que en los casos difíciles los jueces deciden en forma discrecional, Dworkin mantiene que esa discrecionalidad no puede darse, pues si se diera, el juez invadiría la función del legislador. El juez, al decidir, no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que han sido establecidos por los principios.
3. Finalmente está la tesis de que el derecho es interpretación; un sistema jurídico contiene reglas y principios, pero esos son más bien los materiales a utilizar para resolver litigios, no el derecho mismo.

Para Dworkin (2002), lo que caracteriza a los principios frente a las reglas es que mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo o nada, los principios tienen una dimensión de peso: cuando se aplican para resolver un caso deben ser ponderados entre sí, y el caso resuelto según el peso relativo atribuido a los diversos principios concurrentes.

Zagrebelsky (1995: 125) sugirió algo similar: las reglas son aplicables a la manera del todo o nada, si se dan los hechos previstos por una regla y la regla es válida, entonces debe aceptarse la respuesta que ésta proporciona, sin escapatoria ni mediación posible. No sucede así con los principios, porque éstos presentan una dimensión que las reglas no poseen: la del peso y la importancia. A diferencia de las reglas, los principios no forman parte del sistema jurídico por su origen o fuente (esto es, utilizando el criterio establecido en una regla de reconocimiento (tesis de Hart), sino por razón de su contenido, lo que significa, en definitiva, negar la tesis positivista de la separación entre el derecho y la moral).

Dworkin (2002) señala que para cualquier juez los casos difíciles surgen cuando su primer *test* (análisis) no discrimina entre dos o más interpretaciones de alguna ley o de una serie de precedentes. En ese supuesto debe optar por una de las interpretaciones elegibles preguntándose cuál muestra, con un mejor enfoque, la estructura de las instituciones y decisiones de la comunidad, la totalidad de sus estándares públicos, desde la perspectiva de la moralidad política. En otras palabras, el juez debe preferir aquella interpretación que se ajuste al conjunto de principios que justifiquen mejor al derecho como un todo.

Tesis semejantes a las de Dworkin pueden encontrarse también en la obra de muchos autores, como Neil MacCormick (1978 y 2005), Robert Alexy (1997, 1997a), Carlos Nino (1985, 1992 y 1996) y Atienza (1996 y 2006). Por su relevancia, es oportuno ocuparnos de la teoría del derecho de Alexy (2008), especialmente sobre su justificación, la conexión necesaria entre el derecho y la moral (que articula a través de la pretensión de corrección de la cláusula de Radbruch), así como los supuestos en los que los defectos morales tendrán trascendencia directa sobre la invalidez jurídica de la actuación autoritativa, concepción teórica esencial que el juzgador del sistema debe tomar en consideración, a efecto de ponderar los supuestos racionales en que es permisible realizar actuaciones oficiosas en salvaguarda de derechos.

Un problema principal de la naturaleza del derecho (y del concepto de derecho) es el concerniente a la relación entre el derecho y la moral. La pregunta más fundamental es si existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Las dos respuestas más elementales y generales son las tesis de la separación y la tesis de la conexión (Alexy 2008: 78). La tesis de la separación sostiene que no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Con toda seguridad, la tesis de la separación no agota el positivismo jurídico; según el concepto positivista de derecho, Kelsen (1993) y Hart

(1968) lo definen mediante la referencia exclusiva de la expedición autoritativa y sobre su eficacia social. Sin embargo, ésta se encuentra en su núcleo. Es imposible ser un positivista sin estar de acuerdo con la tesis de la separación. Por lo tanto, la tesis de la separación está necesariamente presupuesta en el positivismo jurídico (Atienza, 2013).

La negación de la tesis de la separación es la tesis de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, que sostiene que existe por lo menos una clase de conexión necesaria. Esto es, una conexión necesaria entre la validez jurídica y los méritos o deméritos morales (corrección o incorrección) (Alexy 2008: 79). Los argumentos a favor de esta tesis son:

1. La corrección: el argumento conceptual que Alexy (2008: 62) invoca en su teoría del derecho es el argumento de la corrección. El argumento de la corrección se efectúa en dos pasos: en el primero se intenta mostrar que el derecho eleva necesariamente una pretensión de corrección y el segundo consiste en explicar que esa pretensión implica una conexión necesaria entre el derecho y la moral.

De acuerdo con Alexy (2008 y 2010), uno de los presupuestos necesarios de los actos del habla mediante los cuales se desenvuelve la práctica jurídica, cuyo objeto es la determinación de lo que está jurídicamente prohibido, permitido y obligatorio, es que dichos actos pretenden ser correctos, pretenden ser aceptados como correctos por parte de la comunidad jurídica y de la comunidad en general. Ésta es la llamada pretensión de corrección.

Esto es lo que hace para Alexy (2001: 75-95) que el discurso jurídico sea un caso especial del discurso práctico general, pues quienes como participantes en las prácticas regulatorias generales nieguen esta pretensión de corrección implica de manera necesaria en sus afirmaciones que incurrieran en una contradicción performativa; esto es, en una contradicción entre lo que se dice y lo que está implícito de manera necesaria en el acto de decir (Alexy, 2002: 35 a 39).

Alexy (1999: 378-379) sostiene que esa pretensión implica una conexión necesaria entre derecho y moral, porque cuando las razones provenientes del derecho positivo no son suficientes para resolver los casos concretos, la pretensión de corrección permite recurrir a razones de toda laya, con prioridad a las razones de justicia (perteneciente al razonamiento moral), sobre todo las otras razones que no están basadas en el derecho positivo, como por ejemplo razones de utilidad, funcionalidad, etcétera, para resolver casos concretos.

La conclusión de Alexy (2008: 68) es perentoria: la pretensión de corrección necesariamente se refiere al razonamiento moral cuando la decisión no puede adoptarse

sólo con base en razones procedentes del derecho positivo o, expresado en términos más concretos, la pretensión de corrección no sólo implica el poder jurídico del juez para aplicar razones morales en casos difíciles, sino que también implica la obligación jurídica de hacerlo cuando sea posible.

Desde el punto de vista del positivismo jurídico, ésta es una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Esta conexión necesaria tiene la consecuencia de que las decisiones que son moralmente defectuosas también son jurídicamente defectuosas (validez jurídica). Desde el punto de vista de una más amplia concepción no positivista del derecho, esto último significa la inclusión de las razones morales al interior del derecho (Alexy, 1997: 211a 220). Todos los sistemas jurídicos elevan necesariamente la pretensión de corrección al pretender ser justos; si no, existiría una contradicción performativa (contradicción entre una aseercción explícita y una aseercción implícita, pero necesaria en cuanto a su esencia).

2. Injusticia extrema. Otro argumento que Alexy (2008: 69), utiliza en su teoría del derecho es el argumento de la injusticia extrema (fórmula de Radbruch), en cuanto a que la injusticia extrema no es derecho, que junto con los argumentos de la corrección y de los principios (mandatos de optimización) constituyen las tres razones de mayor poder que puedan llevar a pensar que existe una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral, y que esta relación es la propiedad esencial del derecho en su dimensión ideal o crítica.

Alexy (2008) con ello da planteamientos sólidos y plausibles, que no se refieren a la existencia de un derecho atemporal e inmutable, al que el derecho positivo deba corresponder, sino a la existencia de una moral crítica viviente en la opinión pública, que busca incesantemente lo correcto y que permite identificar umbrales extremos de injusticia, como aquellos que se traspasan cuando se violan derechos fundamentales.

El derecho positivo asegurado por medio de la legislación y el poder tienen preeminencia incluso cuando su contenido es injusto y fracasa en su intento de beneficiar a la gente, a menos que el conflicto entre la ley y la justicia alcance un grado intolerable, de tal manera que la ley, en tanto derecho defectuoso, tenga que ceder ante la justicia (Radbruch, 2006: 7). Es sólo cuando se traspasa el umbral de la injusticia intolerable cuando las normas que han sido expedidas de manera apropiada y que son socialmente eficaces pierden su validez. Alexy (2008: 75) considera que quien acepte esta fórmula ha aceptado al no-positivismo como una concepción teórica.

Si las decisiones jurídicas deben basarse en razones, entonces allí en donde se agotan las razones autoritativas las razones a favor de las decisiones jurídicas tienen

que incluir razones no-autoritativas; entre estas razones la clase más importante consiste en razones que se refieren a la justicia. Los asuntos relativos a la justicia son asuntos morales (casos difíciles). Esto implica que la textura abierta del derecho (Hart, 1992: 128) hace imposible que exista una aplicación del derecho que no incluya algún tipo de razonamiento moral.

Una vez que se concibe a la moral como algo incluido en el derecho, las razones morales pueden y deben participar en la justificación de las decisiones jurídicas cuando se agotan las razones autoritativas (pretensión de corrección); la teoría del razonamiento jurídico (argumentación jurídica) intenta explicar este fenómeno, concibiendo este último como un caso especial del razonamiento práctico general (Alexy, 1997).

Ahora, vale preguntarnos de qué manera participa esa pretensión de corrección en el sistema penal acusatorio. La respuesta es categórica, participará necesariamente, incluso obligadamente el juzgador oral debe tenerlo presente en el momento de operar con el sistema, debe tomar en cuenta especialmente las razones de justicia en el momento de ponderar el caso concreto. Sin duda, el derecho positivo es especialmente relevante para la aplicación cotidiana del derecho, pero cuando las circunstancias apremiantes del caso requieran una solución adicional a la que nos proporciona el derecho positivo, sin duda que se habrá de optar por ésta, especialmente sobre las que nos brindan el razonamiento moral a través de los principios.

Lo anterior se sustenta en la doctrina del activismo judicial (*judicial activism*) (Wróblewski, 1992), que se inspira en el valor de la congruencia del derecho con la conciencia social; en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos (así como los derechos de las minorías) contra las mayorías políticas, así como en otros valores que es difícil identificar. Esta doctrina sugiere a los jueces una interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual. En otras palabras, favorece la libre creación del derecho por parte de los jueces, con la finalidad de adaptar los valores constitucionales a las necesidades de la vida real, que los jueces sólo pueden identificar mediante sus sentimientos de justicia (Guastini, 2008: 65).

El resultado del activismo judicial es un derecho constitucional tendencialmente completo, sin lagunas. Se considera que los principios constitucionales son capaces de regular cualquier materia posible, de modo que en el derecho constitucional no queda ningún espacio vacío en el que el legislador pueda decidir lo que quiera, ya que siempre habrá una norma constitucional para cada ley ordinaria con la que se podrá confrontar para decidir sobre su conformidad con la constitución. Una consecuencia notable de la actitud de *judicial activism* es la tendencia de constitucionalización del ordenamiento jurídico (Favoreu, Rubio Llorente y Pérez Royo, 1991). Esta doctrina se opone, entonces, tanto a la interpretación diacrónicamente constante como a la interpretación literal, y a la interpretación originalista; en cambio, favorece tanto la interpretación evolutiva como la construcción de normas implícitas a partir de los

principios constitucionales. La antípoda a esa corriente es el *self restraint*, que se inspira en el valor de la deferencia hacia el legislador democrático: los jueces no deben invadir las competencias del poder legislativo (Ely, 1997).

De esas dos corrientes (*self restraint* y activismo judicial) se puede construir un activismo judicial moderado, coincidente incluso con el estado constitucional contemporáneo, en el que se confiere a la judicatura un protagonismo decisivo en los cambios sociales y en la incorporación de nuevos derechos constitucionales a los ya existentes, partiendo del supuesto de que el juez está generalmente más potenciado que los otros poderes del Estado para la empresa de plasmar en normas y conductas los actuales valores de la sociedad y la justicia, derivado de la lectura moral a la constitución que efectúan a través de razonamientos principales para el caso concreto (Dworkin, 2002), cuyo fin último descansa en la salvaguarda de derechos fundamentales, elemento inescindible para la actual concepción democrática del Estado constitucional de derecho, en donde no sólo la regla de las mayorías es importante, sino el disfrute de los derechos que permitan al gobernado vivir dignamente (dignidad humana).

Sin embargo, no se debe falsear la pretensión de ese activismo, ya que todo juzgador, y especialmente el juez del sistema penal acusatorio, ante todo debe estar sujeto a un autocontrol en la función que ejerce, pues so justificación de hacer prevalecer el postulado de justicia, o los elementales principios constitucionales, o principios propios en los que descansa el sistema penal acusatorio, puede falsear la letra de la ley y disponer lo que mejor le convenga para la solución del caso, e incluso hacer caso omiso al propio postulado legal y en algunos casos, incluso del constitucional o convencional, ejercicio que realmente esconde un protagonismo desmedido, lo cual constituye la crítica actual al estado de derecho constitucional, en cuanto al empoderamiento desmedido de los jueces.

La interpretación del derecho es uno de los territorios más convulsionados del mundo jurídico y eso es muy explicable desde el momento en que se advierte que la interpretación de la norma es un paso previo a su aplicación, y que, por ende, quien controla la interpretación controlará la efectividad misma de los preceptos jurídicos (Sagüés, 2006: 61). Los siguientes capítulos de mi autoría, así como todos y cada uno de los restantes que realizan los coautores de esta obra colectiva, servirán para evidenciar como se materializan la aplicación de cada uno de estos postulados teóricos y concepciones filosóficas en el momento en el que el juzgador opera con el Código Nacional de Procedimientos Penales. Sin duda que el lector advertirá de su lectura concepciones no positivistas del derecho, que hacen no sólo llevar a la operatividad y efectividad del código, sino a potenciar los cometidos procesales de nuestro sistema, que en última instancia se ciñen sobre la salvaguarda de derechos fundamentales.

II. *Garantía de derechos fundamentales y regularidad del proceso. Actuación oficiosa del juzgador en el sistema penal acusatorio*

1. *Principios de imparcialidad y equilibrio procesal en el sistema penal acusatorio*

Basta efectuar una simple lectura al Código Nacional de Procedimientos Penales, especialmente sobre el Libro Primero, para advertir que su estructura normativa parte tanto de principios como de reglas. Sobre los primeros, el legislador ordinario optó en postular principios con textura abierta, con el objeto de que el operador jurídico los concretizara normativamente al caso concreto, según las exigencias jurídicas y fácticas. Robert Alexy (1993) concibe a los principios como mandatos de optimización, en el sentido de que se trata de normas que exigen del juez ser aplicadas en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas. Esto significa que el juez debe observar la realidad social y los principios y reglas concurrentes e incorporar a su argumentación la norma objeto de optimización en la mayor medida posible (García Figueroa, 2006: 179).

Los principios son normas sin una terminación acabada y, por tanto, flexibles, susceptibles de ser completados (Lorenzetti, 2008: 211). Precisamente, se llama procedimiento de concretización de los principios, la creación o formulación a partir de ellos de otras normas en forma de regla (supuesto-consecuencia), y que por virtud del resultado, puedan ser empleadas como la premisa mayor del silogismo jurídico en el que se subsumirá el caso concreto (premisa menor) (Orduña Sosa, 2010: 73). La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hacen que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación (Zagrebelsky, 1995: 125). La llamada ponderación de principios no es otra cosa que la selección de la solución normativa que debe resolver el caso conflictivo cuando sobre el mismo concurren varios principios. Se selecciona la solución normativa establecida por el principio que a la luz de las propiedades del caso tiene más peso (Atienza, 2001).

De ahí que la literalidad del texto sólo represente el primer acercamiento y punto de contacto para el esclarecimiento de muchas de las normas que subyacen a las disposiciones del Código Nacional que se pretenden interpretar, incluso debe partirse de la base y preferencia, de que su intelección requiere el uso adicional de gran variedad de pautas interpretativas, como acontece con criterios sistemáticos, funcionales y de carácter axiológico principal. De ahí que, por ejemplo, sea un referente común el que se potencie la pretensión legislativa imbibida en nuestra legislación adjetiva, especialmente en cuanto a que nuestro procedimiento penal está orientado a una salvaguarda de derechos fundamentales, y que su sustento deriva de los principios y características inmanentes al sistema acusatorio y oral. De esa manera, las interpretaciones correcti-

vas, funcionales y a favor de la persona habrán de primar como parámetro nuclear en la construcción de las propuestas de solución sobre los aparentes vacíos normativos y axiológicos que la codificación proyecta.

Lo anterior es relevante para formular la siguiente pregunta: ¿a la luz de los principios de imparcialidad y equilibrio procesal es permisible la actuación oficiosa del juzgador en el proceso penal acusatorio? La respuesta parece sencilla, pero no lo es del todo, y más si se ha entendido, creo en forma incorrecta, que a la luz de esos principios, en consonancia con la característica acusatorio del sistema, que el juzgador debe ser un ente pétreo, estático y distante de las partes, en cuanto existen matices a considerar, por lo menos para garantizar la regularidad del proceso y para la salvaguarda de derechos fundamentales de grupos vulnerables, especialmente del imputado y de la víctima, que llevan a que no sólo se involucre, sino que se implique activamente.

No puede ser un mero actor decorativo del proceso ni un sujeto estático con límites de acción por voluntad propia (*motu proprio*). Mucho menos se puede considerar que en el rol y conducción de las propias audiencias quede estático ante el solo control horizontal que ejerzan las partes. Como lo ha sostenido en diversas conferencias el destacado jurista mexicano Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz, quien además es coautor en esta obra colectiva, el juzgador en el sistema penal acusatorio tiene una función activa dentro del proceso, pues se constituye en un verificador de condiciones procesales mínimas; debe constatar que exista la información mínima presentada por las partes y que sea apta para resolver la cuestión materia debate en la audiencia, y ante su insuficiencia, requerir su satisfacción a las mismas.

El proceso penal acusatorio se sustenta en la idea de un enjuiciamiento con un rol específico para cada uno de los sujetos procesales intervinientes, especialmente sobre el juez, órgano acusador y defensa. De ahí que la decisión recaiga en un tercero imparcial (imparcialidad), sobre la base de un debate contradictorio (contradicción), que deriva del enfrentamiento de dos partes en posición de igualdad (igualdad de armas) (B. J. Maier, 2004). Para que ese contradictorio sea equilibrado, es necesario que el juzgador se mantenga distante de las partes, a fin de que no existan beneficios sobre alguna de ellas, sino que alcancen de manera equitativa sus posibilidades acusatorias, defensivas y probatorias (equilibrio procesal) (Horviz, y López, 2003).

Sin embargo, debe existir prudencia cuando dotamos de contenido normativo al principio de equilibrio procesal, y especialmente sobre los alcances del propio principio de imparcialidad, pues dada su interdependencia e indivisibilidad la armonización y conjugación de ambos implican además el deber del juzgador sobre la rectoría y eficiencia del proceso, así como el respeto, la protección y la garantía de los derechos fundamentales. Recuérdese que uno de los elementos centrales del proceso penal moderno tiene su base en el respeto de los derechos fundamentales del gobernado (Ferrajoli, 2011).

De ahí que aquellos principios deben concebirse como un postulado que impone al juzgador conductas positivas y negativas en salvaguarda de los derechos fundamentales de defensa adecuada y debido proceso (artículos 14 y 16 constitucionales, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); de carácter negativo, el no realizar actos que transgredan la imparcialidad, que se refiere a la neutralidad que el juzgador debe guardar respecto a los intereses materia de controversia, sobre el equilibrio procesal que le impide concentrar las funciones de investigación, acusación y decisión, y que en su conjunto ambos lo limitan negativamente a efectuar concesiones desproporcionadas a una de las partes en perjuicio de la contraria y, por ende, a tratar inequitativa o discriminatoriamente a alguna de las partes; de carácter positivo, que vinculan al juzgador a que asuma un rol activo en el proceso penal, ya sea para evitar su obstaculización o paralización, o bien para respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales —esto último como deber esencial de la jurisdicción en términos del tercer párrafo del artículo 1o. constitucional.

2. Proyección de los principios de imparcialidad y equilibrio procesal en el Código Nacional de Procedimientos Penales

El Código Nacional de Procedimientos Penales a la luz de esos principios de imparcialidad y equilibrio procesal prevé como regla general que la actuación del juzgador acontezca a instancia de parte y sólo por excepción de manera oficiosa en los supuestos normativos que expresamente prevé, como acontece con la incompetencia por declinatoria (artículo 27), actuaciones sobre orden y dirección en audiencias (53), sobre la ausencia de las partes y garantía defensa de la víctima (57), vista delitos surgidos en audiencia (60), restricción acceso audiencias y excepciones principio de publicidad (55 y 64), constancia escrita (67), aclaración de resoluciones (69), nulidad de actos realizados con violación a derechos humanos (97), saneamiento (99), medios de apremio (104), garantía defensa técnica imputado (121), incompatibilidad defensoría común (124), sustracción acción de la justicia (141), arresto por incumplimiento de medida cautelar (174), correcciones disciplinarias (355), prisión preventiva oficiosa (167), extinción acción penal por cumplimiento a suspensión condicional (199), exclusión prueba ilícita (97, 263, 264 y 346), control detención (308), oportunidad declarar (312), cuestionamiento imputado sujeción plazo constitucional (313), citación audiencia intermedia (341), preguntas aclaratorias en interrogatorios de testigos, peritos y acusado (372 y 377), entre otros.

Se considera a lo anterior reglas de excepción, pues adviértase de la simple imposición a ese código, como la instauración de la mayoría de fases procesales e instituciones que prevé, que su ejercicio se contempla realmente mediante acción de parte legítima; véase también como la veracidad de la información que se introduce

en audiencias preliminares, a partir de la exposición oral de las partes, es por virtud del control horizontal que éstas efectúan, quedando realmente limitada la actuación de control vertical que el juzgador pueda hacer de manera directa. Ese límite, que se centra en vedar por regla general las actuaciones oficiosas, *prima facie* tiene como fin legítimo el que no se quebrante el equilibrio procesal, y se dé prevalencia a los principios de contradicción, igualdad e imparcialidad. Por ello cabe preguntarnos: ¿existe posibilidad de que adicionalmente a las excepciones legalmente previstas el juzgador pueda actuar oficiosamente y en qué supuestos?

En principio, parece aceptable *prima facie* que en el sistema penal acusatorio la actuación del juzgador acontezca a instancia de parte, si se toma en consideración que tiene sustento en principios dispositivos, en el que el ejercicio de la acción procesal, tanto activa como pasiva, se encuentra encomendada a las partes a partir de los roles específicos que tienen encomendados, en términos generales, la fiscalía bajo su rol de investigación/acusación, la víctima en busca de la verdad/reparación, el imputado y defensa sobre excepciones/defensas, mientras que al juzgador le compete la rectoría del proceso y resolución final de la contienda.

De esa manera, es congruente que en la etapa de investigación³ la fiscalía efectúe actos de investigación de cargo e incluso de descargo (artículos 127, 128 y 129), ejerza la acción penal y elija la forma en que el imputado habrá de conducirse al proceso (141), tenga potestad de discernimiento sobre las formas de terminación de la investigación (253, 254, 255 y 256), al igual sobre el desistimiento de la acción penal (144), el que no pierda en audiencia inicial la dirección de la investigación (211), el que pueda efectuar actos de investigación que no requieran control judicial previo, y de solicitar autorización cuando sí se requiera (251 y 252), que formule imputación (309, 310 y 311), solicite y justifique la vinculación a proceso (309 y 313), así como que pueda solicitar prórroga del plazo investigación complementaria (322).

Igualmente, es oportuno que en la etapa intermedia la fiscalía formule acusación y ofrezca elementos de prueba (artículos 324 y 325), proceda a su descubrimiento probatorio en forma constante durante la etapa de la investigación (337) y celebre acuerdos probatorios (345). Que en la etapa de juicio tenga la oportunidad de formular alegatos de apertura y clausura (394 y 399), de reclasificar jurídicamente el hecho delictuoso (398), de ofrecer medios de prueba supervenientes y de refutación (390), entre otros. Tratándose de la víctima, se pueda constituir como coadyuvante acusador (338) y que activamente participe en el proceso con el objeto de conocer la verdad, solicitar que el delito no quede impune, que se sancione al culpable y se le repare el daño.

³ En este desarrollo me referiré sólo al ejercicio de la acción penal pública, y no cuando es instada por particular en los casos excepciones que prevé el artículo 428 del Código Nacional.

La razonabilidad de lo anterior estriba en que esas actuaciones procesales tienen vínculo directo con la investigación y persecución penal, cuya potestad queda a cargo de manera exclusiva en la fiscalía federal y en el particular cuando el ejercicio de la acción haya corrido a su cargo (artículo 426), por lo que el juzgador no puede involucrarse ni formal (ejercicio de la acción) ni materialmente (introducción de pretensiones acusatorias o probatorias), pues llanamente se constituiría en un órgano acusador, actuación que a la luz del principio de imparcialidad les está vedado, tal y como también acontece con las previsiones normativas que confieren potestad de acción a la víctima coadyuvante, pues *mutatis mutandis* de asumir esos roles se transgrediría el equilibrio procesal en perjuicio del imputado, al romperse el equilibrio procesal.

Igualmente, es pertinente que en la etapa de investigación el imputado y el defensor sean quienes ante la fiscalía propongan actos concretos de investigación (artículo 2016), sin demérito de que puedan efectuar por su cuenta los que consideren pertinentes (117, fracción VI y 126), o bien ofrezcan directamente elementos de prueba para desahogo en audiencia de vinculación, cuando se esté en los supuestos de prisión preventiva oficiosa (314), que elija el primero el plazo en que desea se resuelva su situación jurídica (313), que objeten la vinculación (316), que tengan oportunidad para solicitar reapertura de la investigación (333) y que sometan a control jurisdiccional el rechazo de actos de investigación (129 y 216). Que en la etapa intermedia se les conceda una actuación propia en la fase escrita, con el consiguiente descubrimiento probatorio y ofrecimiento de elementos de prueba (340), así como, la posibilidad de concretar acuerdos probatorios (345). Que en la etapa de juicio se les conceda oportunidad para el ofrecimiento de medios de prueba supervenientes y de refutación (390), así como que procedan a la formulación de alegatos de apertura y clausura (394 y 399).

Es de precisar que la ejemplificación anterior no es en modo alguno exhaustiva sino meramente referencial sobre algunas de las fases más relevantes en el procedimiento ordinario, respecto de las cuales su instauración está reservada al ejercicio de acción procesal de parte legítima, y que por correspondencia impiden *prima facie* al juzgador efectuar actuaciones oficiosas.

Desde luego, no deben confundirse esas acciones procesales concedidas a parte procesal legítima con la potestad concedida al juzgador para la aplicación del derecho al caso concreto (jurisdicción), pues en estos casos no actúa oficiosamente, sino como consecuencia natural del imperio que le asiste para juzgar la instancia y resolverla, en donde a través de su arbitrio tendrá libertad razonada de acceder o rechazar la pretensión, o incluso en sustentar su decisión en causas distintas a las propuestas, como acontece en la solicitud de sobreseimiento, en el que puede decretarlo por motivo distinto al propuesto por la parte accionante (artículo 330).

3. Límites del juzgador en su actuación *ex officio*

De esa manera, el que el juzgador respete cada uno de los referidos roles procesales y no se inmiscuya en el ejercicio de su acción dará plena eficacia a los principios de imparcialidad y equilibrio procesal, de ahí que le esté vedado subrogarse, por lo que hace a la fiscalía y víctima, en sus potestades de investigación y pretensiones acusatorias, así como resarcitorias; para la defensa e imputado en sus excepciones y defensas; y en términos generales para todos, sobre sus respectivas estrategias probatorias para demostrar sus afirmaciones. Lo anterior lleva a considerar que las acciones procesales que tienen encomendadas las partes procesales para esos efectos, les corresponde a ellas, y sólo a ellas, su discernimiento de elección y ejercicio, teniendo que ser el juzgador respetuoso de la estrategia acusatoria o defensiva que cada uno se trace, por lo que ante esos supuestos habrá de comportarse como mero espectador sobre sus intereses propuestos.

De ahí que a la luz de ese equilibrio procesal y principio de imparcialidad podría estimarse *prima facie* que el juzgador sobre actuaciones procesales que incidan sobre pretensiones acusatorias o defensivas debe estar distante hacia las partes y, por ende, tener un rol pasivo, limitado a ser un espectador y árbitro del proceso, que por virtud de éste lleve aplicar las reglas procesales sólo ante el desenvolvimiento y acción que efectúen las propias partes, quedando en mayor medida la fiabilidad de la información a través del control horizontal que efectúen las partes.

Sin embargo, esa regla no debe considerarse en términos absolutos, al ser también prevaleciente la obligación que deriva del tercer párrafo del artículo 1° constitucional, en cuanto al deber por parte del juzgador de respetar, proteger y garantizar derechos fundamentales (artículo 1° constitucional), y en términos del derecho fundamental al debido proceso en ser el rector del proceso, con el consiguiente deber de evitar su entorpecimiento o interrupción. De ahí que la concepción sobre la conducta que debe asumir el juzgador en el proceso penal acusatorio deba ser matizada, para hacer permisibles las actuaciones oficiosas cuando salvaguarde la consecución del proceso o bien la eficacia de derechos fundamentales del acusado o víctima, teniendo como límite el no suplantar sus pretensiones o suplir sus deficiencias (acusatorias, defensivas y probatorias), pues precisamente por equilibrio procesal las partes en igualdad de condiciones deben cumplir con sus respectivas cargas procesales.

El que el juzgador no supla sus deficiencias no lleva a considerar que no impere, por ejemplo, su obligación de protección y garantía de la defensa técnica de la víctima e imputado, pues en caso de que ésta sea deficiente habrá de efectuar las actuaciones correctivas correspondientes (artículos 57 y 121, respectivamente). Es importante que el juzgador tenga especial mesura en el momento de calificar dicha incapacidad técnica, pues además de que debe ser manifiesto (evidente) y sistemático (reiterado), no

debe confundirse con la defensa pasiva que puede asumir el imputado y que acorde a su estrategia o pretensiones le sea asequible y además constitucionalmente válido, pues a la luz del principio de presunción de inocencia, en su vertiente de regla probatoria la carga para demostrar la culpabilidad siempre correrá a cargo del ente acusador (Jurisprudencia 1a./J. 25/2014 10a).

Entonces, ¿a qué me refiero? En específico a los supuestos en que no obstante el Código Nacional de Procedimientos Penales no confiere permisión oficiosa al juzgador para actuar en determinada fase procesal, pueda hacerlo cuando resulte estrictamente necesario para respetar, proteger y garantizar derechos fundamentales o bien para efectivizar el propio proceso penal, evitando su paralización u obstaculización.

4. Actuación ex officio del juzgador ante salvaguarda de derechos fundamentales

Inicio por la actuación oficiosa del juez en salvaguarda de derechos fundamentales. El Estado en cumplimiento de su deber protector no sólo tiene la obligación de abstenerse de vulnerar o amenazar a través de sus agentes, o bajo el beneplácito de éstos, los derechos fundamentales (obligaciones negativas), sino también la obligación de hacer o realizar las acciones encaminadas a realizarlos y hacerlos efectivos (obligaciones positivas). El tercer párrafo del artículo 1° constitucional dispone que las autoridades en el ámbito de su competencia tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La obligación de proteger es una obligación positiva, que está dirigida a los agentes estatales para crear el marco jurídico y las instituciones necesarias para prevenir las violaciones a derechos fundamentales cometidas por particulares y por agentes estatales, así como para volver exigibles los derechos frente a posibles violaciones. La obligación de proteger está íntimamente vinculada a la obligación de respetar, que ésta en su contenido básico está orientada a impedir que los órganos del Estado violenten los derechos humanos; respetar constituye la obligación más inmediata y básica, tiende a mantener el goce del derecho, cuyo cumplimiento es inmediatamente exigible. La obligación de protección se relaciona con los deberes de verdad, justicia y reparación que se traducen en la investigación de violaciones, la sanción a los culpables y la reparación a las víctimas, éstas junto con la obligación de prevención, a concepción de la Corte IDH forman parte de la obligación de garantizar (Serrano y Vázquez, 2013: 61 y 64).

Por su parte, la obligación de garantizar tiene no sólo el objetivo de mantener el disfrute del derecho, sino también el de mejorarlo y restituirlo en caso de violación. Fundamentalmente se trata de una obligación que exige la conducta positiva del Estado para asegurar la realización del derecho. La obligación de garantizar los

derechos es la más compleja en términos de la conducta positiva que se requiere de los órganos estatales, porque implica una perspectiva global sobre los derechos fundamentales, para efectos de asegurar su realización. A diferencia de las anteriores dos obligaciones, la de garantizar tiene por objeto realizar el derecho y asegurar para todos la habilidad de disfrutar de los derechos. Por ello requiere la remoción de todas sus restricciones, así como la provisión de los recursos o la facilitación de las actividades que aseguren que todos sean sustantivamente iguales en cuanto a su oportunidad para participar de ellos (Serrano y Vázquez, 2013: 71).

La confluencia de esas obligaciones, especialmente de las de protección y garantía, llevan a que el juez ante violaciones de derechos fundamentales, instruya oficiosamente a la fiscalía a la práctica de actos de investigación para posterior desahogo y valoración de prueba en juicio. Por simple referencia, piénsese en los casos de tortura o tratos crueles inhumanos o degradantes ejecutados contra el imputado, que requieren la práctica de pericias a la luz del protocolo de Estambul, o en situaciones de género o de desigualdad estructural, que también a través de dictámenes es necesario determinar situaciones agravadas de vulnerabilidad, o incluso la necesidad de efectuar diálogos interculturales sobre comunidades indígenas a partir de dictámenes antropológicos, y con el fin que resulte prevaleciente el principio de igualdad sustantiva.

Recuérdese que la igualdad sustantiva se configura como una faceta o dimensión del derecho fundamental a la igualdad, que tiene por objeto remover o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impiden a ciertas personas o grupos sociales gozar o ejercer de manera real y efectiva sus derechos fundamentales en condiciones de igualdad con otro conjunto de personas o grupos sociales (Tesis 1ª XLIV/2014 10ª). Esta modalidad del principio de igualdad impone a las distintas autoridades del Estado la obligación de llevar a cabo determinados actos que tiendan a obtener tal correspondencia de oportunidades entre los distintos grupos sociales y sus integrantes y el resto de la población (Gargarella, 1999). Por ende, esta modalidad de la igualdad se cumple a través de una serie de medidas positivas de cualquier índole, que tengan como finalidad última evitar que se siga dando la diferenciación injustificada o la discriminación sistemática o revertir los efectos de la marginación histórica o estructural del grupo socialmente relevante (Pérez Luño, 2005).

A estas medidas se les pueden catalogar como acciones positivas o de igualación positiva (Martínez Tapia, 2000), que tienen como finalidad alcanzar la igualdad real entre los grupos o sujetos, a través de una serie de actos que persigan la igualdad de hecho (sustantiva) y no meramente de derecho (formal), a través de medidas correctivas y de equilibrio sobre los grupos o personas que ejercen actos de subordinación consciente o inconscientemente (Rey, 1995).

Ejemplos de las acciones positivas pueden ser determinadas políticas públicas que tengan como sujetos a las mujeres o a las personas con algún grado de discapaci-

dad y que busquen otorgarles bienes o servicios adicionales para que alcancen un mismo grado de oportunidades para el ejercicio de sus derechos. Ejemplos de las medidas de igualación positiva pueden ser las cuotas o los actos específicos de discriminación inversa en favor de una persona que pertenezca a un determinado grupo social. En algunos de estos casos se dará formalmente un trato desigual de *iure* o de *facto* respecto de otras personas o grupos, el cual deberá estar justificado precisamente por la consecución de la igualdad de hecho y tendrá que cumplir con criterios de proporcionalidad (Tesis 1a. XLII/2014 10a).

Lo que es común a estos tipos de medidas positivas, es que buscan conferir un mismo nivel de oportunidades para el goce y ejercicio de los derechos humanos de los miembros de ciertos grupos sociales, los cuales se caracterizan por ser o haber sido objeto de una discriminación o exclusión recurrente y sistemática. Estos grupos se definen por su existencia objetiva e identidad colectiva, así como por su situación de subordinación y poder político disminuido frente a otros grupos (Santiago Juárez, 2007).

Por ejemplo, en el proceso penal, analícese la situación de disparidad de hecho en que se encuentra el acusado en relación con la fiscalía, el Estado ejerce a través de éste todo su poder punitivo y lo materializa a través del ejercicio de la acción penal y su consiguiente pretensión acusatoria y punitiva; en estos casos, según sus propias posibilidades, contará con mayores elementos materiales y humanos para hacer frente a la demostración de esos extremos, mientras que el gobernado sujeto a proceso por regla general se encontrará en una situación agravada de vulnerabilidad, pues a más de estar en muchos casos privado de su libertad o restringido en sus derechos, tendrá concomitantemente diversos factores que potencian su fragilidad y desamparo, en algunos casos por su agravado estado de pobreza, marginación, bajo nivel cultural y educativo, su calidad indígena o migratoria, por razones de género, preferencias sexuales, estado de ingravidez, de senilidad, grupo indígena o étnico, enfermedad, etcétera.

De ahí que sea difícil afirmar, que aun a la luz del principio de igualdad procesal que pregona nuestro Código Nacional (artículos 10 y 11), el imputado cuente con las mismas oportunidades materiales que tiene el Estado para sustentar su acusación, sin duda la balanza se inclina sobre el más poderoso, que por regla general no es el imputado, por lo que ante esta disparidad sustantiva el juzgador debe efectuar medidas positivas para conceder al sujeto vulnerable el mismo nivel de oportunidades en el proceso, para con ello lograr un equilibrio, y por virtud del cual se lleve al goce y ejercicio efectivo de sus derechos.

Sin duda que esos supuestos y otros que lleven al juzgador a corregir una situación desdeñable, con independencia de su falta de previsión normativa en la codificación adjetiva penal, obligan al juzgador a actuar a través de acciones positivas que equilibren desventajas o de las acciones necesarias para eliminarlas o revertirlas,

o bien para allegarse de los elementos necesarios para efectuar un desplazamiento epistemológico, en el que el juez se desplace de los significados de su cultura para conocer los de una cultura distinta y comprender los hechos desde ahí. Actuaciones que por equilibrio procesal, por ejemplo al no poder asumir el juzgador roles directos de investigación, llevará a que imponga la carga procesal a la fiscalía para investigarlos, pues ésta, además de ejercer la persecución penal tiene encomendada la práctica de una investigación imparcial, con un deber especial de lealtad, objetividad y debida diligencia para atender tanto los elementos de cargo como de descargo (artículos 128 y 129).

5. Actuación ex officio del juzgador ante salvaguarda de la consecución del proceso

Existen otros supuestos en que el juzgador se encuentra posibilitado a efectuar actuaciones procesales oficiosas, con el fin de efectivizar el propio proceso penal, evitando su paralización u obstaculización, cuyo sustento también deriva en sus obligaciones de respeto, protección y garantía de derechos, especialmente sobre aspectos de eficiencia procesal, defensa adecuada, debido proceso y tutela judicial efectiva (artículo 14, 16 y 17 constitucionales, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Por ejemplo, piénsese en las siguientes actuaciones:

- Declarar oficiosamente nulidad de actos ejecutados en contravención a las formalidades previstas en el Código Nacional (artículos 97, último párrafo, 98 y 101).
- Imponer providencias precautorias diversas a las solicitadas, siempre que no sean más graves (138).
- Convocar oficiosamente a audiencias de revisión de medidas cautelares, cuando por hecho notorio advierta que han variado de manera objetiva las condiciones que justificaron su imposición, con el objeto de revocarlas, sustituirlas o modificarlas (161), o bien cuando exista incumplimiento de las medidas impuestas (174).
- No imposición de prisión preventiva oficiosa y sustitución por otra medida cautelar, por no resultar proporcional para neutralizar los riesgos procesales de sustracción, obstaculización o protección a terceros (167, último párrafo).
- Solicitar oficiosamente aclaraciones o precisiones en imputación (311).
- Convocar oficiosamente a audiencia de sobreseimiento (327).

Adviértase que todas y cada una de esas actuaciones no se involucren ni inmiscuyen con aspectos sustantivos de estrategias defensivas o acusatorias de las partes, y respecto de las cuales ya fijamos postura que el juzgador debe ser respetuoso, sino que se trata de acciones positivas que se efectúan para evitar que el proceso se paralice, pierda su efectividad o bien por resultar manifiestamente desproporcionada la restricción de derechos fundamentales, y que por ende requiera su adecuación a las circunstancias prevalecientes del caso.

Pensemos en la posibilidad de declarar oficiosamente la nulidad sobre actos ejecutados en contravención a las formalidades previstas en el Código se estima que tal y como acontece con los actos realizados con violación a los derechos fundamentales (artículo 97, primer párrafo) y tratándose de pruebas, su consiguiente declaratoria de exclusión por ilicitud (264), el juzgador también debe tener la potestad de efectuar esa declaratoria oficiosa, en los supuestos en que haya sido imposible sanear o convalidar los defectos formales del acto (99 y 100), la razón que lo justifica estriba por eficiencia y prontitud en la administración de justicia (artículo 17 constitucional), al ser innecesario esperar la propuesta de parte, cuando es el propio juez quien detecta la violación y advierte una afectación real hacia alguna de las partes, cuya reposición resulta necesaria para efectivizar sus derechos o intereses. Además de ser exigible por respeto al debido proceso (artículo 14 constitucional), pues todo procedimiento debe satisfacer sus formalidades esenciales, y ante su quebranto debe existir reparo, más cuando la violación pueda dejar sin defensas al gobernado y trascender al dictado del fallo.

En cuanto a la posibilidad de imponer providencias precautorias distintas a las solicitadas por la víctima, ofendido o fiscalía, el juez debe tener la potestad de discernir a la luz del *test* de proporcionalidad, es decir, ningún derecho fundamental es absoluto y por regla general admiten restricciones. Sin embargo, éstas no pueden ser arbitrarias, sino que deben superar el *test* de proporcionalidad, en su esquema de prohibición al exceso, que tiene como fundamento la prohibición a la arbitrariedad y que ordena la operación intelectual del juzgador con el objeto de determinar cuándo una actuación ha rebasado los límites constitucional y convencionalmente permitidos, que lo tornan en injusto. El *test* de proporcionalidad se integra a través de tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Orduña Sosa, 2010).

En específico del subprincipio de necesidad, cuál de las medidas (embargo de bienes, movilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero) es la que resulta menos lesiva, y atendiendo el caso concreto, valorar que tenga la misma efectividad para garantizar la posible condena de reparación del daño. Sin duda que a través del principio integrador de analogía se puede suplir ese silencio normativo y aplicar la regla que para medidas cautelares prevé el segundo párrafo del numeral 157 del código adjetivo, pues ambas participan de la misma naturaleza, al ser en términos genéricos medidas de cautela de carácter de protección y conservación.

El límite será que la medida por la que se opte resulte menos lesiva a la propuesta por la parte legítima.

Convocar oficiosamente a audiencia de revisión de medidas cautelares es un aspecto íntimamente vinculado con la rectoría del proceso, respecto de la cual el juzgador debe privilegiar su respeto, siempre que la variación de las condiciones objetivas sean manifiestamente benéficas para el imputado; de lo contrario imperará la carga procesal para que la fiscalía sea quien efectúe su solicitud y proceda en audiencia a su demostración, por ejemplo, cuando se ha prolongado la prisión preventiva más allá de los plazos legal y constitucionalmente permisibles. Por lo que atañe al incumplimiento de cautelares, si bien la legislación dispone que la autoridad de supervisión de medidas será quien lo hará del conocimiento a la fiscalía, para que ésta proceda a su solicitud (artículo 174), lo cierto es que nada impide que el juzgador si lo advierte, por ejemplo, ante el incumplimiento de firmas que hace directamente en el Centro de Justicia Penal o bien superado el plazo constitucional máximo de dos años de prisión preventiva, lo haga del conocimiento a la fiscalía para que efectúe solicitud de audiencia para revisión (artículo 162), a más de que es un principio general de que el juzgador debe velar por que sus determinaciones sean cumplidas y que la restricción de derechos no resulte desproporcionada.

Por otra parte, el último párrafo del artículo 167 del Código Nacional contempla una potestad exclusiva para el Ministerio Público, en caso de que no considere proporcional la aplicación de la prisión preventiva oficiosa, podrá solicitar una diversa medida cautelar. Sin embargo, no existe razonabilidad para excluir al juzgador de esa posibilidad de análisis, máxime que es quien realmente debe realizar ese *test* de proporcionalidad, y advertir si las circunstancias del caso concreto ameritan la aplicación de una medida menos lesiva, siempre que tenga la misma efectividad para atemperar el riesgo prevaleciente.

No se debe pasar por alto que la prisión preventiva oficiosa es una medida restrictiva directamente prevista en el artículo 19 constitucional y, por ende, sea aplicable la Jurisprudencia 20/2014, correspondiente con la décima época. Empero, si el propio legislador ordinario introdujo esa excepción para la aplicación de dicha restricción, a la luz del principio a favor de la persona (artículo 1° constitucional), debe privilegiarse la interpretación más extensiva para potenciar sus efectos, lo que incluso resultaría acorde a estándares internacionales (interpretación conforme hacia tratados internacionales), al estar vedado que se codifique por vía legislativa lo que corresponde al debate judicial, pues la prisión no puede estar determinada únicamente por el tipo ni la gravedad del delito que se imputa (CoIDH, 1997 y 2006).

En cuanto a la imputación, el último párrafo del numeral 311 del Código Nacional contempla la posibilidad de que el juez solicite a la fiscalía aclaraciones o precisiones, pero cuando exista petición del imputado o la defensa. Sin embargo, no existe

justificación racional alguna para que aquél no lo efectúe oficiosamente, más cuando advierta una deficiencia o incongruencia, como la insatisfacción de alguno de los rubros de los que debió ocuparse dicho acto. Por ejemplo, casos en que la fiscalía omitió referir el hecho delictuoso en su totalidad o algunas de sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, o incluso que no dé la clasificación jurídica preliminar o no satisfaga todos los extremos a considerar en ese aspecto (primer párrafo del artículo 31 en relación con el segundo párrafo del numeral 141).

Esa actuación oficiosa del juzgador tiene relación, más que con su potestad rectora en el proceso, con su deber de salvaguarda de derechos fundamentales, al ser prevalentes los principios de debido proceso y defensa adecuada, pues es necesario que el imputado, para efectos de su defensa tenga certeza sobre el hecho delictuoso cuya comisión probable se le atribuye, pues su enunciación no sólo tiene relevancia para posibilitar su defensa y el contradictorio en audiencia inicial (vinculación a proceso y cautelares), sino que constituye la fase procesal que realmente fija su contenido esencial, pues si bien el auto de vinculación a proceso servirá formalmente para determinar el hecho delictuoso que será materia del proceso penal (último párrafo del artículo 316), también lo es que éste sólo podrá ocuparse, a la luz del principio de congruencia, del expuesto en el momento de formular la imputación.

Algunos abogados en audiencia inicial, por estrategia defensiva, optan por asumir una conducta pasiva, pensemos para no solicitar aclaraciones en la imputación (artículo 31), pretendiendo que al no ser subsanadas sus deficiencias llevará a que por ese sólo hecho se dicte en su momento un auto de vinculación a proceso, cuando ello es jurídicamente incorrecto, pues si cumple su fin, podrá ser saneado y por ende convalidado; en caso contrario, podrá incluso declararse su nulidad oficiosamente, como se vio, para el efecto de subsanar la violación advertida (101). De ahí que si la parte no asume el control horizontal que tienen a su cargo, el juzgador estará posibilitado, bajo control vertical, a una vez advertido el vicio formal, a requerir a la parte procesal a que subsane sus defectos.

Ello no implica transgresión a los principios de imparcialidad y equilibrio procesal, pues el juez no se subroga en pretensión de alguna de las partes, sino que para efectos del debido proceso requiere a la parte omisa a que efectúe de manera inmediata las correcciones pertinentes, con el objeto de que la parte contraria esté en posibilidades materiales de ejercer su debida defensa. Máxime que el juzgador está impedido para efectuar actuaciones correctoras directas, al carecer de facultades para determinar por sí mismo los hechos y la conducta atribuida mediante la exposición de los datos de prueba, si esas circunstancias no fueron precisadas por el Ministerio Público al formular la imputación (Jurisprudencia 1a./J. 66/2014 10a, aplicable por analogía).

Por lo que atañe a la audiencia de sobreseimiento, el primer párrafo del numeral 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales contempla como sujetos legiti-

mados para solicitar audiencia de sobreseimiento, a actores distintos al juzgador. Sin embargo, ese numeral debe interpretarse conforme al principio de tutela judicial efectiva (artículo 17 constitucional), del que deriva el de prontitud en la administración de la justicia, para estimar que el juzgador puede convocar oficiosamente a audiencia, ya que el análisis de las causales de sobreseimiento constituye una cuestión de orden público, a más de que resultaría ocioso esperar petición de parte cuando advierta de manera notoria y manifiesta la impertinencia del proceso.

Sin duda, la actuación oficiosa del juzgador, en los supuestos que resulte necesaria la salvaguarda de derechos, tiene sustento especial en el antes referido principio de igualdad sustantiva, que radica en que las partes en estado de vulnerabilidad agravada alcancen igualdad de oportunidades y un efectivo equilibrio procesal, por lo que se deben efectuar actuaciones correctoras que lleven a proyectar con efectividad el principio de igualdad de armas, entendido como la posibilidad no sólo formal, sino material de que las partes procesales se encuentren en las mismas condiciones dialécticas para hacer valer sus pretensiones y defensas, que dada la especial circunstancia de vulnerabilidad en que se encuentran el acusado y la víctima no siempre alcanzan. Así, es difícil sostener que no sea permisible la actuación oficiosa del juzgador en el proceso penal acusatorio, pues como lo señala Ferrajoli (1988: 3 a 7), el proceso penal también significa tutela de derechos fundamentales, cuya satisfacción, aún contra los intereses de la mayoría, es uno de los fines que justifican actualmente al derecho penal.

Es oportuna una acotación sobre el rol procesal que asume el juez de control en audiencias preliminares, pues no es igual al que asumirá el tribunal de enjuiciamiento en audiencia de juicio; al primero le es exigible una actividad intensa de control, pues por una parte es quién vigila la actuación procesal de las partes, que el proceso no quede paralizado a voluntad de éstas, y es quien salvaguarda los derechos del gobernado ante los actos de molestia que inciden sobre su esfera de derechos, mientras que en audiencia de juicio se espera que el tribunal sea un árbitro de la contienda, distante en mayor medida de las partes, que si bien haga respetar las reglas procesales, deje libertad de elección para que éstas sean quienes tracen sus propias estrategias acusatorias o defensivas, e incluso asuman el rol probatorio y de objeción que estimen asequible a sus propios intereses.

Entonces, se puede predicar una dualidad en la actuación del juzgador en el proceso penal acusatorio, especialmente la del juez de control, en cuanto a ser una (1) autoridad rectora y garante del proceso, así como (2) órgano tutelar de derechos fundamentales, con ejercicio de una revisión estricta, no sólo formal sino sustancial de importantes actuaciones procesales, especialmente de investigación, en las que se involucran derechos fundamentales, de allí su papel de garante. Su principal tarea será controlar la actividad estatal en lo que se refiere a la limitación de derechos fundamentales y verificar que en su práctica se respeten las formalidades esenciales. Por tanto, su rol esencial será el de guardián de los derechos.

En ese sentido, el juzgador tiene una labor trascendental, que es la de ponderar la utilidad real y la necesidad que entrañan las injerencias penales sobre los derechos fundamentales de quienes están sometidos a ellas, realizando una verdadera proyección del texto constitucional sobre la legalidad ordinaria y especialmente sobre la tarea investigativa, pugnando por una vigencia efectiva del pacto fundamental, y haciendo que los principios constitucionales sean verdaderos límites al poder. De ahí que mientras se encuentren en juego derechos fundamentales será necesaria la intervención oficiosa del juzgador en el proceso penal, pues precisamente es esa la naturaleza de la función de garantía que ejerce, enfocada primordialmente a la tutela de la parte más débil de la relación procesal penal, como es el imputado y, también en gran número de casos, la víctima. Sin que lo anterior en modo alguno lleve a convertir al juzgador en un juez inquisidor, pues su actuación precisamente tendrá los límites de no involucrarse en tarea alguna de investigación y persecución del delito, cuyo cargo corresponde sólo a la fiscalía, ni tampoco en subrogarse en la tarea defensiva del imputado, ni en las cargas probatorias que las partes deben satisfacer sobre sus propias afirmaciones.

III. Constancia para audiencias preliminares, interpretación del artículo 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales

1. Planteamiento del problema

¿La versión escrita a que alude el artículo 67, segundo párrafo, del CNPP respecto a resoluciones preliminares distintas a sentencias, atañe a una simple constancia o se trata de una resolución escrita con carácter complementario, que además de reiterar lo decidido en audiencia, pueda ahondar su contenido?

2. Síntesis del diagnóstico del problema

Una de las primeras problemáticas a las que se tiene que enfrentar el órgano jurisdiccional penal de primera instancia (juez de control, tribunal de enjuiciamiento y juez de ejecución), con motivo de la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, es en el momento de discernir la norma que deriva de la disposición normativa que prevé el artículo 67, en cuanto a las versiones escritas de los autos y resoluciones emitidas oralmente.

La problemática se centra en la pretensión normativa que subyace a esa disposición, en cuanto a que el acto de autoridad conste por escrito. Sin duda, el legislador ordinario al introducir esa regla direccionó su actuar a lo que postula el primer párrafo del artículo 16 constitucional, especialmente a los principios de legalidad y certeza jurídica. Empero, su actuación inevitablemente entra en tensión con una de las carac-

terísticas esenciales de nuestro actual sistema procesal penal, pues además de ser de corte acusatorio es instrumentalmente oral, tal y como lo reconoce el primer párrafo del artículo 20 constitucional.

Desde luego que ambos bienes constitucionales, por su interdependencia e indivisibilidad (tercer párrafo, artículo 1° constitucional), al no existir jerarquías entre ellos, por ser ambos igualmente necesarios y mutuamente dependientes para su realización, no deben tomarse como elementos aislados o separados, sino como un conjunto (Serrano y Vázquez, 2013: 40 y 42). De ahí que sea necesario efectuar una intelección que armonice ambas pretensiones constitucionales, que lleve a no tornarlas nugatorias ni tampoco a vaciar el contenido esencial de protección del que parten.

El numeral 67 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé que el juzgador en el proceso penal habrá de emitir oralmente los autos y resoluciones. Adicionalmente, contempla un listado taxativo de resoluciones judiciales, que después de su emisión oral habrán de constar por escrito. Igualmente, postula un principio de congruencia, que proscribe que la resolución escrita exceda el alcance de la emitida oralmente.

Finalmente, esa disposición impone la obligación de que esa versión escrita se emita en forma inmediata al dictado de la resolución oral, sin exceder de 24 horas, salvo que exista una disposición legal que establezca lo contrario, como acontece con el artículo 263 de ese ordenamiento procesal, que prevé el plazo de 48 horas para la explicación y por ende, para la redacción de la sentencia en procedimiento abreviado; o bien, el plazo de cinco días que contemplan para la sentencia definitiva en procedimiento ordinario los numerales 401 y 409 de ese Código Nacional, tratándose de absolutoria, computables a partir del día siguiente al dictado del fallo, y para condenatorias, a partir del día siguiente a la culminación de la audiencia de individualización de sanciones, respectivamente.

La interpretación de ese numeral no es pacífica, especialmente por lo que hace al aspecto escrito de la resolución emitida oralmente, el significado gramatical de los vocablos que el legislador ordinario utilizó y su uso indiscriminado puede dar lugar a varios resultados interpretativos y aparentemente no compatibles entre sí.

En efecto, nótese que en principio el segundo párrafo del referido numeral 67 hace alusión a una constancia por escrito. Mientras que del párrafo tercero podría derivarse una versión estenográfica de la resolución oral, en la medida en que llanamente proscribe que la escrita exceda sus alcances, por lo que podría entenderse una versión a literalidad. Sin embargo, cuando la parte final de ese tercer párrafo señala que la escrita “deberá dictarse” de forma inmediata a la oral, pareciera que el legislador la concibió como una resolución complementaria a la oral, incluso con cierta autonomía.

3. Soluciones interpretativas posibles

Esas distinciones interpretativas no son gratuitas y mucho menos equiparables, pues cada una tiene sus propias implicaciones. La (1) constancia por escrito, a la luz de su sentido gramatical, atañe al documento (escrito) en el que se hace constar el dictado de la resolución judicial, en sus aspectos más esenciales, como datos de identificación, sentido y puntos resolutivos; sólo hace constar en el expediente en qué momento, lugar y condiciones determinadas se efectuó determinada actuación jurisdiccional.

La (2) resolución complementaria, si bien no debe exceder el contenido de la audiencia oral (congruencia), permite que tenga un contenido propio, pues la oralidad sólo se ocupa del sentido del fallo (relación sucinta de motivos y fundamentos de la decisión), dejando a cargo de la resolución escrita el desarrollo pormenorizado de sus elementos, verbigracia, acontece con las sentencias definitivas (procesos especiales y de juicio), atentos a lo que disponen los numerales 401 y 403 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto a en principio emitir un fallo y posteriormente proceder a la redacción de la sentencia, con la satisfacción de todos sus requisitos formales y sustantivos. La (3) versión estenográfica implica simple y llanamente una transcripción a su literalidad de lo expresado en audiencia.

4. Constancia para audiencias preliminares, interpretación conforme

Adviértase que no existe uniformidad en la manera en que debe concebirse la obligación (deóntica) que proyecta esa porción normativa, por lo que es conveniente esclarecer su interpretación dominante, que será aquella que la haga compatible con el sistema penal acusatorio y que además potencie de mejor manera la pretensión normativa de que exista una versión escrita, partiendo de la máxima de que el legislador actuó racionalmente y de que para la interpretación de su actuar debe primar el principio de deferencia hacia el legislador, desde luego, sin dejar de tener a la vista la exigencia constitucional que contempla el primer párrafo de su artículo 20 sobre el protagonismo que debe tener la oralidad en el proceso penal acusatorio, al ser una característica nuclear en que descansa el propio sistema.

En efecto, a la luz del principio de deferencia al legislador, el intérprete debe partir de una actitud de confianza hacia el legislador democrático. Debe presumir que éste actuó motivado por los valores constitucionales, por lo que le asiste una presunción de constitucionalidad de su actuar (Ferrerres, 1997). Ello está sustentado en las máximas de que el legislador no se contradice, respeta la constitución, adapta los medios utilizados a los fines perseguidos, no hace nada inútil ni inequitativo al ser fundamentalmente previsor (Ferrerres, 1997 y 2011), lo que está vinculado a la presunción de la racionalidad del legislador, en tanto cabe suponer que su obra no es fruto del azar o de manifestaciones incoherentes, sino el resultado de la razón (Vigo, 2006: 116 y 117).

Así, se considera que la interpretación que satisface a plenitud lo anterior es en el sentido de que sólo habrá (1) constancia escrita de los autos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VI y IX del citado artículo 67 del Código Nacional; esto es, para los que resuelvan sobre providencias precautorias, órdenes de aprehensión y comparecencia, control de la detención, de vinculación a proceso, de medidas cautelares, de apertura a juicio y las que autorizan técnicas de investigación con control judicial previo.

Mientras que para las previstas en las fracciones VII y VIII de ese numeral 67, atinentes a sentencias definitivas y por equiparación, las de sobreseimiento, porque en términos del numeral 328 de esa legislación adjetiva, proyectarán efectos de sentencias absolutorias, prevalecerá una (2) resolución complementaria. Desde luego atendiendo para esas distinciones escritas el contenido singular al que hice alusión en párrafos precedentes.

En efecto, a partir de una interpretación teleológica (objetiva), por la que es posible atribuir significado a una disposición a partir de la voluntad del legislador, sugerida por el fin que pretendió alcanzar, y que emane de la propia disposición que se trata de interpretar (Chiassoni, 2011), se obtiene que la intención del legislador fue dotar de peculiaridad a unas y otras resoluciones, prevaleciendo para los autos (distintos a las sentencias definitivas y de sobreseimiento) un dictado oral íntegro y exhaustivo, esto es, sin que el juzgador pueda posteriormente a la audiencia, pormenorizar sus aspectos esenciales o introducir otros que les resulten complementarios.

De ahí que en audiencias de fases preliminares, el juzgador está impedido en dictar sólo el sentido de su fallo (relación sucinta de fundamentos y motivos que la sustentan), sino en dotar de contenido totalizador a su decisión, pues a más de que no existirá otra oportunidad para complementarla, para el gobernado será vinculante, a su literalidad, lo decidido y expuesto en audiencia (oralmente), constituyéndose el registro de audio y video en el respaldo tecnológico que dé noticia del acto jurisdiccional que se dictó (artículo 61). De esa manera, la constancia por escrito tendrá el efecto de documentar en la carpeta jurisdiccional correspondiente que en audiencia de fecha y modo determinados fue dictada determinada resolución, esto último con el objeto de hacer identificable la actuación y posibilitar a los sujetos procesales su posterior consulta a través del registro de videograbación.

Por lo que hace a las sentencias definitivas acontece lo contrario, pues adviértase que el numeral 401 del Código Nacional prevé que oralmente y en audiencia se emita el fallo correspondiente, que en términos de las fracciones I y II, de ese numeral, atañe a sólo la referencia del sentido de la decisión y la exposición de los fundamentos y motivos que la sustentan; y será posteriormente cuando se redacte el documento escrito y se satisfagan los requisitos formales y sustantivos que para su dictado prevé el numeral 403 de esa legislación, momento en el que formalmente adquirirá la calidad de sentencia (artículos 401, 404, 409), que dicho sea de paso será el documento final al que se dará lectura y explicación en audiencia pública (artículos 401 y 411).

Tan es así, que a partir de una interpretación a *sedes materiae* y a *rúbrica*, el argumento a *sedes materiae* es aquel por medio del cual la atribución o justificación del significado de un enunciado se realiza a partir del lugar que ocupa en el contexto normativo del que forma parte, ya que se piensa que la localización topográfica proporciona información sobre su contenido por ser fruto de un plan del legislador, y por tanto, manifiesta su voluntad (Esquiaga Ganuzas, 2006: 115); en cambio, el argumento a *rúbrica* es aquel argumento por medio del cual la atribución de su significado se realiza a partir del título o *rúbrica* que encabeza el grupo de artículos el que se encuentra ubicado el enunciado (Esquiaga Ganuzas, 2006: 117), del artículo 397 de esa legislación procesal, por estar inmerso en el Título VIII referente a la etapa de juicio y Capítulo V, atinente al desarrollo de la audiencia de juicio, se tiene que para las sentencias definitivas, y por equiparación a las de sobreseimiento, sólo es aplicable la permisión de que con posterioridad a la audiencia se fundamenten los preceptos legales que justificaron la decisión, esto es, en el documento escrito en que habrá de constar dicha resolución, que para las antes referidas audiencias preliminares no existe un dispositivo que disponga en forma expresa la misma regla. Lo que confirma la intención legislativa de que sólo para las sentencias aconteciera un mecanismo especial en el dictado de la decisión, a efecto de que el desarrollo pormenorizado del fallo se efectuara posteriormente por escrito.

La interpretación antes referida, además de ser la que potencia en mayor medida el sentido del artículo 67 del artículo Código Nacional de Procedimientos Penales, al no hacer nugatoria la regla dispuesta por el legislador ordinario en cuanto al aspecto escrito de la resolución oral, es la que resulta conforme al primer párrafo del artículo 20 constitucional, en específico sobre la característica de oralidad que prevalece para nuestro proceso penal acusatorio (interpretación conforme a la constitución) (*Vid.* Tesis 1a. CCXIV/2013, 10a).

En efecto, no es dable interpretar ese numeral 67 del Código Nacional en el sentido de que para todas las resoluciones judiciales que contempla habrá de primar la idea de exposición de fallo en audiencia (sucinto), y redacción posterior en documento escrito (pormenorizado y complementado), pues a más de que llevaría a vaciar de contenido las audiencias preliminares, haría nugatoria la característica esencial de nuestro sistema penal, que no sólo se identifica por ser de corte acusatorio, sino especialmente por su aspecto de oralidad, medio instrumental para lograr la eficacia de los principios de contradicción e inmediatez en audiencia, pilares todos ellos del propio proceso penal de corte acusatorio.

Incluso la regla general que debe privilegiarse es la oralidad, entendida en su más alto sentido de orientación, estando vedado para el operador jurídico fraudar los elementos esenciales en que descansa el sistema, a través de interpretaciones que lo tornen nugatorio. De ahí que las resoluciones escritas, con característica comple-

mentaria (fallo y sentencia), deben ser interpretadas restrictivamente sólo para las sentencias definitivas de procesos especiales o juicio y por equiparación, al proyectar los mismos efectos, las de sobreseimiento. Existe razonabilidad para concebirla como regla de excepción, dada la especial complejidad de su contenido, de la relevancia de la propia decisión y por ende, de las consecuencias que de ella derivan, a más de poder constituir actos privativos de derechos (sentencias condenatorias), mientras que en las audiencias preliminares (autos) nos encontramos ante meros actos de molestia (Jurisprudencia P./J. 40/96).

No escapan los antes referidos principios de interdependencia e indivisibilidad de los derechos fundamentales, que expresamente contempla el tercer párrafo del artículo 1º constitucional, que en el caso, necesariamente lleva a remitirnos por confluencia natural, al principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional, especialmente a los requisitos formales que debe satisfacer todo acto de molestia, como que deben ser mandamientos escritos de autoridad competente (Jurisprudencia P./J. 10/94).

Sin embargo, se estima que ese numeral constitucional debe ser interpretado evolutivamente (*Vid.* Guastini, 2008: 61), en especial de manera armónica con la reforma constitucional en materia de justicia penal de junio de 2008, que como es sabido, trajo consigo la implementación del proceso penal acusatorio y oral que hoy nos ocupa. Recuérdese que fue el propio Constituyente Permanente quien introdujo un nuevo paradigma en la justicia penal doméstica, que especialmente tuvo por objeto desterrar el sistema inquisitivo, cuya base esencial estribaba en actuaciones escritas, para dar paso a un proceso penal de corte acusatorio y oral, esenciales para los Estados democráticos y que fomentan la confianza en los tribunales de justicia (CoIDH, 2005).

De esa manera, se considera que a partir de la reforma constitucional citada, el principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional, especialmente sobre el mandamiento escrito del acto de molestia, no debe ser interpretado en términos absolutos, pues requiere adecuación y matices que permitan armonizarlo con la diversa institución constitucional del proceso penal acusatorio, que en gran medida prescindió de la formalidad escrita.

Máxime que en materia de interpretación constitucional, el principio de unidad de la constitución impide efectuar una operación que haga que sus disposiciones se contradigan entre sí, dada la relación e interdependencia existentes entre los distintos elementos del Pacto Fundamental, que obliga a no establecer, en ningún caso, sólo los principios, normas e intereses aislados, sino el sistema en el que se ubican; esto es, todas las normas deberán ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones (Hesse, 2011: 48). Para Bobbio, el significado de sistema más interesante es aquel que excluye la existencia de normas incompatibles. Las normas constitucionales no deben ser interpretadas de manera que se pongan en conflicto unas con otras, sino que

se armonicen y respeten los principios fundamentales que la conforman (Vigo, 2006: 120 a 123).

Además, el proceso penal acusatorio y el Código Nacional de Procedimientos Penales no es que prescindan del mandamiento escrito; por el contrario, su postulado y regulaciones son acordes al principio de legalidad referido. La salvaguarda del primer párrafo del artículo 16 constitucional, por lo que hace a los actos de molestia, estriba en que se otorgue certeza y seguridad jurídica al gobernado frente a los actos de las autoridades que considere que afectan su esfera jurídica y, por tanto, en asegurar su prerrogativa de defensa ante un acto que no cumpla con los requisitos legales necesarios.

El mandamiento escrito si bien constituye un elemento formal que dota de certeza al gobernado respecto al acto de autoridad, al poder constatar que la actuación pública que incide en su persona o bienes haya sido dictada por autoridad competente, y en su caso, los aspectos de fundamentación y motivación (Tesis P. CXVI/2000) (*Vid.* Jurisprudencia 1a./J. 139/2005). También lo es, que esa regla formal que el Constituyente Originario implementó desde la expedición de nuestro Pacto Fundamental, incluso por reiteración del contenido del numeral 16 de la Constitución de 1857, tenía razonabilidad porque en dichas épocas constituía el medio material idóneo por el que se podía documentar la actuación pública, incluso al no existir otro que con el mismo nivel de eficacia pudiese satisfacer el fin legítimo de que el gobernado tuviera certeza de que el acto efectivamente había sido emitido por una autoridad, y no por algún ente facticio sin imperio.

Sin embargo, no sólo por exigencia posterior del Constituyente Permanente esa regla se atemperó, dada la característica de oralidad que implementó para el proceso penal y que en forma expresa contempló en el antes citado primer párrafo del artículo 20 constitucional, sino porque a nuestros tiempos no es dable afirmar que el documento escrito sea el único medio por el cual se puede prolongar al futuro y tener certeza de la información. Por el contrario, las fechas modernas nos han dotado de mecanismos tecnológicos que con eficacia también lo pueden alcanzar. Aspectos que en modo alguno han sido desconocidos por el Constituyente, basta imponerse de la reforma de 2014 al artículo 6º constitucional (fracción V), para advertir por ejemplo, la relevancia instrumental que se le ha dado a los medios electrónicos, producto de las tecnologías de la información, y que recoge el artículo 61 del Código Nacional, al disponer que las audiencias serán registradas en medios tecnológicos, como acontece con las grabación de imágenes y sonidos, que forman parte de las actuaciones jurisdiccionales.

De esa manera, es por lo que se considera que el objetivo de salvaguarda y certeza que da noticia el principio de legalidad (artículo 16 constitucional) se cumple en el proceso penal acusatorio y oral a través del registro de audio y video de lo acontecido en audiencia, incluso medio fidedigno que no sólo a su integridad sino contextualmen-

te da noticia de lo acaecido en la toma de decisión, y desde el punto de vista material, patentiza la información originada, da eficacia a su contenido, permite al gobernado constatarla a perpetuidad y en su caso refutar lo que estime lesivo a sus derechos.

Máxime que en actuaciones del expediente penal obrarán las constancias correspondientes que harán identificable que en fecha, lugar y modo determinado aconteció determinada actuación jurisdiccional. Sin perder de vista, que incluso la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal ha considerado al registro de videograbación como documento público (1a./J. 43/2013, 10a), que para su eficacia no amerita mayor desahogo para su perfeccionamiento.

En congruencia con lo anterior, los aspectos de fundamentación y motivación que debe satisfacer el acto de molestia en términos del referido numeral 16 constitucional deben ser igualmente satisfechos, en forma exhaustiva, desde la propia audiencia preliminar en que se dictó el auto correspondiente, al ser aplicable la regla general que prevé el artículo 63, en relación con el numeral 52, ambos del citado Código Nacional, en cuanto a que las resoluciones serán dictadas en forma oral, con expresión de sus fundamentos y motivaciones, así como de que las cuestiones debatidas en audiencia tendrán que ser resueltas en ella.

Tampoco se pierde de vista la salvaguarda del mandamiento escrito, como exigencia formal del acto de molestia, que estriba en que en el momento de su ejecución, el gobernado tenga certeza de su contenido, pueda constatar que lo emite una autoridad pública, así como de las razones y sus fundamentos que legitiman la actuación, e incluso desde un punto de vista material, a que en la propia diligencia pueda imponerse de ese contenido, para advertir los límites a los cuales debe ceñir su actuar la autoridad ejecutante. Empero es desafortunado pensar que ello desapareció, pues aún con la implementación del sistema penal acusatorio el Código Nacional de Procedimientos Penales fue puntual en zanjar esa situación, y a través de una interpretación extensiva de la forma en que lo regula (principio a favor de la persona)⁴ (Tesis 1a. XXVI/2012, 10a.) es posible potenciar el principio de certeza jurídica en el momento en que se ejecute el acto de molestia.

En efecto, recuérdese que las resoluciones judiciales respecto de las cuales se estima que sólo debe existir constancia de su dictado, estriban en los autos previstos en las fracciones I, II, III, IV, V, VI y IX del citado artículo 67 del Código Nacional, los que resuelvan sobre providencias precautorias, órdenes de aprehensión y compa-

⁴ El principio a favor de la persona se manifiesta en una de sus vertientes como la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria. Así, ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema obliga optar por la que protege en términos más amplios.

recencia, control de la detención, de vinculación a proceso, de medidas cautelares, de apertura a juicio y las que autorizan técnicas de investigación con control judicial previo.

Como es sabido, a la luz del principio de inmediación (artículo 9°), salvo por aspectos de sigilo en las órdenes de aprehensión, de comparecencia y las técnicas de investigación con control judicial previo, el juzgador dicta en audiencia la resolución ante la presencia del gobernado sobre el cual inciden, momento en que recibe en forma directa la decisión, con efectos vinculantes.

Mientras que para las ordenes de aprehensión, de comparecencia y las técnicas de investigación con control judicial previo, dado el sigilo que les prevalece y ante la ausencia del gobernado, el propio Código Nacional de Procedimientos Penales prevé que inmediatamente a la decisión oral, se transcriban los puntos resolutive de la resolución (artículos 143, 283 y 291), pues recuérdese que con el objeto de salvaguardar la premura y urgencia, son medidas que en muchas ocasiones deben ejecutarse inmediatamente, esto es, sin necesidad de esperar la constancia a que alude el numeral 67 del referido Código Nacional, que para su elaboración contempla un plazo de 24 horas.

Así, con el objeto de potenciar los principios de legalidad y seguridad jurídica (artículo 14 y 16 constitucionales), en el momento de ejecutarse esas diligencias, se habrán de entregar al gobernado los puntos resolutive correspondientes, incluso esa regla es aplicable para todos los actos de investigación con control judicial previo que incidan de manera directa sobre el gobernado y no sólo para los referidos cateos e intervención de comunicaciones privadas, por lo que la regla que deriva de los numerales 283 y 291 de la comentada legislación procesal, debe ser aplicable analógicamente para los restantes actos de investigación con control judicial previo, como son la toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, en los casos en que se niegue a proporcionarlo la persona requerida, el reconocimiento o examen físico de una persona, también cuando se niegue ésta a ser examinada, la exhumación de cadáveres o cualquier otro que implique la afectación directa de derechos fundamentales.

Incluso, la entrega material del documento que contenga los puntos resolutive acontecería aun cuando se estimara la necesidad de resolución escrita complementaria para esas audiencias preliminares (pormenorizada y complementada), pues adviértase que en términos del propio numeral 67 que se analiza, para una u otra postura que se asuma, prevalecerá la regla de redacción de 24 horas, siendo de tal grado la urgencia de la ejecución de esos actos jurisdiccionales, que en la mayoría de ocasiones la fiscalía y los elementos policiales ejecutan la orden correspondiente a través de la entrega material al destinatario de los puntos resolutive, la cual se les entrega de manera inmediata al culminar la audiencia respectiva; por lo menos esa ha sido mi experiencia como juez de distrito especializado en el sistema penal acusatorio en el Estado de Yucatán.

De esa manera, a partir del documento que contiene la inserción de los puntos resolutivos, el gobernado podrá saber la legitimidad de la orden judicial que incide sobre su persona, así como constatar que su ejecución deriva de una orden de autoridad legítima, y dada la presunción de validez que le asiste, no fruto del autoritarismo o la ilegalidad. Máxime que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado la obligación de informar a la persona sobre los motivos y las razones de su detención, que prevé el artículo 7.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en el sentido de que puede satisfacerse de manera oral (CoIDH, 2007).

Sin demérito de que el propio gobernado pueda imponerse posteriormente del audio y video de la audiencia, que para efectos de garantizar sus derechos habrá de entregarse conjuntamente en el momento en que se practica la diligencia. Incluso, en caso de carecer de los elementos materiales o económicos, lo podrá hacer a través de su defensor privado o bien del defensor público que se le asigne, o en última instancia acudir a las instalaciones del Centro de Justicia Penal Federal o local, según corresponda, para efectos de su reproducción.

Además, de ser esta postura jurídica y razonablemente sostenible, también lo es por índole práctico y de efectividad para los intervinientes del proceso penal acusatorio; como recordarán, el 16 de marzo de 2016 entró en vigor a nivel federal el citado ordenamiento procesal en el estado de Yucatán, y por virtud de ello entró en operaciones el Centro de Justicia Penal Federal en esa entidad federativa al que estoy adscrito; en ese entonces, de manera simultánea también entró en operaciones a nivel federal su homólogo para el estado de Zacatecas, y meses atrás lo habían hecho también a nivel federal los estados de Durango y Puebla. Sin duda, las inercias del anterior sistema de justicia penal y de la fuerte raigambre formalista de nuestro sistema escrito me llevaron a que en mi primera audiencia privada y mis dos primeras audiencias iniciales prevaleciera una resolución escrita con carácter complementario.

Desde luego que esa forma en que inicialmente interpreté el numeral 67 del Código Nacional tuvo un impacto directo no sólo en las cargas de trabajo del centro de justicia, sino en la manera de menguar y no potenciar la oralidad del sistema acusatorio, pues desde luego, era muy tentador con posterioridad al cierre de la audiencia, y más cuando se encuentra uno en los inicios de las labores de conducción y toma de decisión en audiencia, con su consiguiente generación de habilidades, el adicionar a la resolución escrita cuestiones no sostenidas públicamente, en demérito del principio de congruencia que el propio numeral contempla, a más de ser un aliciente para vaciar el contenido de las propias audiencias, pues so pretexto de pensar en una resolución escrita de carácter complementario y ver la audiencia como un fallo, con exposición sólo sucinta del sentido de la decisión, para posteriormente llevar su desarrollo en la versión escrita, llevó a transgredir los principios de inmediación y publicidad, al desatender la exigencia normativa de que las cuestiones debatidas en audiencia se

resuelven en ella y de manera oral con expresión de sus fundamentos y motivaciones (artículos 63 y 52).

Desde luego que se tenían que efectuar actuaciones correctoras al respecto, y más porque a nivel federal, de continuar con la interpretación referida, se avizoraban cargas de trabajo insalvables, que llevaban al incumplimiento del plazo de 24 horas para tener la versión escrita. De ahí que sea más benéfico para las audiencias preliminares interpretar el numeral 67 del Código Nacional, en cuanto a que prevalezca una constancia escrita, y para las sentencias definitivas (condenatorias o absolutorias), y por equiparación las de sobreseimiento, una resolución escrita con carácter complementario.

Esa interpretación de manera inmediata tuvo efectividad, pues al terminar la audiencia correspondiente no pasaron más de 10 minutos cuando ya se habían levantado las constancias respectivas, temporalidad que se ha satisfecho hasta momentos presentes, lo que evitó cualquier carga laboral y potenció la oralidad del sistema penal acusatorio, pues a su totalidad me ocupé y me ocupo de la cuestión debatida en la propia audiencia preliminar, dando los fundamentos y motivos que corresponden, y genero día con día las habilidades propias en la toma de decisión, pues sin duda sé que la única oportunidad que tengo para justificar mi decisión es la que exponga de manera pública, actuación que considero es la que más potencia las bondades de nuestro actual proceso penal. Por fortuna, actualmente a nivel federal, en su mayoría ha sido la interpretación por la que han optado los jueces de distrito del sistema penal acusatorio, y ha sido confirmada por ulteriores instancias, como alzada y amparo.

Es de referir que sobre la versión estenográfica, no consideré que prevalecería para efectos de la interpretación del tantas veces aludido numeral 67 del Código Nacional, al estimar ocioso que tenga que transcribirse el registro digital que contiene la decisión jurisdiccional dictada en audiencia, pues a más de que no se cuenta con los elementos humanos necesarios para efectuarlo (secretarías mecanógrafas), como antes se hizo patente, el sólo registro de audio y video cumple la finalidad que pretende salvaguardar el principio de legalidad antes referido. A más de ser el elemento que con mayor fidelidad dará noticia de las razones y acontecimientos acaecidos en el momento de la toma de decisión. Estimar lo contrario llevaría a duplicarse el registro de lo acontecido en audiencia, al tener un registro de videograbación y otro registro escrito, lo que sería redundante por cumplir ambos elementos el mismo fin.

Finalmente, efectúo una salvedad para la constancia escrita, al no ser aplicable cuando las resolución correspondiente se resuelva por medios distintos a la oralidad y no en audiencia, por ejemplo, a través de documento escrito o medios electrónicos, pues en ese supuesto prevalecerá la regla general de que el acto a su integridad debe constar por escrito, pues desde su inicio su validez y existencia fueron supeditadas a la satisfacción de esos extremos, al ser la forma por la que se optó; en caso contrario

se hubiese decidido la cuestión en audiencia. Hipótesis que pudiesen actualizar lo expuesto, órdenes de aprehensión y comparecencia (artículos 142 y 143), de cateo (artículos 282 y 283) y de intervención de comunicaciones privadas (artículo 291).

IV. Prisión preventiva en el proceso penal acusatorio, llevando a la práctica el principio de excepcionalidad

1. Prisión preventiva en el Código Nacional de Procedimientos Penales

La prisión preventiva es el periodo de privación de la libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito hasta que exista sentencia firme, que en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales (en adelante CNPP) sólo puede solicitarla la fiscalía e imponerla una autoridad judicial, por el tiempo indispensable para asegurar que el imputado (1) no se sustraiga de la acción de la justicia, (2) obstaculice la investigación o (3) atente contra la seguridad de la víctima, testigos o la sociedad (artículos 157, 167 y 309).

Existen reglas especiales sobre los momentos procesales de la audiencia inicial en que la fiscalía puede efectuar la solicitud de prisión preventiva y el juez de control resolver. Con motivo de la reciente reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016 se reformaron, entre otros, los numerales 154, 307, 308 y 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales; lo relevante de ello es que ahora toda medida cautelar solicitada (no sólo la prisión preventiva), una vez que el imputado se sujetó al plazo constitucional o su prórroga, habrá de ser resuelta previa a la suspensión de la audiencia.

Si bien el último párrafo del numeral 154 del Código Nacional hace referencia a que su debate acontecerá inmediatamente después de formulada la imputación, lo cierto es que realmente debe acontecer inmediato después a que el imputado se sujete al plazo constitucional, pues a más de que ese apartado debe interpretarse armónicamente con los diversos numerales 307, 308 y 309 de ese ordenamiento, de los que se desprende que su examen debe acontecer hasta ese momento, también lo es que ese propio apartado del numeral 154 hace referencia a que el debate de cautelares acontezca durante ese plazo constitucional, que en términos del numeral 313, necesariamente acontece después de concedida la oportunidad de declarar del imputado y de que manifestó su deseo de que su situación jurídica se definiera no en esa audiencia, sino dentro de las 72 horas y 144 horas siguientes. Lo anterior se esquematiza a partir de lo siguiente.

El imputado no se sujetó a plazo constitucional

1. Prisión preventiva y cualquier otra medida cautelar. Después de dictado el auto de vinculación a proceso, previo debate de cautela (artículo 154, fracción II).
2. Prisión preventiva oficiosa. Al dictar auto de vinculación a proceso y sin debate forma parte integrante de esa resolución (154, fracción II).

El imputado se sujetó a plazo constitucional

1. Prisión preventiva y cualquier otra medida cautelar:
 - a) Después de que el imputado se sujetó a plazo constitucional y previo a suspender la primera fase de la audiencia (154, 307 y 309).
 - b) En caso de que se ofrezcan elementos de prueba y puedan desahogarse dentro de las 24 horas siguientes, su resolución acontecerá en forma inmediata a que ello acontezca (154 y 163). De estar detenido, permanecerá así hasta en tanto se resuelvan esas cautelares (308).
2. Prisión preventiva oficiosa. Al dictar auto de vinculación a proceso y sin debate, forma parte integrante de esa resolución (154, fracción II). De estar detenido, permanecerá así hasta en tanto se dicte la vinculación a proceso (308).

Es preferible que en todos los casos la imposición de la prisión preventiva oficiosa acontezca hasta el dictado del auto de vinculación correspondiente, pues la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) al resolver el caso *Palamara Iribarne vs. Chile* (CoIDH, 2005), dispuso como presupuesto necesario para que se restrinja el derecho a la libertad personal el que la prisión preventiva alcance un fin legítimo, el cual debe entenderse lo estrictamente necesario para asegurar que el acusado (1) no impida el desarrollo eficiente de las investigaciones (2) ni eluda la acción de la justicia (peligro en la demora). Asimismo, en ese mismo precedente la Corte determinó que para acreditar el presupuesto de fin legítimo deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad del imputado (apariencia del buen derecho).

En ese sentido, sería arbitrario imponer esa medida oficiosa en esa fase primaria (previo a la suspensión de la audiencia), al sólo contar el juzgador con la información que proporciona la imputación⁵ y respecto de la cual no puede determinar si la clasificación jurídica preliminar que efectuó la fiscalía sobre el hecho delictuoso

⁵ En términos de los artículos 309 y 311, en relación con el segundo párrafo del numeral 141, todos del Código Nacional, la imputación constituye la comunicación que efectúa la fiscalía al imputado de que desarrolla una investigación en su contra, respecto de un hecho que la ley señala como delito (circunstancias de

resulta correcta, y mucho menos si indiciariamente puede establecer la existencia de ese hecho y la probabilidad de que el imputado intervino en su comisión, de ahí que al no existir posibilidad de debate para disipar el nivel de cautela y la proporcionalidad en la imposición de esa medida, se torna en aspectos absolutos de satisfacción el que previamente se diluciden esos extremos de intervención comisiva indiciaria, cuya definición acontecerá hasta el dictado de ese auto de vinculación.

Sin que lo anterior lleve a que el órgano jurisdiccional deje en libertad a la persona detenida (flagrancia, caso urgente y orden de aprehensión), pues al preceder a esa elección la calificación de válida detención, será imperante la regla que prevé el tercer párrafo del numeral 308 del Código Nacional, en cuanto a que el imputado quedará restringido de ese derecho fundamental hasta en tanto se disipe si es de imponérsele alguna medida cautelar, como en el caso, la prisión preventiva oficiosa.

En este último supuesto, la restricción provisoria de la libertad acontece por virtud de esa permisión legal, el estándar probatorio que se requiere para ello es sumamente bajo, pues se parte de la presunción que finca la probidad a la que la fiscalía federal debe sujetar su actuar (artículo 107), especialmente sobre la veracidad de la información que proporciona al formular la imputación, y la exigencia normativa que le impone el primer párrafo del numeral 141 de ese Código Nacional, en cuanto a que para haber ejercido la acción penal, necesariamente le llevó a disipar previamente si de la carpeta de investigación derivaban datos de prueba para establecer la existencia provisoria del hecho delictuoso y la probabilidad de que el imputado intervino en su comisión.

De ahí que sea especialmente relevante la clasificación jurídica preliminar propuesta por la fiscalía al formular imputación, pues en caso de actualizarse alguno de los supuestos de prisión preventiva oficiosa que contempla el numeral 167 del Código Nacional y el imputado se sujete al plazo constitucional, a la luz de los referidos estándares internacionales, el juzgador habrá de resolver sobre su imposición hasta que se dicte el auto de vinculación a proceso.

Acontece lo contrario para la prisión preventiva que no tiene el carácter oficioso, pues por disposición del artículo 19 constitucional es potestad exclusiva del imputado elegir el momento en que habrá de resolverse su situación jurídica. De ahí que si por estrategia de defensa decide sujetarse al plazo constitucional, se entiende que dada la disponibilidad de ese derecho, voluntariamente renuncia a la posibilidad de que previo al debate de medidas cautelares, exista el auto de vinculación de proceso que

modo, tiempo y lugar), bajo una clasificación jurídica de carácter preliminar (tipo penal, grado de ejecución —tentado o consumado—, forma de intervención —autoría o participación— y naturaleza de la conducta dolosa y culposa—), pero sin sustento de dato de prueba que lo corrobore indiciariamente, ya que será hasta la fase de vinculación cuando se dilucide lo concerniente a ello.

disipe la existencia provisoria del hecho delictuoso cuya comisión se le atribuye. Lo anterior, pues, se beneficia de la oportunidad inmediata de argumentar y probar sobre lo desproporcional que resultaría su imposición, que en caso de ser válidas sus afirmaciones, podrá llevar a que recobre su libertad personal en forma inmediata.

El primer párrafo del numeral 140 y segundo párrafo del artículo 149 del Código Nacional contempla una facultad discrecional a favor de la fiscalía para disipar, ante los supuestos de no prisión preventiva oficiosa, la forma en que habrá de conducirse a proceso al imputado que fue detenido en flagrancia, para lo que habrá de elegir si el ejercicio de la acción penal lo hace bajo puesta a disposición con detenido (artículos 308 y 309) o bien si realiza solicitud de audiencia inicial sin detenido (310). A la luz del principio de excepcionalidad que más adelante se tratará, es óptimo que la fiscalía sólo opte por la consignación con detenido cuando vaya a solicitar la prisión preventiva, y además, atendiendo sus deberes de probidad, lealtad y objetividad (107, 128 y 129), exista realmente un riesgo cautelar que no pueda ser neutralizado con otra medida cautelar menos gravosa.

Sin embargo, la experiencia da noticia que realmente la fiscalía opta por lo contrario, pues amparada normativamente en su potestad de discernimiento (derivado de la palabra “podrá” que contempla el artículo 140 del referido código adjetivo), en gran número de casos, elije que la conducción del imputado al proceso acontezca mediante ejercicio de la acción penal con detenido. Empero, cuando acontece el debate de medidas cautelares se advierte la notoria desproporción de su solicitud, por lo que en un gran número de casos se rechaza la prisión preventiva o peor aún solicita medidas cautelares diversas.

Si bien esto último es óptimo, pues la solicitud de prisión debe acontecer realmente en casos excepcionales, también lo es que es una mala práctica restringir la libertad personal durante todo el plazo de retención ministerial, cuando no existía riesgo procesal gravoso que se tenga que neutralizar, pensemos, al no existir peligro máximo de sustracción a la acción de la justicia. Estos casos son los que hacen válido, en que no obstante no existir un pronunciamiento previo sobre la suposición razonable de la intervención del imputado (estándar internacional sobre apariencia del buen derecho), acontezca el debate de medidas cautelares, pues por virtud de los principios de mínima intervención y excepcionalidad, la regla general es que se opte por medidas cautelares menos gravosas que la prisión preventiva.

2. Principios de presunción de inocencia, excepcionalidad y mínima intervención, para la aplicación de la prisión preventiva

La razonabilidad en la imposición de la prisión preventiva tiene su sustento en los principios de presunción de inocencia, excepcionalidad y mínima intervención.

- a) Presunción de inocencia. Es una garantía elemental del derecho penal, que se prevé en los artículos 20, apartado B, fracción I, constitucional, 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CIDH, 2000a).⁶

Esas disposiciones, en esencia, atribuyen a favor del acusado la presunción de que debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme (regla de trato procesal 1a./J. 24/2014, 10^a). El contenido de ese principio impone la carga de la prueba a la fiscalía para demostrar la culpabilidad del acusado (regla probatoria 1a./J. 25/2014, 10a), y que sólo podrá sustentarse una condena si existen pruebas suficientes que logren demostrar esa culpabilidad más allá de toda duda razonable (estándar de prueba 1a./J. 26/2014, 10a).

Derivado de ello, y por su interdependencia con el principio de imparcialidad, el juzgador no debe suponer que el acusado es culpable. En caso de resultar necesaria la restricción a su libertad durante el proceso, su posición jurídica seguirá siendo de inocente (CIDH, 2001a). De ahí que el principio de presunción de inocencia sea el punto de partida para cualquier análisis de derechos y tratamiento para las personas que se encuentran en prisión preventiva (CIDH, 2001b). El respeto y la garantía de ese principio genera consecuencias muy concretas en la forma que el Estado ejerce su poder punitivo (*ius puniendi*), entre ellas:

- El Estado tiene la obligación de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no se eludirá la acción de la justicia. La prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (CoIDH, 2009a). Mantener esa medida más allá de ese tiempo razonable equivale a la anticipación de la pena (CoIDH, 2009a). Cuando se prolonga excesivamente aumenta el riesgo de que se invierta el sentido de la presunción de inocencia, pues se priva de la libertad a una persona todavía inocente, no obstante ser un castigo severo que sólo se debe imponer a los condenados (CIDH, 2009), (CIDH, 1996). En estos casos, la medida cautelar no difiere de la pena que se impone como resultado de una sentencia.

⁶ Este principio no sólo está recogido en el derecho de tratados, sino que también es reiterado en otros instrumentos internacionales relativos a personas privadas de libertad, como el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 36.

Los artículos 18, primer párrafo y 20, apartado B, fracción IX, segundo párrafo, constitucionales, disponen que sólo habrá de imponerse la prisión preventiva por delito que merezca pena privativa de la libertad y no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije el delito materia del proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado, plazo que por congruencia también contempla el último párrafo del numeral 165 del Código Nacional, derivado de su reciente reforma publicada el 17 de junio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*.

Directamente relacionado con el criterio de razonabilidad de duración de la prisión preventiva se encuentra el tema del establecimiento de máximos legales para su aplicación. La Corte IDH en el caso *Caso Bayarri vs. Argentina* (2008a: párr. 74), fue enfática en disponer que cuando la ley establece un límite temporal máximo para la detención de un imputado no podrá excederse (CoIDH, 2008a), y que en caso de superarse dicho plazo habrá de considerarse *prima facie* transgresor del numeral 7.2 de la Convención ADH, sin importar la naturaleza del delito y la complejidad del caso, correspondiendo al Estado la carga de la prueba para justificar el retraso (CIDH, 2011: párr. 124).

Entonces, el plazo máximo de dos años de prisión preventiva debe considerarse una regla de estricto cumplimiento. De ahí que la salvedad de prolongación cuando se ejerza el derecho de defensa debe interpretarse en términos restringidos, con el objeto de que no se convierta en castigo el ejercicio de ese derecho, más cuando resulte especialmente necesario atendiendo las circunstancias del caso concreto, a más de que recuérdese que el derecho fundamental al recurso efectivo, tiene la categoría de fundamental, y especialmente en materia penal (artículos 8 y 25 de la Convención ADH).

En principio, el juzgador debe efectuar un escrutinio estricto y riguroso sobre las actuaciones que han sido realizadas en el proceso, analizar la complejidad del caso, el nivel de diligencia de las autoridades persecutoras y jurisdiccionales, así como la actitud que el imputado haya asumido. La complejidad del tema litigioso se debe medir en relación con la característica del hecho delictuoso y su dificultad probatoria. La debida diligencia debe ser analizada en relación a dicha complejidad y la correcta actividad asumida por el fiscal y el juzgador. Mientras que la actitud del imputado debe analizarse en relación con el principio de probidad que prevé el artículo 107 del Código Nacional, en cuanto a que la demora le sea imputable por planteamientos dilatorios o por haber abusado del ejercicio de sus derechos o facultades. Parámetros que en términos esenciales son los que la Corte IDH ha dispuesto para examinar el derecho a obtener justicia en un plazo razonable, así la Corte IDH en el *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay* dispuso que para examinar la razonabilidad de un proceso según los términos del artículo 8.1 de la Convención ADH, deben tomarse en cuenta tres elementos: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (CoIDH, 2004a).

Además, en el análisis de razonabilidad del plazo de prisión preventiva debe tomarse en consideración que la regla general, desde el punto de vista constitucional (artículo 20, apartado B, fracción VII), es que el proceso penal debe culminarse en un año si la pena máxima excede dos años de prisión y de cuatro meses cuando sea menor a esa temporalidad. Por lo que deben existir realmente razones suficientes y de gran peso que justifiquen la demora en la sustanciación del proceso, siendo una máxima en el sistema interamericano que la utilización de los recursos procesales establecidos legalmente no puede obrar en perjuicio del gobernado, pues parafraseando lo dispuesto por la Comisión IDH (2009: 129-131), dichos medios procesales han sido previstos para garantizar a las partes el debido proceso y, en este sentido han sido regulados para su plena utilización. De ahí que la instauración de recursos o medios extraordinarios de defensa *prima facie* no pueda proyectarse en perjuicio del gobernado, sino sólo en los supuestos en que su actividad procesal se identifique para obstaculizar deliberadamente el accionar de la justicia o por actuar temerariamente en las fases del proceso.

En los supuestos en que la demora sea atribuible al Estado, por su falta de diligencia en la investigación, la persecución y el juzgamiento del delito, la persona mantenida en prisión preventiva deberá ser puesta en libertad si se superan los plazos legales máximos permisibles, pues dicha restricción al derecho a la libertad personal traspasa los límites del sacrificio que pueden imponerse razonablemente a una persona que se presume inocente. Dado que el Estado ha perdido la oportunidad de continuar asegurando el fin del proceso por medio de la privación de la libertad del imputado. Es decir, la prisión preventiva podrá o no ser sustituida por otras medidas cautelares menos restrictivas, pero en todo caso se deberá disponer la libertad. Ello, independientemente de que aún subsista el riesgo procesal, es decir, aun cuando las circunstancias del caso indiquen como probable que, una vez en libertad, el imputado intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer la investigación, en estos casos, la medida cautelar privativa de la libertad debe cesar (CIDH, 2009).

Con motivo de las recientes reformas penales publicadas el 17 de junio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*, en el artículo quinto transitorio de ese Decreto se dispuso la posibilidad de que en el sistema mixto, diverso al sistema de justicia penal acusatorio que hoy nos ocupa, pudieran revisarse las medidas restrictivas de la libertad personal, entre ellas la prisión preventiva, con el objeto de que a la luz de los numerales 153 a 171 del Código Nacional de Procedimientos Penales pudiese analizarse su modificación, sustitución o cese. Esto es, el legislador ordinario atemperó el mandato constitucional previsto en el artículo cuarto transitorio del Decreto de junio de 2008, que dispuso que los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio sean concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto. Algunas voces han querido atender que este último transitorio constitucional al ser una restricción de derechos debe imperar sobre la antes referida norma ordinaria.

Empero ello no es así, en principio por que no debe interpretarse aisladamente ese numeral cuarto transitorio, sino armónicamente con el diverso artículo segundo transitorio de ese propio decreto constitucional de junio de 2008, el cual concedió reserva de ley para que el legislador ordinario valorara cuándo entraría en vigor el sistema penal acusatorio, concesión constitucional que no debe entenderse en términos restrictivos para establecer sólo su ámbito temporal de validez, sino también para definir sobre su ámbito material de validez, en caso de resultar excesivamente favorable para el gobernado.

No obstante lo anterior, y aun cuando se considere que existe una antinomia, que los principios de jerarquía normativa y supremacía constitucional, llevarían a optar por lo que dispone el texto constitucional. Sin embargo, para su solución son inaplicables en preferencia esos principios, al tener prevalencia el principio a favor de la persona previsto en el segundo párrafo del artículo 1° constitucional, que en su vertiente de selección de la norma más protectora (tesis 1a. XXVI/2012, 10a.) lleva a que se opte por la disposición que potencie en mayor medida los derechos del gobernado, con independencia de su fuente y jerarquía, de ahí que se le deba dar preferencia de aplicación a la regla que prevé la legislación adjetiva, por ser ostensiblemente menos restrictiva sobre el derecho fundamental a la libertad personal, y por ende, más benévola sobre la esfera de derechos del gobernado.

Sin que obste que el mandato de atender las reglas procesales vigentes en el momento en que se inició el procedimiento penal esté previsto directamente en el texto constitucional (artículo cuarto transitorio del Decreto constitucional de 18 de junio de 2008) y que, por ende, pueda calificarse a esa restricción como constitucional, pues al caso resulta inaplicable la jurisprudencia P./J. 20/2014. Dado que adviértase como ese criterio y todos los posteriores, su aplicación se perfila cuando el juzgador efectúa control constitucional o convencional normativo, al constituir una condición infranqueable (*coto vedado*), que impide someterla a escrutinio, armonización, ponderación o cualquier otro ejercicio que lleve a vaciarla de contenido (2a./J. 38/2016, 10a.), de ahí que deban prevalecer aquellas aún sobre lo que dispongan los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no obstante que éstos tengan también jerarquía normativa y axiológica.

Empero, esa proscripción no acontece con la actuación normativa que puede efectuar el legislador al aprobar y expedir las leyes, pues dada su innegable capacidad política de valoración puede revertir, neutralizar o atemperar los efectos restrictivos que proyecta la norma constitucional, que llevan a imponer al juzgador, con sustento en la referida vertiente del principio pro persona, la obligación de acudir a la norma más amplia con independencia de su jerarquía, criterio que habrá de prevalecer en la selección y aplicación de la norma más protectora, que sin duda lo es la que resulta menos restrictiva de derechos. De ahí que sea plenamente aplicable el artículo quinto

transitorio del Decreto ordinario publicado el 17 de junio de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*, por lo que en el sistema tradicional hoy deben imperar no sólo los supuestos restringidos que para prisión preventiva contempla el artículo 19 constitucional, sino el principio de excepcionalidad en su aplicación y el límite temporal máximo al que debe sujetarse su imposición.

- Del derecho a la presunción de inocencia se deriva también el deber del Estado de fundamentar, motivar y demostrar de manera clara y exhaustiva, según cada caso concreto, los requisitos normativos de procedencia que se requieren para la imposición de la prisión preventiva (CoIDH, 2009b). Igualmente, se transgrede el referido principio, cuando legislativamente se obliga a su aplicación sin atender las características del caso concreto, atendiendo sólo el tipo del delito (CoIDH, 1997) o gravedad de la pena que se imputa (CoIDH, 2006). Sin duda que un ejemplo claro lo constituye la prisión preventiva oficiosa, no obstante estar vedado que se codifique por vía legislativa lo que corresponde al debate judicial, dado que se limita la posibilidad de que los jueces valoren su necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En principio, cuando uno da lectura al catálogo de delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa (artículo 19 constitucional y 167 del Código Nacional), piensa que muchos de ellos tienen una incidencia mayúscula sobre bienes jurídicos de especial importancia en una sociedad democrática. Sin embargo, en ocasiones, aun cuando se trate de esos delitos que por su intensa magnitud y gravedad tienen un impacto lacerante sobre los intereses de la sociedad, su imposición resulta desproporcionada cuando sólo se sustenta en ese tipo de valoraciones, pues *ipso facto* ello no lleva a cualificar el grado máximo de riesgo procesal que tenga que ser atemperado (sustracción, obstaculización integridad de terceros), pues en ocasiones sólo se cuenta con el riesgo que representa el *quantum* de las posibles penas a imponer que por sí sólo es insuficiente para justificarla, pues como se verá en apartados siguientes, es imprescindible satisfacer un estándar de prueba alto para su dictado.

Existen casos más emblemáticos, excesivos por desproporcionados. A nivel federal el numeral 167 del Código Nacional contempla varios delitos respecto de los cuales se restringe la libertad oficiosamente, pero si se trata de primodelincuentes y se opta por la forma de terminación anticipada del proceso (procedimiento abreviado), una vez reducida la pena y aceptada por el acusado es permisible que el sentenciado alcance beneficios, ya sea sustitutivo o condena condicional que prevén los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, respectivamente. Esto es, en algunos casos resulta más gravoso y severo para el gobernado enfrentar el proceso penal, que el que se dicte

en su contra una sentencia condenatoria en abreviado, pues una vez reducida la pena de prisión, por su monto ínfimo, podrá conmutarse su ejecución. Ello puede llevar a contrariar lo dispuesto por el artículo 155 del Código Nacional, pues esa medida cautelar podría convertirse en un medio instrumental para obtener reconocimientos de culpabilidad, al ser en algunos casos esto último más benéfico.

Para simple referencia piénsese en el delito contra la salud en su modalidad de posesión con fines de alguna de las conductas que prevé el numeral 194 del Código Penal Federal, cuyo tipo penal se sanciona en el numeral 195 de ese ordenamiento, el procedimiento abreviado prevé, atendiendo la naturaleza dolosa de ese delito y su media aritmética según su rango de punibilidad, una posibilidad de reducción de hasta un tercio de la mínima, por lo que de los cinco años que de ordinario mínimo contempla ese tipo penal, se puede reducir hasta tres años cuatro meses, y ha sido una constante, en que aun cualificando el fiscal un grado de culpabilidad superior al mínimo ofrece al acusado una pena no mayor a los cuatro años de prisión, que en la mayoría de las ocasiones, al ser los sentenciados primodelincuentes, lleva a que accedan a beneficios y la pena no se ejecute, y queden en libertad; no obstante que esos casos desproporcionadamente fueron restringidos de ella durante toda la sustanciación del proceso por esa medida cautelar.

- Del derecho a la presunción de inocencia también deriva el deber del Estado de asegurar la separación efectiva entre condenados y procesados en los centros de privación de libertad y de asegurar que éstos reciban un trato acorde con su calidad de personas inocentes cuya privación de libertad sólo tiene fines cautelares. Igualmente, las personas detenidas y absueltas en primera instancia deberán ser puestas en libertad inmediata (ONU, 2007).

Recuérdese que decretada la libertad del imputado o acusado en audiencia, ya sea por el dictado de un auto que califique de ilegal la detención, el de medidas cautelares distintas a la prisión preventiva, el dictado de una diversa por haberse variado de manera objetiva las condiciones que motivaron su imposición, de un auto de no vinculación a sobreseimiento, por sentencia absolutoria o una vez, que cause firmeza una resolución de sobreseimiento, la determinación de libertad es de inmediato cumplimiento y no admite dilación alguna, ni siquiera para trámites administrativos en el centro en que se encuentre recluido, claro está, siempre que por otra causa penal no se encuentre también restringida, por lo que en esos supuestos, teniendo la plena certeza de esto último, el gobernado podrá salir libremente de la sala de audiencias.

- b) Principio de excepcionalidad. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha estimado que la presunción de inocencia es la que ha

llevado al derecho penal moderno a imponer como regla general que toda persona sometida a proceso penal deba ser juzgada en libertad y que sólo por vía de excepción se pueda privar al procesado de su libertad (CIDH, 2000a; CIDH, 2009). Por su parte, la Corte IDH ha establecido que su aplicación debe tener carácter excepcional, limitado por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática (CoIDH, 2009^a; CoIDH, 2004b).

Sin duda que el criterio de excepcionalidad está directamente relacionado con el principio de presunción de inocencia. El fundamento del uso excepcional de esta medida cautelar estriba en que es la más severa que se puede imponer al gobernado (CoIDH, 2006), pues implica una restricción total a su derecho fundamental a la libertad personal, derivado precisamente de su encarcelamiento, con todas las consecuencias reales que esto conlleva para él, su familia y la propia sociedad.

- El principio de excepcionalidad en su aplicación impone, a más de considerarla una verdadera regla de excepción, que en todos los casos se reflejen las razones legítimas que pudiesen justificarla. De ahí que se transgredirá, además del referido principio, el de presunción de inocencia cuando se impone arbitrariamente, sin razones que la sustenten.

El numeral 156 del Código Nacional atribuye al juzgador la obligación de guiarse por el criterio de mínima intervención y tomar en consideración los argumentos de las partes, especialmente los expuestos por la fiscalía para justificar su solicitud, además de imponerle la carga argumentativa para justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

Ese principio de mínima intervención está íntimamente vinculado con el principio de *ultima ratio*, ambos informan la potestad punitiva del Estado y constituyen garantías del gobernado frente a su ejercicio. Desde siempre, el derecho penal ha tenido como función proteger los valores elementales de la vida comunitaria. Bajo el principio de mínima intervención, la norma penal constituye la *ultima ratio* dentro de la gama instrumental que tiene el legislador para poder limitar o restringir una conducta, especialmente cuando tiene incidencia sobre derechos fundamentales, y es más estricta cuando dicha restricción tiene una entidad tal que pueda socavar casi en su totalidad su disfrute. De ahí que atentos al principio de proporcionalidad, constitutivo del Estado constitucional de derecho, el legislador debe hacer uso de ese medio con cautela y moderación.

La Corte IDH en el caso *Kimel vs. Argentina* (CoIDH, 2008b) determinó que el uso de la vía penal debe responder al principio de intervención mínima, en razón de la

naturaleza del derecho penal como *ultima ratio*. Es decir, en una sociedad democrática el poder punitivo sólo se puede ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En el derecho penal se hallan en juego los bienes jurídicos de mayor jerarquía (CoIDH, 2005b). Ambos principios por lo general se proyectan sobre la actuación del legislador en el momento de describir los tipos en disposiciones normativas, para que sólo utilice el derecho penal como excepcional para proteger los bienes de la mayor relevancia.

Sin embargo, también se proyectan los efectos de esos principios hacia el juzgador, especialmente cuando tiene que decidir sobre la imposición de medidas restrictivas de derecho, sea procesales o punitivas, siendo entonces cánones que deben orientar su actuación para que opte, tratándose de medidas cautelares, por la medida que resulte menos lesiva en la restricción de derechos y dejar sólo para excepciones la imposición de la prisión preventiva, sólo para los casos en que exista una verdadera entidad de riesgo grave y verificable objetivamente, por ser la más lacerante de entre todas las que cuenta nuestro ordenamiento jurídico para neutralizar un riesgo procesal. Lo contrario conduciría, en su fase procesal, al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado, pues la libertad de la persona es un bien jurídico de alto rango, que sólo puede ser intervenido con fundamentos especiales de gran peso.

De esa manera, la conjugación de ambos principios implica que sólo procederá la prisión preventiva cuando sea el único medio que permita asegurar los fines del proceso, porque se pueda demostrar que otras medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan (CIDH, 2009).

Esas razones de gran peso sin duda atañen a los fines legítimos de salvaguarda del proceso que se pretenden alcanzar con su imposición, en cuanto a que el imputado no se sustraiga de la acción de la justicia, impida la consecución de la investigación o exista peligro de afectación a la integridad de terceros. El Código Nacional recoge ese subprincipio de necesidad, en el principio de proporcionalidad que prevé el numeral 156, que implica optar por la imposición de una medida menos gravosa, siempre que ésta tenga la misma efectividad para neutralizar el riesgo prevaleciente. Para ello se requiere identificar con precisión: (1) cuál es el riesgo procesal a neutralizar y (2) el nivel de riesgo que efectivamente tiene el caso concreto.

El riesgo procesal para efectos prácticos, el juzgador lo puede clasificar en una línea imaginaria que inicie con un grado mínimo, un medio y un máximo, entre los cuales podrá incluso clasificarse la equidistancia entre cada uno de ellos; así se podrá graduar el equidistante que resulte entre los puntos mínimos y medios o bien entre éste y el máximo. Para la identificación del riesgo procesal tenemos una valiosa

orientación, los peligros de sustracción a la acción, de obstaculización del desarrollo de la investigación y de afectación a la víctima, ofendido, testigos o comunidad, que contemplan los numerales 168, 169 y 170 del Código Nacional. Deben tomarse los supuestos que contemplan como meramente enunciativos, pues quedará al arbitrio del juzgador determinar qué circunstancias del caso hacen que en un mayor o menor riesgo esté garantizada la comparecencia del imputado al proceso, la consecución de la propia investigación criminal o salvaguardada la integridad de terceros. Creo que para la clasificación del riesgo no existe mayor dificultad; hay normas que nos dan una muestra idónea para identificarlas, empero la problemática sí se surte para determinar el nivel de riesgo que efectivamente tenga el caso concreto.

Para identificar el nivel de riesgo es necesario conocer el estándar de prueba que se requiere para acreditarlo, especialmente sobre la prisión preventiva, que por congruencia normativa requiere para su imposición de un grado de riesgo procesal máximo, al ser la medida más severa de las cautelares que contempla nuestro ordenamiento, por lo que las razones de gran peso que justifican su imposición llevan necesariamente a graduarlo en el escaño máximo del riesgo procesal que pueda ser prevaleciente, de ahí que sea oportuno disipar qué estándar se requiere para demostrarlo.

Sin duda que sobre estándares de prueba y su desarrollo teórico es obligado imponernos del artículo que en esta obra colectiva efectúa el destacado juez de distrito Iván Aarón Zeferín Hernández, quien sostiene en esencia que cuando hacemos referencia al estándar probatorio en el sistema penal acusatorio necesariamente se constriñe no sólo a hablar de uno solo, sino a diversos estándares de prueba, ya que el proceso penal establece cargas de prueba distintas en cada una de sus fases, lo que quiere decir que las partes, dependiendo del momento procesal en que se encuentren, deberán satisfacer en mayor o menor grado las hipótesis que sometan al análisis del órgano jurisdiccional, circunstancia que deberá ser conocida ampliamente por tales sujetos procesales, derivado de la expresión que de esos estándares probatorios se contemplan en la ley.

Al respecto, el referido autor señala que el ejercicio de valoración consiste, en sentido estricto, en medir la probabilidad de una hipótesis; por su parte, el ejercicio de decisión no es más que en aplicar el resultado de esa valoración al estándar de prueba establecido. Así, concluye que al constituir el estándar de la prueba en el sistema penal acusatorio más bien una pluralidad de estándares probatorios, necesariamente estaríamos hablando de disimilitud entre ellos, esto es, de una diferenciación exigida en cada contexto en particular, de donde surge la interrogante: ¿en qué consiste esa diferenciación? Para ello señala que la respuesta a ese cuestionamiento se encontrará en el grado de exigencia de comprobación de la hipótesis planteada para cada caso en concreto.

Ahora bien, la Constitución Política y la legislación adjetiva penal que nos ocupa no contemplan expresamente qué estándar de prueba se requiere para imponer prisión

preventiva distinta a la oficiosa. Caso contrario, para la vinculación a proceso, especialmente para la demostración indiciaria del hecho delictuoso y la probabilidad de intervención, sí existen elementos para clarificar el estándar de prueba que se requiere para su dictado, pues el numeral 316, fracción III, de ese último ordenamiento nos habla de indicios razonables que así permitan suponerlo. Igualmente, acontece para el dictado de una sentencia condenatoria, en cuanto a que esté demostrada la culpabilidad más allá de toda duda razonable, y en caso de duda se absolverá al imputado, tal y como lo prevé el numeral 359 de ese ordenamiento procesal.

Sin que se pueda aplicar analógicamente para la prisión preventiva no oficiosa alguno de esos estándares de prueba, pues es insuficiente el que se requiere para el dictado de un auto de vinculación a proceso, dado que como acertadamente lo estimo la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, en el proceso penal acusatorio para esa fase inicial no se requiere una tarea investigadora reforzada, pues su dictado sólo lleva a que se justifique, racionalmente, que el imputado sea presentado ante un juez de control (tesis: 1a. CCLXIX/2014, 10a.). Lo que se estima acertado, por virtud de que, salvo la prisión preventiva oficiosa, su emisión no llevara *ipso facto* la imposición de esa medida cautelar, tal y como antes acontecía con el auto de formal prisión, por lo que se entiende que para efectos de restricción a derechos fundamentales esa vinculación sólo incide indirectamente en la libertad deambulatoria, al imponer cargas procesales al gobernado para atender el proceso (1a./J. 93/2013, 10a.), mientras que la prisión preventiva restringe de manera total el derecho fundamental a la libertad personal, por lo que requiere un nivel probatorio de reforzamiento más elevado que el sólo indiciario de razonabilidad que se exige para el dictado de aquel auto de vinculación.

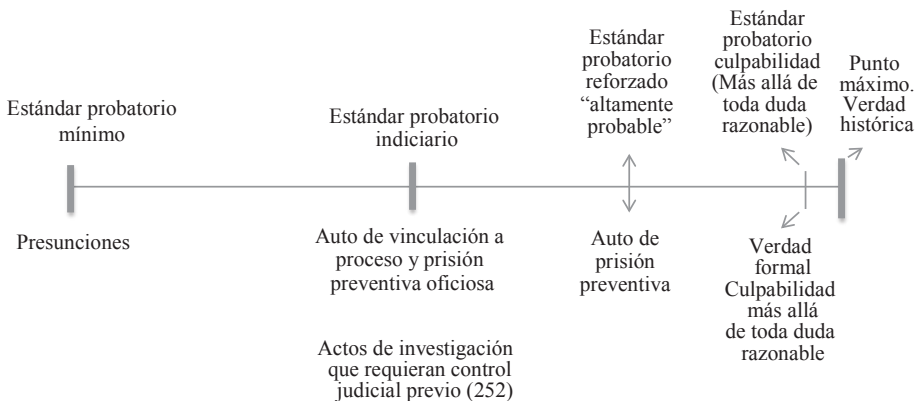
Tampoco sirve para el dictado de la prisión preventiva el estándar de prueba que se requiere para pronunciar una sentencia condenatoria, pues la demostración de la culpabilidad más allá de toda duda razonable requiere el estándar de prueba máximo que contemplan nuestras leyes procesales, en el que si bien es ilusorio alcanzar la verdad plena (histórica), dado que como acertadamente lo sostiene el destacado jurista Iván Zeferín, la verdad en el proceso se reconstruye a partir de la teoría del caso y pruebas de las partes, si lleva a exigir, a la luz del principio de presunción de inocencia, en su vertiente de estándar de prueba (regla de juicio) (1a./J. 26/2014, 10a.), un grado mayúsculo, casi totalizador, sobre la certeza y suficiencia probatoria de los hechos materia de controversia, los cuales resultan sumamente gravosos para una medida cautelar, que por más restrictiva de derechos que resulte tiene carácter transitorio y procesal de garantía, mas no punitivos con fines resocializador.

Para clarificar el estándar de prueba que se requiere para el dictado de un auto de prisión preventiva sirve referencialmente, y sólo en ese aspecto, atender el estándar de prueba que anteriormente se requería para el dictado de un auto de formal prisión, pues recuérdese que su dictado no sólo traía consigo la determinación del cuerpo del

delito y probable responsabilidad, sino por consecuencia automática la imposición de esa medida cautelar. Entonces, pareciera ser congruente, derivado de la consecuencia en la imposición de esa prisión, el que se exigiera para su dictado, un estándar probatorio con especial nivel de reforzamiento al que actualmente impera para el dictado de un auto de vinculación a proceso (1a. CCLXX/2014, 10a.), pues como anteriormente se sostuvo, éste no trae por consecuencia la privación total de la libertad personal.

De ahí que al ser en ese aspecto coincidentes, en cuanto a los efectos que proyectaba respecto a la libertad el auto de formal prisión y la cautelar de prisión preventiva en nuestro proceso acusatorio, pues de ambos deriva la restricción total y transitoria de la libertad personal, lleva a que prime el mismo estándar de prueba para justificar racionalmente la restricción a ese derecho fundamental. De ahí que para estimarse probado el riesgo procesal máximo, del que *prima facie* podría ameritar una prisión preventiva, se requiere que la carpeta de investigación arroje suficiencia sobre los datos de prueba, con un especial nivel de reforzamiento, desde luego mayor al indiciario que llevó a establecer la existencia provisoria del hecho delictuoso y la intervención del imputado. De esa suficiencia probatoria, deben derivar hechos y razones que hagan altamente probables y objetivamente reconocibles, que el imputado en caso de recobrar su libertad, se sustraerá de la acción de la justicia, obstaculizará la investigación o atentará contra la integridad de terceros. La duda en estos casos operará a favor del gobernado y llevará a imponer una o varias medidas menos restrictivas que dicha prisión. Para ejemplificar los antes expuestos estándares de prueba, piénsese en la siguiente línea imaginaria:

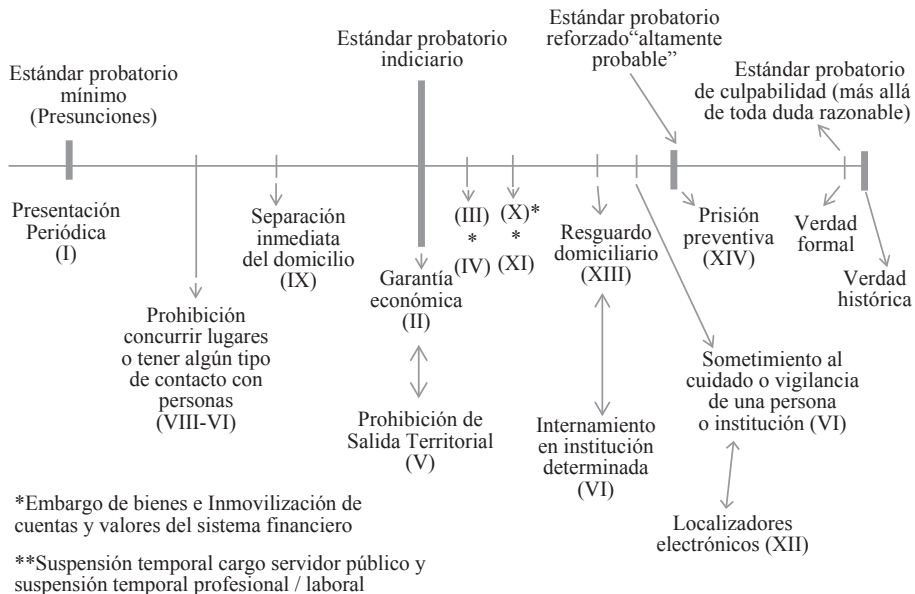
Estándares probatorios en el proceso penal acusatorio



Así, el dictado de una prisión preventiva de carácter no oficiosa requerirá necesariamente la satisfacción de suficientes datos de riesgo (datos de prueba), que identifiquen un peligro real y próximo sobre la consecución del proceso o la investigación, o sea altamente probable la afectación a la integridad de terceros, no bastando para esos efectos la simple suposición razonable, sino elementos probatorios realmente sagaces y suficientes que evidencien un riesgo real, objetivo e inmediato, que amerite posibilidades razonables para prevenirlo o evitarlo.

Incluso a partir de la línea inserta se puede construir el estándar probatorio que se requiere para identificar el riesgo procesal que habrá de justificar la imposición de las restantes medidas cautelares que nuestro ordenamiento contempla, que se graduarán según su nivel de incidencia o restricción sobre los distintos derechos fundamentales a los que afectan, quedando a valoración del juzgador su propia graduación. Si se me permite, para efectos meramente referenciales podría identificarse los siguientes escaños, según la severidad que pueda resultar de la imposición de cada medida.

Estándar probatorio para identificación del riesgo procesal en medidas cautelares



Además de identificar ese riesgo procesal, a efecto de que exista razonabilidad en la aplicación de medidas cautelares, es necesario efectuar un proceso intelectual de

valoración para verificar que no resulte excesiva, sino que además de ser congruente para neutralizar el grado de riesgo que se identificó y probó debe ser proporcional. De ahí que sea insuficiente la sola identificación del riesgo prevaleciente, aun cuando sea el máximo que *prima facie* ameritaría prisión preventiva, pues deben ponderarse las peculiaridades del caso concreto y disipar si su imposición resultaría excesivamente gravosa. Pensemos en un supuesto en el que su media aritmética haga permisible alguna solución alterna de la controversia o de la pena en abstracto que posiblemente podría imponerse puedan derivar la concesión de beneficios, en estos casos; no obstante que exista el riesgo procesal mayor, será desproporcional aplicar la prisión preventiva, cuando siquiera llevaría a imponerse prisión para efectos de la culminación del proceso o ejecución de la pena.

De ahí que deba aplicarse de manera sucesiva el test de proporcionalidad, que se articula con un doble fundamento; por un lado, la prohibición de la arbitrariedad y, por otro, la comprensión de los derechos fundamentales como mandatos que deben ser realizados en grado óptimo. Por ello es importante conocer los subprincipios que lo componen, pues servirá especialmente para determinar si existe una afectación ilegítima de un derecho fundamental o de un bien constitucionalmente protegido.

- Reserva de ley: que la medida restrictiva tenga su sustento en una legislación, en su sentido formal y material.
- Fin legítimo: que el acto tenga un fin constitucionalmente legítimo.
- Idoneidad: que el acto sea instrumentalmente idóneo para alcanzarlo.
- Necesidad: elegir la medida más benigna que permite lograr con igual eficacia el objeto que persigue con la emisión del acto en controversia.
- Proporcionalidad en sentido estricto: la medida debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Un fin constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida.

Conviene ahora ocuparnos de cómo en la práctica esos subprincipios pueden materializarse.

A. Idoneidad y fin legítimo. Causales de procedencia

En primer lugar, de acuerdo con el régimen establecido por la Convención Americana de Derechos Humanos, la detención preventiva sólo puede aplicarse en procesos penales (CrEDH, 2013) (*Vid.*, Resoluciones análogas de la CrEDH). La Corte IDH el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (2007) estableció lo que constitu-

ye el fin legítimo de esa medida cautelar y deriva de la obligación estatal que impuso para que no se restringiera la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para evitar que se (1) eluda la acción de la justicia y (2) se asegure que no se impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones. El artículo 170 del Código Nacional contempla adicionalmente esos dos supuestos, el riesgo de afectación a la víctima u ofendido, testigos o la comunidad.

Estos criterios han llevado a que sólo se empleé la prisión preventiva con fines procesales para cautelar los efectos del proceso. La privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar en los referidos (CoIDH, 2009a), (CoIDH, 2007). Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismas, justificación suficiente de la prisión preventiva (CoIDH, 2008a), (CoIDH, 2006).

La carga argumentativa para justificar esos riesgos recae en el fiscal, tal y como expresamente lo preceptúa el primer párrafo del artículo 156 de esa codificación. Si bien para la prisión preventiva existe una carga argumentativa con efectos absolutos, por lo que si omite la fiscalía justificar su solicitud, el juzgador por sólo incumplimiento a su carga procesal podrá desestimar su petición. Empero, existen matices sobre ello, pues el juzgador como garante del propio proceso, respecto a medidas distintas a la prisión referida, podrá justificar la necesidad de su imposición, incluso con argumentos adicionales a los propuestos por la fiscalía y víctima, que advierta de manera manifiesta, pues sobre ello impera su libre oportunidad de valoración y su potestad de jurisdicción para aplicar el derecho, empero esa actuación tendrá como límite no imponer una medida más gravosa que la solicitada por la fiscalía.

En este sentido, lo que se pretende por medio de la aplicación de la prisión preventiva es concretamente lograr la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. Por tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación *pro homine*, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho, no sólo por las razones expuestas, sino porque se apoyan en criterios de derecho penal material, no procesal, propios de la respuesta punitiva (CIDH, 2009), (CIDH, 2000b).

B. Necesidad

De acuerdo con el criterio de necesidad, la prisión preventiva, al igual que el resto de las medidas cautelares, se deberá imponer en tanto sea indispensable para los objetivos propuestos. Es decir, sólo procederá cuando sea el único medio que permita

asegurar los fines del proceso, tras ponderarse que otras medidas cautelares menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso, siempre se debe procurar su sustitución por una medida cautelar de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan. En este sentido, pesa sobre el juzgador la obligación de disponer su libertad, aun de oficio, cuando hayan cesado los motivos que originariamente la sustentaron. Pues, en atención a su naturaleza cautelar la misma sólo puede estar vigente durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto (CIDH, 2009).

La detención preventiva de una persona no debe prolongarse por un periodo más allá del cual el Estado pueda dar una justificación adecuada de la necesidad de la misma, de lo contrario la privación de libertad se torna arbitraria (CoIDH, 2008a). Por tanto, el criterio de necesidad no sólo es relevante en el momento en que se decide la aplicación de la prisión preventiva, sino también al momento de evaluar la pertinencia de su prolongación en el tiempo.

C. Proporcionalidad en sentido estricto

Para la imposición de la prisión preventiva es de esencial importancia tener en cuenta el criterio de proporcionalidad en sentido estricto, lo que quiere decir que debe analizarse si el objetivo que se persigue con la aplicación de esa medida restrictiva al derecho a la libertad personal realmente compensa los sacrificios que la misma comporta para los titulares del derecho y la sociedad.

Este criterio de proporcionalidad es susceptible de aplicarse en dos dimensiones: la primera relacionada con la diferencia intrínseca que debe haber entre la naturaleza de la privación de libertad como medida cautelar que se aplica a una persona cuya posición jurídica sigue siendo la de un inocente y la privación de la libertad derivada de una condena; y la segunda, relativa a la congruencia entre la detención preventiva como la medida cautelar más severa de que dispone el derecho penal y los fines que con ella se persiguen en el caso concreto (CoIDH, 2009a).

Con respecto al segundo aspecto mencionado, la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras* (CoIDH, 2006) sostuvo que además que la adopción de la prisión preventiva requiere un juicio de proporcionalidad entre aquella, los elementos de convicción para dictarla y los hechos que se investigan. Si no hay proporcionalidad, la medida será arbitraria (CoIDH, 2006). Cuando los tribunales recurren a la detención preventiva sin considerar la aplicación de otras medidas cautelares menos gravosas, en atención a la naturaleza de los hechos que se investigan, la prisión preventiva deviene en desproporcionada (CrEDH, 2008).

En virtud de la proporcionalidad, no se podrá recurrir a la prisión cautelar cuando la pena prevista para el delito imputado no sea privativa de la libertad, tampoco cuando las circunstancias del caso permitan, en abstracto, suspender la ejecución de una eventual condena, incluso cuando ello pueda acontecer con la aplicación de un

eventual procedimiento abreviado, que lleva a reducir el rango de punibilidad mínimo. Igualmente se deberá considerar, en abstracto, si, de haber mediado condena, los plazos hubieran permitido solicitar la libertad provisoria o anticipada (CIDH, 2009). No podrá justificarse en modo alguno por el sólo hecho de que el Estado sea capaz de garantizar que vayan a comparecer ante la justicia (ONU, 2007). Así pues, la privación de la libertad por faltas menores es incongruente con el principio de proporcionalidad (CIDH, 2001b) (*Vid.* CrDH: 2008, 56) (Comunicado de Prensa 76/11).

Finalmente, me refiero al criterio de reincidencia, el cual pudiera considerarse como un elemento más en el análisis de procedencia de la medida en el caso concreto, pero en ningún caso debería utilizarse como criterio rector y único de aplicación, por ejemplo el que prevé el numeral 167 del citado Código Nacional, mediante la presunción legal de que con esta sola circunstancia se configuraría ese riesgo procesal, pues ello sería contrario al principio de presunción de inocencia. De ahí que deban existir datos de riesgo adicionales que sumados y valorados en su conjunto, puedan cualificar el riesgo procesal mayor para el proceso, para la investigación o las víctimas. Además, en ningún caso podrá considerarse la reincidencia en función de registros policiales u otra base documental distinta de sentencias ejecutoriadas emitidas por los tribunales competentes.

3. Inmediatez en la puesta a disposición ante la autoridad jurisdiccional, su transgresión lleva a decretar la libertad del imputado

Del artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Federal deriva el principio de inmediatez, por el cual toda persona detenida debe ser puesta a disposición del Ministerio Público o de la autoridad judicial respectiva sin demora injustificada. En tal sentido, solamente debe retenerse a una persona detenida por el tiempo estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público. La dilación carente de justificación se actualiza siempre que, no existiendo motivos razonables que imposibiliten la puesta a disposición inmediata, la persona detenida continúe a disposición de sus aprehensores y no sea entregada a la autoridad que sea competente para definir su situación jurídica (Primera Sala, tesis aislada 1a. LIII/2014, 10a.).

La Primera Sala de la Suprema Corte (tesis aislada CCCLXII/2015, 10a.), ha sostenido que la violación al principio de inmediatez en la puesta a disposición no genera la ilicitud de la detención, al tratarse de dos circunstancias fácticas que tienen autonomía y que deben analizarse en ese contexto. Es decir, se trata de dos acciones que si bien tienen una relación causal y sucesiva, mantienen independencia fáctica y sustancial.

Empero, ello en modo alguno lleva a considerar que la transgresión a ese principio de inmediatez no traiga por consecuencia decretar la libertad del imputado, pues si bien no se declara ilegal la detención, sí debe efectuarse declaratoria sobre lo ilegal

que resultó la restricción al derecho fundamental de la libertad personal del imputado, y llevar necesariamente a fijar esas consecuencias no sólo como elemento disuasorio para evitar esas indebidas prácticas, sino como consecuencia procesal necesaria que lleve a reparar el flagelo en sus derechos que sufrió el gobernado.

En efecto, el criterio antes referido, que se contiene en la tesis (CCCLXII/2015, 10a.), en cuanto a que la transgresión a la inmediatez no lleva a decretar ilegal la detención (CCCLXII/2015, 10a.), debe entenderse orientada a los términos estrictos a los que se circunscribe, en cuanto a que la declaratoria de ilegalidad no impacta sobre la materialidad del acto de detención ni sobre las consecuencias lícitas que hayan derivado de esa actuación, tal y como lo es el descubrimiento del hecho delictuoso y especialmente sobre el aseguramiento de los objetos materiales que tengan relevancia penal. Empero, en modo alguno impide que se decrete la libertad del imputado, por existir una restricción arbitraria al derecho fundamental a la libertad personal.

Ello no lleva a vaciar de contenido el criterio contenido en la referida tesis (CCCLXII/2015, 10a.), por el contrario lo único que se pretende es esclarecer sus alcances, sin que resulte gratuita la distinción que nuestro Máximo Tribunal efectuó en ese precedente, en cuanto a que resultará válida la detención, no obstante se transgrede el principio de inmediatez en la puesta a disposición, pues esa distinción tiene especial relevancia sobre la eficacia de los elementos de prueba obtenidos con motivo de la detención, ya que al resultar válida no estarán privados de nulidad, sino sólo los que deriven y se obtengan por virtud de la demora injustificada.

Por tal motivo, cuando la detención del imputado se realiza acorde a los parámetros constitucionales que delimitan el supuesto de comisión de delito flagrante, la calificación de legalidad de la detención debe subsistir, al margen de que se actualice la violación a la inmediatez en la puesta a disposición del detenido. Esto es así, porque es posible que las razones que motiven la detención del inculpado sean constitucionalmente válidas, así como el hallazgo, recopilación y aseguramiento inmediato de la evidencia que encontró la policía en el momento inmediato de realizar la detención (Primera Sala, ADR 2190/2014 y Jurisprudencia 8/2016, 10a.).

Así, a pesar de que se actualice la demora injustificada en la puesta a disposición, pero se advierta que esa violación constitucional no generó la producción u obtención de elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, no tiene por qué considerarse prueba ilícita a los elementos de prueba obtenidos con motivo de la detención, entre los que se incluye el informe de la policía que describe las circunstancias en que se realizó la detención del inculpado (Primera Sala, ADR 2190/2014). Su razón estriba en que el informe policial no se rinde con motivo de la dilación indebida en la puesta a disposición, sino para dar noticia de un hecho pretérito, que resultó constitucionalmente válido. Dado que la actualización de una violación no tiene alcances retroactivos para nulificar hechos acontecidos en el pasado, sino hacia el futuro a partir de que se concretizó la violación (fruto del árbol envenenado).

Además, el criterio contenido en la referida tesis (CCCLXII/2015, 10a.), debe leerse en forma armónica con la diversa 1a. (CC/2014, 10a.), en la que también la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que a la luz de estándares constitucionales e internacionales de derechos humanos, como requisitos para que la restricción a la libertad personal sea válida, entre otros, se encuentra el que la persona detenida sea llevada sin demora ante la autoridad competente que verifique la legalidad de la detención, y dispuso enfáticamente, que el incumplimiento a esos requisitos, entre los que se encuentra el referido de inmediatez, traerá por consecuencia que se ordene la libertad del imputado por resultar arbitraria la restricción a ese derecho fundamental. De ahí, que si a referencia de nuestro Máximo Tribunal, ese elemento de inmediatez en la puesta a disposición, constituye un requisito para que la privación a la libertad no se considere arbitraria, entonces es consecuencia natural que su infracción traiga también consigo el que se decrete la libertad, no por resultar ilegal la detención, sino por ser ilegal la restricción a la libertad personal, por el tiempo injustificado en que el Estado estuvo como custodio.

Además, la demora injustificada constituye una violación de suma importancia, pues trae aparejado, por lo menos, el uso de la fuerza innecesaria y abusiva de los agentes de la policía en contra de una persona que ha sido detenida en flagrancia, aun cuando ésta sea constitucional, lo cual implica un atentado a la dignidad humana. Esto significa que una detención de este tipo tiene un impacto en la integridad de las personas. La retención injustificada de la persona detenida, por parte de la autoridad, permite presumir que quien se encuentra en esta condición está incomunicada y expuesta a tratos que pudieran resultar lesivos. Esto es así porque una persona arbitrariamente retenida, porque los aprehensores no lo presentan inmediatamente después de la detención ante el Ministerio Público, se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, con la cual se provoca un riesgo cierto de que otros derechos sean afectados, como la integridad personal, ya sea física o psicológica, y el trato digno que toda persona debe recibir.

Incluso, en casos extremos, la dilación de la puesta a disposición podría derivar en aislamiento prolongado y en incomunicación coactiva, lo que podría ser calificado como trato cruel e inhumano e incluso como tortura. De ahí que la transgresión a la inmediatez en la puesta a disposición trae como consecuencia no sólo la exclusión de los elementos de prueba que se hayan obtenido por voluntad propia de los elementos captores, sino la consecuencia procesal de que en la audiencia de control de detención se decrete la libertad del imputado, por resultar arbitraria la restricción de la libertad personal, quedando desde luego subsistentes todas las actuaciones acaecidas con motivo de la detención, por lo que la fiscalía estará en condiciones de solicitar audiencia inicial nuevamente para que se proceda a la formulación de la imputación, para tal efecto habrá de disipar la forma en que desea conducir al imputado a proceso, ya sea mediante aprehensión, comparecencia o simple citación. Entonces, los efectos que

proyecta la dilación injustificada en la puesta a disposición se pueden resumir en los siguientes:

- Por ser arbitraria, calificar de ilegal la restricción a la libertad personal del imputado, lo que llevará a decretar su libertad en audiencia inicial. (Tesis 1a. CC/2014, 10a.) Registro: 2006476, de rubro: “FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA”.
- La invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, y que sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora sin la conducción y mando del Ministerio Público. 1a. LIII/2014, 10a.) Registro: 2005527, de rubro: “DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO”.
- Si es que existe declaración del imputado en la que reconoce su responsabilidad, se finca la presunción de que existieron actos coactivos que afectaron directamente esa voluntad y, por tanto, debe ser apreciada como prueba ilícita, cuya calificación obliga a excluirla. Igualmente, deberán ser anuladas todas aquellas pruebas generadas u obtenidos con motivo de esa confesión ilícita. (1°S ADR 2190/2014.)
- Deberá desencadenar el reproche y la exigencia de responsabilidad a los agentes captadores. (Tesis 1a. CCII/2014, 10a.) Registro: 2006471, de rubros: “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”.

Por otra parte, se debe tener presente que si bien el primer interviniente debe respetar el principio de inmediatez y no realizar por cuenta propia actos de investigación, sino actuar sólo bajo el mando y conducción del agente del Ministerio Público. También lo es, que debe tomarse en consideración que existen ciertas actuaciones de investigación, que de manera excepcional el elemento policial puede realizar con motivo de una detención en flagrancia, actuaciones que dada su urgencia, son concomitantes a la propia detención, y resultaran válidas aun cuando no actúen bajo el mando y conducción referidos.

En efecto, ante la sospecha razonada de que se ejecuta un delito y de que el sujeto activo pretende ocultar su materialización, podrán efectuar una inspección sobre las

personas y sus posesiones en términos del artículo 268 del Código Nacional, a través de lo que la Primera Sala de la Suprema Corte denominó control preventivo provisional (tesis: 1a. XXVI/2016, 10a.). Como consecuencia de la práctica de ese acto de molestia, el elemento policial estará en condiciones, ante la advertencia de delito flagrante, de llevar a cabo la detención, y además, de manera inmediata, los registros de cadena de custodia, embalaje y recolección de los instrumentos, objetos o productos relacionados con el hecho considerado como delito, al tener la obligación de realizar todos los actos necesarios para garantizar la integridad de los indicios, entre ellos, recolectar y resguardar los objetos relacionados con la investigación, en los términos que prevé el artículo 132, fracción VIII y IX, del Código Nacional. Sin demérito de que pueda llamar a la autoridad con capacidad y procesar la escena del crimen. La recolección de los indicios no será justificante para demorar en la puesta a disposición, pues lo único que se sostiene es que la autoridad policial podrá efectuarlo de manera inmediata a la detención, por lo que habrá de coordinarse, para que alguno proceda a hacer el traslado correspondiente.

De ahí que, una vez lograda la detención del imputado, la policía tiene la obligación de presentarlo inmediatamente ante el Ministerio Público, sin que en ningún caso, salvo las actuaciones concomitantes referidas, esté facultado para realizar acciones relacionadas con la investigación del delito, sin autorización de ese fiscal (Primera Sala, AR 549/2014: párr. 70 y tesis aislada CXXXVII/2016, 10a.). Ello persigue un objetivo constitucional, que es hacer que la detención por flagrancia opere materialmente como una verdadera excepción a la afectación del derecho humano a la libertad personal y que la conducción de la investigación quede al mando sólo del fiscal.

Es de precisar que cuando no sea una autoridad policial la que lleva a cabo la detención, en términos del tercer párrafo del numeral 222 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la autoridad deberá limitarse a preservar el lugar de los hechos hasta el arribo de las autoridades competentes y, en su caso, adoptar las medidas a su alcance para que se brinde atención médica de urgencia a los heridos si los hubiere, así como poner a disposición de la autoridad a los detenidos por conducto o en coordinación con la policía.

V. Referencias bibliográficas

1. Libros

ALEXI, Robert, 1993, *Interpretazione giuridica*. Enciclopedia delle scienze sociali, vol. III, 65-71. Roma: Instituto dell'Enciclopedia italiana.

———, 1997, *Teoría de los derechos fundamentales*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- , 1997a, *Teoría de la argumentación jurídica*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , 2002, *The argument from injustice*, Reino Unido, trad. B. Litschewski Paulson y S. L. Paulson, Oxford, Clarendon Press.
- , 2008, *El concepto y la naturaleza del derecho*, España, Marcial Pons.
- , 2010, *La institucionalización de la justicia*, España, Editorial Comares.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, 1996, *Las piezas del derecho*, España, Ariel.
- ATIENZA, Manuel, 2000, *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, voz Argumentación jurídica*, España, Ed. E. Garzón Valdés y F. J. Laporta-Trotta, vol. 11. El derecho y la justicia.
- , 2001, *El sentido del derecho*, España, Ariel.
- , 2006, *El derecho como argumentación*, España, Ariel.
- , 2013, *Curso de argumentación jurídica*, España, Trotta.
- B.J. MAIER, Julio, 2004, *Derecho procesal Penal*, Argentina, Editores del Puerto, t. I.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011, *Técnicas de interpretación jurídica*, España, Marcial Pons.
- DWORKIN, Ronald, 1990, “Retorno al Derecho Natural”, en Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo (coords.), *Derecho y Moral, Ensayos analíticos*, España, Ariel.
- , 1992a, *El imperio de la Justicia, de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, 2ª ed., trad. Ferrari, C., España, Gedisa.
- , 1992, *El imperio de la justicia*, trad. de Ferrari, C., España, Gedisa.
- , 1999, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”, trad. de Maribel Narváez, en J. Moreso y P. Casanovas, *El ámbito de lo jurídico*, España, Crítica.
- , 2002, *Los derechos en serio*, España, Ariel.
- ELY, J. H., 1980, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, E.U.A., Harvard University Press.
- FAVOREU, Louis, et al., 1991, *El Bloque de la constitucionalidad*, España, Civitas.
- FERRAJOLI, Luigi, 2011, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*, España, Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor, 1997, *Justicia constitucional y democracia*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , 2011, *Una Defensa del Modelo Europeo de Control Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- FLORES, Imer, 2010, “¿Es el Derecho un modelo aplicativo?”. En Juan Federico Arriola Cantero y Víctor Rojas (coords.), *La filosofía del derecho hoy*, México, Porrúa.

- GARCÍA CASTILLO, Zoraida, 2014, *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio*, México, Bosch.
- GARCÍA FIGUEROA, A., 1998, *Principios y positivismo jurídico*, España, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- , 2006, *La Teoría del Derecho en Tiempos del Constitucionalismo en Neo-constitucionalismo*, México, UNAM-Trotta.
- GARGARELLA, Roberto, 1999, *Derecho y Grupo Desaventajados*, España, Gedisa.
- , 2008, “La dificultosa tarea de la Interpretación Constitucional”, en Roberto Gargarella (coord.), *Teoría y Crítica del Derecho constitucional*, Argentina, Abeledo Perrot.
- GUASTINI, Ricardo, 2008, *Teoría e Ideología de la Interpretación Constitucional*, México, UNAM y Mínima Trotta.
- HART, H. L. A., 1968, *El concepto de derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Argentina, Abeledo-Perrot.
- , 1992, *El concepto de derecho*, Argentina, Abeledo Perrot.
- HESSE, Konrad, 2011, *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*, España, Centro de Estudios Constitucionales.
- HORVIZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, 2003, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. I.
- KELSEN, Hans, 1993, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa.
- LORENZETTI, Ricardo L., 2008, *Teoría de la decisión judicial: fundamentos de derecho*, Argentina, Ed. Rubinzal-Culzoni.
- MACCORMICK, Neil, 1978, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Reino Unido, Oxford University Press.
- , 2005, *Rhetoric and the Rule of Law. A theory of Legal Reasoning*, United Kingdom, Oxford University Press.
- MARTÍNEZ TAPIA, Ramón, 2000, *Igualdad y Razonabilidad en la Justicia Constitucional Española*. Almería, España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Almería.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, J. M., 2004, *Introducción a la teoría del derecho*, España, Marcial Pons.
- NINO, Carlos S., 1985, *La validez del Derecho*, Argentina, Astrea.
- , 1992, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Argentina, Astrea.
- , 1996, *The Constitution of Deliberative Democracy*. E.U.A, Yale University Press.
- ORDUÑA SOSA, Héctor, 2010, *Interpretación constitucional, una aproximación a las tendencias actuales, cimientos de la jurisdicción*, México, Porrúa e Instituto de la Judicatura Federal, Escuela Judicial.

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, 2005, *Dimensiones de la Igualdad*, España, Dykinson.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2005, *Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*, Perú-Colombia, Palestra y Temis.
- RADBRUCH, G., 2006, *Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946)*, trad. de Litschewski Paulson y Stanley, Boniee, Reino Unido, Oxford Journal of Legal Studies.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, 1995, *El Derecho Fundamental a no ser Discriminado por Razón de Sexo*, España, McGraw-Hill.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, 2006, *La interpretación judicial de la Constitución*, Argentina, Lexis Nexis.
- SANTIAGO JUÁREZ, Mario, 2007, *Igualdad y acciones afirmativas*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, 2013, *Los Derechos en Acción. Obligaciones y Principios de Derechos Humanos*, México, Flacso-México.
- TOULMIN, Sthepen, 2007, *Los usos de la argumentación*, España, Península.
- VIGO, Rodolfo Luis, 2006, *La Interpretación Jurídica*, México, Rubinzal Culzoni Editores.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *et al.*, 1992, *The judicial application of Law*, Dordrecht, Kluwer.
- , 2008, *Sentido y hecho en el Derecho*, trad. Javier Esquiaga y Juan Igartua, México, Fontamara.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, 1995, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, España, Trotta.

2. Revistas

- ALEXY, Robert, 1999, “The especial Case Tesis”, *Revista Ratio Juris*, No. 12.
- , 2001, “Una defensa a la fórmula de Radbruch”, trad. Seone, J. *Anuario da Faculdade Dereito da Universidade Da Coruña*, No. 5.
- FERRAJOLI, Luigi, 1988, Justicia Penal y Democracia. El Contexto Extra-Procesal, *Revista Jueces para la Democracia, Información y Debate*, No. 4, septiembre 1988.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, 1971, “Legal Decision and its Justification”, *Revista Logique et analyse*, No. 14.

3. Tesis y jurisprudencia

- JURISPRUDENCIA 40/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IV, julio de 1996, p. 5.

- , 10/94, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 77, mayo de 1994, p. 12.
- , 139/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, diciembre de 2005, p. 162.
- , 1a./J. 3/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo XXV, marzo de 2007, p. 46.
- , 43/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, libro XXII, agosto de 2013, p. 703.
- , 1a./J. 93/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 1, diciembre de 2013, p. 402.
- , 1a./J. 25/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, libro 5, abril de 2014, p. 478.
- , P.J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, libro 5, abril de 2014, p. 202.
- , 1a.J. 66/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 13, diciembre de 2014, p. 87.
- , 1a./J. 24/2014, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 497.
- , 1a./J. 25/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 478.
- , 1a./J. 26/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, abril de 2014, p. 476.
- , P./J. 20/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 202.
- , 1a./J.8/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, agosto de 2016.
- , 2a./J.38/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1204.
- TESIS P. CXVI/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, agosto de 2000, p. 143.
- , 1a. XXVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro V, febrero 2012, p. 659.
- , 1a. XLIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 3, febrero de 2014, p. 645.
- , 1a. XLII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, libro 3, febrero 2014, p. 662.
- , 1a. CCLXIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014, p. 168.

- , 1a. CCLXX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014, p. 161.
- , 1a. CC/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 6, mayo de 2014, p. 545.
- , 1a. LIII/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 3, febrero de 2014, p. 643.
- , 1a. CCCLXII/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, noviembre de 2015, p. 972.
- , 1a. XXVI/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 27, febrero de 2016, p. 669.
- , 1a. CXXXVII/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, libro 29, abril de 2016.

4. Sentencias y resoluciones

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 1996, *Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina*. Fondo. Informe No. 12/96, Caso No. 11.245. 1 de marzo.
- , 2000a, *Caso Reinaldo Figueredo Planchart vs. Venezuela*, Informe No. 50/00. Caso núm. 11.298. Fondo, 13 de abril.
- , 2000b, *Waldermar Gerónimo Pinheiro y José Víctor Dos Santos vs. Paraguay*. Fondo, Informe No. 77/02, caso 11.506, 27 de diciembre
- , 2009, *Caso José, Jorge y Dante Peirano Basso Vs. Uruguay*. Fondo. Informe No. 86/09. Caso No. 12.553. 6 de agosto.
- , 2011, *Caso Hugo Oscar Argüelles y otros vs. Argentina*. Fondo. Informe No. 135/11, Caso No. 12.167. 31 de octubre, párr. 124.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CoIDH), 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo, sentencia de 12 de noviembre. Serie C, No. 35.
- , 2004a, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, Sentencia de 31 de agosto. Serie C, núm. 111.
- , 2004b, *Caso Tibi vs. Ecuador*, Sentencia de 7 de septiembre. Serie C, No. 114.
- , 1997, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, Fondo, sentencia de 12 de noviembre. Serie C, No. 35.
- , 2005, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de noviembre, Serie C, No. 135.
- , 2005b, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 20 de junio. Serie C, No. 126.

- , 2006, *Caso López Álvarez vs. Honduras*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 1 de febrero. Serie C, No. 141.
- , 2007, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre, Serie C, No. 170.
- , 2008a, *Caso Bayarri vs. Argentina*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de octubre. Serie C, No. 187.
- , 2008b, *Caso Kimel vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 2 de mayo. Serie C, No. 177.
- , 2009a, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre. Serie C, No. 206.
- , 2009b, *Caso Usón Ramírez vs. Venezuela*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre. Serie C, No. 207.
- CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (CrEDH), 2008, *Case of Ladent v. Poland (Application No. 11036/03)*. Sentencia del 18 de marzo. Sección Cuarta de la Corte.
- , 2013, *Case of Ostendorf v. Germany (Application No. 15598/08)*. Sentencia del 7 de marzo (Sección Quinta de la Corte), párr. 68.

5. Informes

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), 2007, A/HRC/4/40, Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, *Informe Anual presentado al Consejo de Derechos Humanos*, 3 de enero.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 1996, *Caso Jorge A. Giménez vs. Argentina*. Fondo. Informe No. 12/96, Caso No. 11.245. 1 de marzo.
- , 2000a, *Caso Reinaldo Figueredo Planchart vs. Venezuela*. Informe No. 50/00. Caso núm. 11.298. Fondo, 13 de abril.
- , 2001a, *Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay*. Capítulo IV.
- , 2001b, *Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*. Capítulo VII.

CAPÍTULO II

ETAPA DE INVESTIGACIÓN

José Rogelio Alanís García

I. Derecho fundamental del imputado a solicitar plazo mayor para su defensa, su incidencia en el plazo de investigación complementaria y en el de reapertura de dicha investigación

1. El derecho humano al acceso a la justicia en el ámbito nacional e internacional

Los artículos 17 constitucional, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretados según la jurisprudencia 2a./J. 192/2007, y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), en los casos *Castañeda Gutman vs. México* (CoIDH, 2008a) y *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (CoIDH, 2009a), (*Vid*, Silva, 2011:174 y ss.) nos permiten establecer que el derecho humano de acceso a la justicia se compone de los siguientes principios:

1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes.

Sobre este principio, Ovalle (2007) sostiene que la “prontitud” es una condición que impone al legislador el deber de regular procedimientos ágiles y sencillos respetando las formalidades esenciales del procedimiento.

Al resolver los casos *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia* (CoIDH, 2008b); *Caso Anzualdo Castro vs. Perú* (CoIDH, 2009d), *Garibaldi vs. Brasil* (CoIDH, 2009c), *Radilla Pacheco* (CoIDH, 2009a) y *Furlán vs. Argentina* (CoIDH, 2012), la CoIDH estableció cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del

asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso.

También determinó la Corte Interamericana, concretamente en el párrafo 244 de la sentencia de fondo del caso Radilla Pacheco (CoIDH, 2009a), que “la pertinencia de aplicar esos criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias particulares (CoIDH, 2006a), (CoIDH, 2005), (CoIDH, 2009,d), pues en casos como el presente, el deber del Estado de satisfacer plenamente los requerimientos de la justicia prevalece sobre la garantía del plazo razonable (CoIDH, 2006b), (CoIDH, 2009d). En todo caso, corresponde al Estado demostrar las razones por las cuales un proceso o conjunto de procesos han tomado un período determinado que exceda los límites del plazo razonable. Si no lo demuestra, la Corte tiene amplias atribuciones para hacer su propia estimación al respecto” (CoIDH, 2009d).

En los casos *Tibi vs. Ecuador* (CoIDH, 2004) y *Suárez rosero vs. Ecuador* (CoIDH, 1997), la CoIDH resolvió que la razonabilidad del plazo para resolver debe ser apreciado en relación con la duración total del proceso, desde el primer acto procesal hasta el dictado de la sentencia definitiva, tomando en cuenta los recursos de instancia que se presenten. En el supuesto del proceso penal, el plazo razonable comienza a contar desde la aprehensión de la persona (Silva, 2011). Resolver fuera del plazo razonable implica, según esa instancia internacional, la violación a lo dispuesto por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el particular, con base en el artículo 6, apartado 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos, que prevé el derecho a que toda causa sea oída en un plazo razonable. Ese Tribunal ha establecido que lo relevante no es la celeridad en sí misma, sino el desarrollo sin anomalías del proceso, razón por la cual en cada caso se debe resolver si éste se ha resuelto en un plazo razonable o no. Para evaluar esta situación, el Tribunal Europeo ha estimado que “se tendrá en cuenta la complejidad del caso, la conducta del demandante y de las autoridades implicadas en el asunto”, además “lo que en el litigio arriesga el demandante” (Sarmiento, 2007). Estos cuatro elementos deben analizarse escalonadamente, según esa instancia internacional: en primer lugar la complejidad del caso; después la conducta del demandante; posteriormente la conducta de las autoridades; y, por último, el especial deber de diligencia cuando el demandante tenga en juego intereses de peso como lo son los medios para su supervivencia (Sarmiento, 2007).

Nos parece oportuno hacer referencia en este punto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Según ese órgano “la Ley Fundamental asegura en el ámbito del Art. 19, párrafo 4 —como también en el ámbito del derecho general a la tutela jurisdiccional—, la existencia de recursos jurídicos. Sin embargo, el derecho de poder acceder a los tribunales para obtener protección jurídica en contra de las

violaciones que se hacen valer, no implica la existencia de un cúmulo ilimitado de recursos” (Schwabe, 2009). Es decir, los derechos que las partes puedan tener derivados del derecho fundamental de acceso a la justicia, no pueden implicar en forma alguna la dilación indeterminada del proceso.

Todo lo anterior redundaría en que, si como más adelante precisaremos, el derecho a ofrecer pruebas en el procedimiento penal a favor del imputado o acusado deriva del derecho fundamental de acceso a la justicia, entonces inexorablemente debe tener un límite temporal, aunque éste sea más laxo que el correspondiente a las demás partes. No resolver dentro de un plazo razonable, en el cual se tome en cuenta la actividad probatoria debidamente circunscrita del imputado, es una violación al principio de justicia pronta, máxime que no sólo él tiene derecho a ésta, sino también la víctima u ofendido.

2. De justicia expedita, que refiere a la ausencia de obstáculos en el acceso a los medios de resolución de controversias y a la jurisdicción del Estado. Este principio supone la existencia del recurso, es decir, la obligación positiva del Estado de establecer el medio de defensa.

El Tribunal constitucional alemán refiere, según Schwabe (2009:525), que la garantía de protección jurídica eficaz constituye un elemento esencial del Estado de Derecho. De acuerdo con ese Tribunal, la Constitución alemana garantiza la protección jurídica ante los tribunales, en términos del artículo 19, párrafo 4, y, además, en el marco del derecho general a la tutela jurisdiccional. Considera que este derecho constituye un elemento esencial del principio del estado de derecho, especialmente en relación con los derechos fundamentales y —de manera particular— con el artículo 2, párrafo 1, de la Ley Fundamental de ese país europeo. La garantía constitucional de la protección jurídica abarca, de acuerdo con la jurisprudencia de esa nación: el acceso efectivo a los tribunales, que la pretensión jurídica (el objeto de la litis) sea analizada dentro de un proceso formal, y que sea resuelta por los tribunales mediante una sentencia vinculante.

En el caso *Reverón vs. Venezuela* (CoIDH, 2009 d) la CoIDH resolvió que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra estrechamente ligado a la obligación general del artículo 1.1 de la misma convención. Refirió que este último atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. Entonces, el recurso o medio de acceso a la justicia debe ser eficaz no sólo jurídicamente sino también fácticamente.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) ha precisado que son obligaciones positivas del Estado al respecto, diseñar y consagrar nor-

mativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención; asegurar la efectividad fáctica del recurso, es decir, que el recurso sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla (CIDH, 2007).

De acuerdo con la CIDH (2007), dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente, a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y desahogar las correspondientes pruebas.

3. De justicia completa, la CIDH (2007) y la CoIDH han puntualizado, como elementos que integran el debido proceso legal, el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa.

4. De justicia imparcial, significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.

5. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público.

2. El debido proceso y el derecho a la defensa adecuada en materia penal: el derecho a ofrecer y desahogar pruebas

Estrechamente relacionado con el derecho de acceso a la justicia, está el derecho fundamental al debido proceso, a tal grado que podemos considerar que la defensa adecuada es un principio derivado de ambos derechos. Asimismo, veremos que forma parte de la defensa adecuada en materia penal la posibilidad real y material de ofrecer pruebas de descargo.

El artículo 14 constitucional dispone que nadie puede ser privado de la libertad, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expeditas con anterioridad al hecho.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 11/2014, 10a.), definió que el núcleo duro del derecho al debido proceso es, precisamente, las formalidades esenciales del procedimiento, consistentes en la notifi-

cación del inicio del procedimiento; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la posibilidad de alegar; y la obtención de una resolución que dirima la controversia, según fue establecido por el Pleno de ese Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 47/95.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define el debido proceso como el conjunto de normas que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos (Silva, 2011). Dicha instancia internacional ha establecido que el artículo 8.1 de la Convención Americana prevé los lineamientos del debido procesos, consistentes en el derecho de toda persona a ser oída con las garantías necesarias, dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley.

Así, es innegable la clara interdependencia entre los principios de justicia pronta, expedita, completa e imparcial, derivados del derecho de acceso a la justicia, con las garantías derivadas del debido proceso relativas a la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas y la emisión de una resolución que dirima completamente las cuestiones en disputa.

Con esta base, podemos decir que el derecho a la defensa adecuada deriva por igual de los derechos fundamentales al acceso a la justicia (artículo 17 constitucional) y al debido proceso legal (artículo 14 constitucional). Por ende, en el respeto, protección, garantía y promoción de la defensa adecuada se deben atender las características de ambos derechos.

El artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional establece que el imputado tiene derecho a una defensa adecuada por abogado. Por su parte, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos orienta que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; y el artículo 14.3, incisos b) y d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”. En ese mismo instrumento internacional, pero en el numeral.

En relación con las garantías necesarias para su defensa, María Teresa Pérez Cruz (2014) se apoya en Ferrajoli para considerar que para respetarlas es necesario que el acusado y su defensor cuenten con iguales recursos técnicos y materiales que los del acusador, con lo cual se respeta también el principio de igualdad de las partes.

De esta manera, en nuestro país un primer contenido de la defensa adecuada radica en la asistencia técnica por parte de defensor con autorización para ejercer la carre-

ra de Derecho. En este sentido, la Primera Sala, (en la jurisprudencia 1a./J. 26/2015, 10a.), determinó que la forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado (lato sensu) debe ser asistido jurídicamente en todas las etapas procedimentales en las que intervenga, por un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público); incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. Consideró esa instancia que la exigencia de una defensa técnica encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra.

Si vinculamos este criterio con los principios derivados del derecho de acceso a la justicia y de debido proceso, queda claro que uno de los aspectos, en el cual cobra mayor relevancia la asistencia por parte de defensor profesional en derecho en materia penal, es precisamente la defensa mediante el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba, en el entendido que prueba es únicamente el resultado del desahogo dentro de una audiencia con base en los principios de inmediación y contradicción.

De esta manera, el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción IV, establece el derecho fundamental del imputado a ofrecer y desahogar los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley. Este derecho se reproduce en el artículo 113, fracción IX, del Código Nacional. Por su parte, el artículo 117, fracciones VI, IX y XI, de esa legislación, directamente relaciona el derecho de defensa adecuada con el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, al establecer el deber a cargo del defensor de recabar y ofrecer medios de prueba necesarios para la defensa, exponer datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito o se relacionen con causas de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad, así como con la prescripción de la acción penal, y a participar en la audiencia de juicio, donde podrá desahogar las pruebas ofrecidas.

Sobre este punto, la Primera Sala emitió la jurisprudencia (1a./J. 12/2012, 9a.), en la cual determinó que la defensa adecuada entraña una prohibición para el Estado de entorpecer la defensa del gobernado, así como el deber de actuar en el sentido de informar el nombre del acusador, los datos que obren en la causa, otorgar oportunidad de nombrar defensor, permitir la entrevista privada y previa con *éste*, y no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden a la defensa (entre las que se encuentran, según se expuso en el párrafo anterior, el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba). La Primera Sala concluyó que el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre

cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.

Sobre el derecho de defensa adecuada, en su vertiente de ofrecer y desahogar pruebas, la Corte Interamericana se pronunció en el caso Chaparro Álvarez vs. Ecuador (CoIDH, 2007), en el sentido de que los jueces deben otorgar de tiempo suficiente para preparar la audiencia o diligencia de desahogo de prueba, a fin de garantizar la inmediación y contradicción necesarias para el efecto. En ese caso, la jueza ecuatoriana notificó a las partes la diligencia de desahogo de una prueba con dos horas y 55 minutos de antelación, lo cual fue considerado contrario al artículo 8.2.c) de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Silva, 2011), (CoIDH, 2007).

Entonces, podemos establecer que el derecho del imputado y del defensor a ofrecer y desahogar medios de prueba es una vertiente del derecho de defensa adecuada, el cual, por su parte, deriva por igual de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de debido proceso. Por ende, en su interpretación y aplicación se deben tomar en consideración los principios componentes de esos derechos fundamentales (prontitud, cualidad de expedito, imparcialidad, completitud, formalidades del procedimiento, defensa técnica, efectiva y material).

3. El derecho a ser juzgado dentro de determinados plazos constitucionales, derecho de justicia pronta, derecho a ofrecer y desahogar pruebas por parte del imputado y derechos de la víctima

El artículo 20 constitucional, apartado B, fracciones VII, dispone que el imputado o acusado deberá ser juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa.

Por su parte, la fracción IX del apartado y dispositivo constitucional referido ordena que la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. El artículo 165, segundo párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, indica que la prisión preventiva no puede exceder de un año, salvo que su prolongación se deba al ejercicio de defensa del imputado.

Los preceptos referidos claramente establecen como un límite al derecho constitucional de ser juzgado dentro de un plazo de cuatro meses o de dos años, el ejercicio

de la defensa, el cual a su vez es una causa para extender la prisión preventiva más allá del plazo constitucional (dos años) como legal (un año).

Esta limitación guarda relación inmediata con lo expuesto en capítulos anteriores, en el sentido de que el análisis del cumplimiento del principio de justicia pronta, en el aspecto de emitir sentencia definitiva en ambas instancias dentro de un plazo razonable, debe tomar en cuenta, entre otros aspectos, la actividad procesal del imputado y el interés que éste defiende en el proceso, a saber, la libertad.

Sin embargo, también es importante mencionar que, según lo referido en el primer capítulo de este trabajo, los procesos penales no pueden extenderse *ad infinitum*, sino que necesariamente deben tener un fin, de tal forma que el ejercicio de la defensa, si bien puede justificar extender el proceso penal más allá de los plazos constitucionales de cuatro meses o de dos años, esto no puede ser de manera irrestricta, sino que el juzgador deberá ponderar casuísticamente la necesidad de incumplir esos plazos, tomando en consideración también que la víctima u ofendido tiene derecho a la justicia pronta.

Antes de seguir sobre esta línea es importante hacer referencia a que diversos tribunales colegiados de circuito, al interpretar el artículo 20, apartado A, fracción VIII, constitucional, previo a la reforma de 2008 (de texto similar al del artículo 20, apartado B, fracciones VII, vigente), establecieron que la garantía de defensa prevalece sobre el de pronta impartición de justicia, argumentando, incluso, que aquella tiene mayor peso axiológico que esta última, razón por la cual el ejercicio de la defensa en todo caso podría implicar el exceso de los plazos constitucionales para ser juzgado. Estos criterios fueron objeto de denuncia de contradicción de tesis 70/2003-PS de la Primera Sala del Alto Tribunal, resuelta el 19 de noviembre de 2003, en el sentido de declararla sin materia, toda vez que el tribunal denunciante, que sostenía un criterio discordante respecto de los aquí aludidos, abandonó su criterio.

Desde nuestra perspectiva, estos criterios no pueden aplicarse en el nuevo sistema penal acusatorio en toda su extensión. Es decir, estimamos que *no* es sostenible que en *todo caso* el derecho de defensa puede exceder los plazos constitucionales y legales para emitir sentencia en el proceso penal, sino que casuísticamente el juez debe evaluar la justificación que la defensa realice para extender el plazo de cierre de investigación y, en el caso de la audiencia de juicio, el de desahogo de pruebas, para valorar si es suficiente o no para sustentar razonablemente el incumplimiento de tales plazos.

Esto, en virtud de que, si bien es cierto que el ejercicio de la defensa (derecho a ofrecer y desahogar pruebas) es un claro límite previsto constitucionalmente al derecho de pronta impartición de la justicia dentro de los plazos de cuatro meses o dos años previstos en el 20, apartado B, fracciones VII, de la Ley Suprema, también lo es que esto puede afectar en grado sumo el propio derecho del imputado a la libertad, en caso de que se le haya impuesto la prisión preventiva (más si ésta es oficiosa), además

de que el derecho a la pronta impartición de la justicia en materia penal no sólo se atribuye al imputado, sino también a la víctima, quien tiene derecho a la verdad, a su protección, a la no impunidad y a la reparación integral del daño, lo cual debe cumplirse también de forma pronta.

En efecto, el apartado C del artículo 20 constitucional es el resultado de un camino largo al final del cual la víctima o el ofendido han adquirido el carácter pleno de parte autónoma e independiente del Ministerio Público. En cambio, la ofendida tiene un derecho fundamental para intervenir en cada una de las etapas del proceso penal. Por tanto, si el dispositivo de referencia dispone un deber de justificar la detención y el ofendido no tiene un deber a intervenir en la etapa de control de la detención, sino un derecho fundamental a ello (que, por ende, puede ejercer o no libremente), entonces es claro que el artículo en mención no se dirige al ofendido y, en esa medida, no puede interpretarse en el sentido de que prohíba su intervención en esa etapa ni mucho menos restrinja su aptitud para incorporar la referencia a datos de prueba e información distinta a la expuesta por el Ministerio Público.

Para sustentar el derecho fundamental de la víctima y del ofendido a ser una parte autónoma e independiente dentro del proceso penal, así como a intervenir en éste en toda la extensión del término, en cada fase o etapa procesal, se invocan los artículos 20, apartado C, fracción IV, constitucional, 109, fracción XIV, del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como las jurisprudencias 1a./J. 21/2012, 1a./J. 40/2013 y la tesis 1a. LXXXIX/2011, con números de registro respectivamente 2000942, 2003918 y 161718, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubros: “AMPARO DIRECTO EN MATERIA PENAL. LA VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO TIENE LEGITIMACIÓN PARA PROMOVERLO CUANDO SE IMPUGNAN APARTADOS JURÍDICOS DIVERSOS AL DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO DE LA SENTENCIA DEFINITIVA”; “VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO DIRECTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE ABSUELVE AL ACUSADO” Y “VÍCTIMA U OFENDIDO. TIENE CARÁCTER DE PARTE EN EL PROCESO PENAL.”

Con base en estos criterios vinculantes, se obtiene que los derechos que la víctima u ofendido pueden defender en el proceso penal son la reparación integral del daño, el derecho fundamental a la verdad (que en el actual artículo 20 constitucional puede subsumirse en la finalidad de esclarecer los hechos), solicitar que el delito no quede impune y que se sancione al culpable.

En el plano internacional incluso existe jurisprudencia en el sentido de que el derecho de justicia pronta en el marco del proceso penal es atribuible a la víctima u ofendido.

En el caso *Radilla Pacheco vs. México* (CoIDH, 2009a), concretamente en el parágrafo 244, la CoIDH expuso su doctrina sobre los cuatro parámetros que se deben considerar para considerar razonable el plazo en el cual se resuelve lo concerniente

a una investigación penal. Los parámetros son los que se han expuesto en el primer capítulo de este trabajo. Posteriormente, en el párrafo 245, la CoIDH concluyó que nuestro país conculcó el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por la excesiva dilación en la investigación. Esto es aplicable al nuevo sistema penal acusatorio, pues precisamente en la investigación inicial y en la complementaria es el momento en el cual la defensa puede realizar sus propias pesquisas para establecer las pruebas que pretenderá ofrecer en la audiencia intermedia y desahogar en la de juicio.

Esto encuentra apoyo en el párrafo 247, donde la CoIDH precisó que “de conformidad con el derecho reconocido en el artículo 8.1 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen la obligación de garantizar que en todas las etapas de los respectivos procesos las víctimas puedan hacer planteamientos, recibir informaciones, aportar pruebas, formular alegaciones y, en síntesis, hacer valer sus intereses (CoIDH, 2006c), (CoIDH, 2008c), (CoIDH, 2009d). Dicha participación deberá tener como finalidad el acceso a la justicia, el conocimiento de la verdad de lo ocurrido y el otorgamiento de una justa reparación (CoIDH, 2008b)”.

En el párrafo 460 del Caso Campo Algodonero (CoIDH, 2009e), la CoIDH consideró que “como forma de combatir la impunidad, el Estado deberá, dentro de un plazo razonable, investigar, por intermedio de las instituciones públicas competentes, a los funcionarios acusados de irregularidades y, luego de un debido proceso, aplicará las sanciones administrativas, disciplinarias o penales correspondientes a quienes fueran encontrados responsables”, como parte del derecho de las víctimas y de sus familiares a ser protegidos y a que se sancione a los responsables de hostigarlos.

Asimismo, en el caso Rosendo Cantú vs. México (CoIDH, 2010), ese órgano jurisdiccional internacional determinó que el Estado mexicano incumplió su deber de actuar con la debida diligencia, dentro de un plazo razonable, en la investigación de la violación ocurrida.

De lo anterior se puede concluir que la víctima u ofendido tiene un derecho fundamental a la justicia pronta en el proceso penal, esto es, a que el asunto se resuelva de forma celeré, a fin de que pueda acceder prontamente a una investigación efectiva (tanto inicial como complementaria); a participar activamente en ella ofreciendo pruebas y vertiendo alegatos; al esclarecimiento de los hechos (derecho a la verdad); solicitar que el delito no quede impune; que se sancione al culpable; y a una justa reparación integral, que, por cierto, implica la *restitutio in integrum*, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, según los estándares derivados de los precedentes internacionales citados, que en cierta forma están incorporados a la Ley General de Víctimas.

4. La regulación del Código Nacional respecto del plazo de cierre de la investigación complementaria o formalizada y el derecho del imputado a solicitar su prórroga y reapertura

De los artículos 321 a 324 del Código Nacional se obtiene lo siguiente:

1. El juez, antes de finalizar la audiencia inicial, determinará previa propuesta de las partes, el plazo para el cierre de la investigación complementaria.
2. El Ministerio Público debe concluir dicha investigación dentro del plazo fijado por el juez.
3. Este plazo no puede ser mayor de dos meses si la pena del delito por el cual se vinculó a proceso no excede de dos años de prisión. Si la pena excede este lapso, el plazo máximo para el cierre de la investigación será de seis meses.
4. El Ministerio Público puede finalizar la investigación complementaria antes de finalizar el plazo concedido por el juez, en cuyo caso deberá informar a la víctima u ofendido, así como al imputado, a fin de que manifiesten lo conducente.
5. Excepcionalmente, el Ministerio Público podrá solicitar una prórroga del plazo de investigación complementaria para formular acusación, con la finalidad de lograr una mejor preparación del caso, fundando y motivando su petición.
 - 5.1. El juez podrá otorgar la prórroga siempre y cuando el plazo solicitado, sumado al otorgado originalmente, no exceda los plazos señalados en el artículo anterior. Es decir, el plazo para el cierre de investigación nunca podrá ser mayor a dos o a seis meses.
6. Fecido el plazo para el cierre de la investigación complementaria, el Ministerio Público deberá cerrarla o bien, solicitar justificadamente la prórroga antes de que finalice el plazo.
 - 6.1. Si la fiscalía no declara el cierre dentro del plazo fijado o no solicita oportunamente la prórroga, el imputado o la víctima u ofendido podrán solicitar al juez de control que la aperciba para proceder al cierre.
7. Una vez finalizado el plazo para el cierre de la investigación, ésta se tendrá por cerrada, salvo que el Ministerio Público o el imputado hayan solicitado justificadamente la prórroga al juez (artículo 324, último párrafo).
8. Cerrada la investigación complementaria, el Ministerio Público cuenta con 15 días para solicitar el sobreseimiento parcial o total, la suspensión del proceso o formular acusación.

Por tanto, según la regulación del Código Nacional, el juez de control debe fijar un plazo para el cierre de la investigación, el cual sólo puede ser prorrogado a solicitud justificada del Ministerio Público o del imputado. En ningún caso el plazo para la investigación complementaria puede exceder los plazos de dos o de seis meses, según sea el caso. Incluso ante la existencia de prórroga, ésta sumada al plazo dado inicialmente, no pueden exceder de los plazos de dos o de seis meses.

El Código Nacional no establece si la víctima u ofendido pueden solicitar justificadamente la prórroga; sin embargo, consideramos que, en atención a sus derechos de parte autónoma e independiente, con sustento además en el principio de igualdad de las partes, dicha laguna debe colmarse en el sentido de que cuenta con la oportunidad de solicitar justificadamente la prórroga antes de la conclusión del plazo para cierre de la investigación (*Vid.*, Alchourrón: 2003).

En relación con el imputado, estimamos que la regla general consistente en que en ningún caso el plazo para la investigación complementaria puede exceder los plazos de dos o de seis meses, según sea el caso, admite excepciones con base en su derecho fundamental a ofrecer y desahogar pruebas, derivado del derecho de defensa adecuada (a su vez derivado de los derechos de acceso a la justicia y de debido proceso legal), aunque con limitaciones.

Según se ha mostrado en este trabajo, el derecho a ser juzgado dentro de los plazos constitucionales de cuatro meses y de dos años está limitado por el derecho de defensa, pues el texto constitucional expresamente dispone que estos plazos pueden ser excedidos por virtud del ejercicio de la defensa y es claro que si se considerara que en todo caso el imputado debiera ceñirse a los plazos de dos o seis meses para el cierre de su investigación, la citada disposición constitucional sería letra muerta.

Esto se corrobora por el hecho de que la propia Constitución prevé que la prisión preventiva no puede exceder de dos años, pero puede extenderse más allá de ese lapso si esto deriva del derecho a la defensa.

Aunado lo anterior a que el derecho de defensa adecuada implica que el Estado debe permitir y favorecer el derecho del imputado a ofrecer y desahogar pruebas, con base en los derechos de acceso a la justicia y de debido proceso legal; entonces nos parece claro que el imputado tiene derecho a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación complementaria más allá de los límites de dos o seis meses (según el caso), previstos en el Código Nacional. Este derecho implica que aun cuando ya se haya cerrado la investigación, se debe reabrir si existe justificación suficiente para garantizar el derecho de defensa adecuada. Sin embargo, este derecho tiene límites; a saber:

- a. Hemos visto que si el derecho a ofrecer pruebas en el procedimiento penal a favor del imputado o acusado deriva del derecho fundamental de acce-

- so a la justicia, entonces inexorablemente debe tener un límite temporal, aunque éste sea más laxo que el correspondiente a las demás partes. Los procesos nos pueden prolongarse *ad infinitum*. No resolver dentro de un plazo razonable, en el cual se tome en cuenta la actividad probatoria debidamente circunscrita del imputado, es una violación al principio de justicia pronta, máxime que no sólo él tiene derecho a ésta, sino también la víctima u ofendido.
- b. Por estas razones, no es sostenible que en todo caso el derecho de defensa pueda exceder los plazos constitucionales y legales para emitir sentencia en el proceso penal, sino que casuísticamente el juez debe evaluar la justificación que la defensa realice para extender el plazo de cierre de investigación y, en el caso de la audiencia de juicio, el de desahogo de pruebas, para valorar si es suficiente o no para sustentar razonablemente el incumplimiento de tales plazos.
 - c. Además, aun cuando el ejercicio de la defensa (derecho a ofrecer y desahogar pruebas) es un claro límite previsto constitucionalmente al derecho de pronta impartición de la justicia dentro de los plazos de cuatro meses o dos años previstos en el 20, apartado B, fracciones VII, de la Ley Suprema, también lo es que esto puede afectar en grado sumo el propio derecho del imputado a la libertad, en caso de que se le haya impuesto la prisión preventiva (más si ésta es oficiosa).
 - d. El derecho a la pronta impartición de la justicia en materia penal no sólo se atribuye al imputado, sino también a la víctima, quien tiene derecho a la verdad, a su protección, a la no impunidad y a la reparación integral del daño, lo cual debe cumplirse también de forma pronta.

Por estas razones, el derecho del imputado a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación complementaria más allá de los límites de dos o seis meses (según el caso), previstos en el Código Nacional, puede ser limitado por el juez de control, con base en un análisis ponderado de los derechos fundamentales en conflicto (derecho a la defensa adecuada del imputado frente al derecho a la libertad del mismo imputado en caso de que esté privado de su libertad;¹ principio de justicia pronta de la víctima u ofendido; así como de resolver el asunto en un plazo razonable, aplicable por definición a todo proceso y, por ende, es un límite estructural interno del propio

¹ Este control se dirige más a la defensa que al imputado. Aquella puede solicitar una ampliación del plazo de cierre más allá de los plazos legales de dos o de seis meses (según el caso), que sea en notorio perjuicio del imputado en cuanto a su libertad personal, cuando la finalidad que se persiga con esa extensión abone en poco a su defensa, pero afecte sobremanera dicha libertad.

derecho del imputado a la defensa adecuada), de tal forma que, si para realizar esta ponderación es necesaria la expresión de justificaciones, entonces el imputado, para ejercer este derecho, deberá justificar razonadamente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su pretensión de exceder los plazos legales de dos o seis meses para el cierre de la investigación complementaria, en términos del artículo 323, último párrafo, del Código Nacional.

Es decir, nos apartamos de las tesis que sustentan que en todo caso debe privilegiarse la defensa adecuada sobre el principio de justicia pronta, pues dejan de considerar que aquella deriva del derecho de acceso a la justicia, del cual deriva la justicia pronta y, por ende, es un límite estructural interno, es decir, derivado de la propia definición y naturaleza de la defensa adecuada (ésta debe ser eficiente para real y fácticamente ser adecuada).

Estos criterios tampoco toman en cuenta que la víctima y el ofendido tienen un derecho fundamental autónomo e independiente a la justicia pronta, que debe ser tomado en cuenta para ponderarlo casuísticamente con el derecho del imputado a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación complementaria más allá de los límites legales de dos o seis meses.

5. Conclusiones

1. El derecho a ofrecer y desahogar medios de prueba forma parte del derecho de defensa adecuada, el cual, a su vez, deriva del derecho de acceso a la justicia y del derecho al debido proceso. Por esta razón, debe ser respetado, protegido, garantizado y promovido por todas las autoridades del país, particularmente por los jueces de control. Asimismo, precisamente al derivar de dichos derechos, encuentra límites internos o estructurales relativos al concepto mismo de estos derechos y al propio concepto del derecho a ofrecer y desahogar medios de prueba.
2. El derecho a ser juzgado dentro de los plazos constitucionales de cuatro meses y de dos años está limitado por el derecho de defensa, pues el texto constitucional expresamente dispone que estos plazos pueden ser excedidos por virtud del ejercicio de la defensa y es claro que si se considerara que en todo caso el imputado debiera ceñirse a los plazos de dos o seis meses para el cierre de su investigación, la citada disposición constitucional sería letra muerta. Esto se corrobora por el hecho de que la propia Constitución prevé que la prisión preventiva no puede exceder de dos años, pero puede extenderse más allá de ese lapso si esto deriva del derecho a la defensa. El Código Nacional establece el límite de un año para la prisión preventiva, pero puede extenderse más allá de ese lapso si esto deriva del derecho a la defensa.

3. Por tanto, el imputado tiene derecho a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación complementaria más allá de los límites de dos o seis meses (según el caso), previstos en el Código Nacional. Este derecho implica que, aun cuando ya se haya cerrado la investigación, se reabra si existe justificación suficiente para garantizar el derecho de defensa adecuada.
4. Este derecho, empero, puede ser limitado por el juez de control, con base en un análisis ponderado de los derechos fundamentales en conflicto (derecho a la defensa adecuada del imputado frente al derecho a la libertad del mismo imputado en caso de que esté privado de su libertad; principio de justicia pronta de la víctima u ofendido; así como de resolver el asunto en un plazo razonable, aplicable por definición a todo proceso y, por ende, es un límite estructural interno del propio derecho del imputado a la defensa adecuada), de tal forma que para realizar esta ponderación es necesaria la expresión de justificaciones.
5. Por ende, el imputado, para ejercer este derecho, deberá justificar razonablemente la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su pretensión de exceder los plazos legales de dos o seis meses para el cierre de la investigación complementaria, en términos del artículo 323, último párrafo, del Código Nacional.
6. Nos apartamos entonces, de las tesis que sustentan que en todo caso debe privilegiarse la defensa adecuada sobre el principio de justicia pronta, pues dejan de considerar que aquella deriva del derecho de acceso a la justicia, del cual deriva la justicia pronta y, por ende, es un límite estructural interno, es decir, derivado de la propia definición y naturaleza de la defensa adecuada (ésta debe ser eficiente para real y fácticamente ser adecuada). Estos criterios tampoco toman en cuenta que la víctima y el ofendido tienen un derecho fundamental autónomo e independiente a la justicia pronta, que debe ser tomado en cuenta para ponderarlo casuísticamente con el derecho del imputado a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación complementaria más allá de los límites legales de dos o seis meses.
7. La víctima también tiene derecho a solicitar la prórroga del plazo de cierre de la investigación, aunque se dejará para otro trabajo establecer si debe o no sujetarse a los plazos legales de dos o seis meses.

II. *Una defensa al derecho del imputado al desahogo de medios de prueba ante juez de control, y su permisión no sólo para la fase de vinculación a proceso, sino para las propias de detención y cautelares de la audiencia inicial*

1. El derecho humano al acceso a la justicia en el ámbito nacional e internacional

Los artículos 17 constitucional y 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, interpretados según la jurisprudencia 2a./J. 192/2007, y lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), en los casos *Castañeda Gutman vs. México* (CoIDH, 2008) y *Rosendo Radilla Pacheco vs. México* (CoIDH, 2009a) y (*Vid, Silva, 2011:174 y ss.*), nos permiten establecer que el derecho humano de acceso a la justicia se compone de los siguientes principios:

1. De justicia pronta, que se traduce en la obligación de las autoridades encargadas de su impartición de resolver las controversias ante ellas planteadas, dentro de los términos y plazos que para tal efecto establezcan las leyes.

Sobre este principio, Ovalle (2007) sostiene que la “prontitud” es una condición que impone al legislador el deber de regular procedimientos ágiles y sencillos respetando las formalidades esenciales del procedimiento (Ovalle, 2007).

Al resolver el caso *Furlan vs. Argentina* (CoIDH, 2012), la CoIDH estableció cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) Complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales; y d) afectación generada en la situación de la persona involucrada en el proceso.

2. De justicia expedita, que refiere a la ausencia de obstáculos en el acceso a los medios de resolución de controversias y a la jurisdicción del Estado. Este principio supone la existencia del recurso, es decir, la obligación positiva del Estado de establecer el medio de defensa.

En el caso *Reverón vs. Venezuela* (CoIDH, 2009d), la CoIDH resolvió que el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se encuentra estrechamente ligado a la obligación general del artículo 1.1 de la misma convención. Refirió que este último atribuye funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. Entonces, el recurso, tal como el acceso mismo a la justicia, debe ser eficaz no sólo jurídicamente sino también fácticamente.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2007) (en adelante CIDH) ha precisado que son obligaciones positivas del Estado al respecto, diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales. La expedición de normas y el

desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la Convención, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las garantías previstas en la Convención; asegurar la efectividad fáctica del recurso, es decir, que el recurso sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla.

De acuerdo con la CIDH (2007), dicha garantía incluye: el derecho a ser asistido jurídicamente; a ejercer una defensa y a disponer de un plazo razonable para preparar los alegatos y formalizarlos, así como para promover y desahogar las correspondientes pruebas.

3. De justicia completa, la CIDH (2007) y la CoIDH han puntualizado, como elementos que integran el debido proceso legal, el derecho a contar con una decisión fundada sobre el fondo del asunto y la necesidad de garantizar la publicidad de la actuación administrativa.

Otro aspecto examinado en la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) (CIDH 2007) es la existencia de criterios claros sobre el debido proceso legal en sede judicial, en aquellos procesos dirigidos a determinar derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido, la jurisprudencia del SIDH ha trazado un estrecho vínculo entre los alcances de los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana. De esta manera, se ha establecido que los Estados tienen la obligación de diseñar y consagrar normativamente recursos efectivos para la cabal protección de los derechos humanos, pero también la obligación de asegurar la debida aplicación de dichos recursos por parte de sus autoridades judiciales, en procedimientos con las garantías adecuadas.

Nash refiere que, según la tesis clásica del derecho internacional público, la reparación es la consecuencia principal de la responsabilidad internacional del Estado. La naturaleza de dicho efecto es de carácter compensatorio y no punitivo. Al ser compensatoria, el límite establecido para la reparación es el perjuicio causado por el ilícito cometido, es decir, en la especie se recurre al principio de la equivalencia de la reparación con el perjuicio.

4. De justicia imparcial, que significa que el juzgador emita una resolución apegada a derecho, y sin favoritismo respecto de alguna de las partes o arbitrariedad en su sentido.

5. De justicia gratuita, que estriba en que los órganos del Estado encargados de su impartición, así como los servidores públicos a quienes se les encomienda dicha función, no cobrarán a las partes en conflicto emolumento alguno por la prestación de ese servicio público. En este punto tienen relevancia las reglas de Brasilia para garantizar el acceso a la justicia a grupos vulnerables, así como lo referido anteriormente sobre la Convención de Belem do Pará.

Los cinco principios derivados del derecho de acceso a la justicia tienen especial importancia para los derechos humanos, pues como la Comisión Interamericana ha sostenido, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea para la defensa de los derechos básicos (CIDH, 2007b).

Todo lo anterior nos conduce a que la violación estructural a alguno de los principios que integran el derecho de acceso a la justicia significa la violación de todos los demás. Asimismo, esa violación no sólo es relevante para el citado derecho, sino para todos los demás, porque este derecho es la primera línea de defensa de todos los derechos humanos.

2. El debido proceso y el derecho a la defensa adecuada en materia penal

Estrechamente relacionado con el derecho de acceso a la justicia, está el derecho fundamental al debido proceso, a tal grado que podemos considerar que la defensa adecuada es un principio derivado de ambos derechos. Asimismo, veremos que forma parte de la defensa adecuada en materia penal, la posibilidad real y material de ofrecer pruebas de descargo.

El artículo 14 constitucional dispone que nadie puede ser privado de la libertad, 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.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia (1a./J. 11/2014, 10a.), definió que el núcleo duro del derecho al debido proceso es, precisamente, las formalidades esenciales del procedimiento, consistentes en la notificación del inicio del procedimiento; la oportunidad de ofrecer y desahogar las pruebas en que se finque la defensa; la posibilidad de alegar; y la obtención de una resolución que dirima la controversia, según fue establecido por el Pleno de ese Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 47/95.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define el debido proceso como el conjunto de normas que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos (Silva, 2011), (CoIDH, 2001). Dicha instancia internacional ha establecido que el artículo 8.1 de la Convención Americana prevé los lineamientos del debido proceso, consistentes en el derecho de toda persona a ser oída con las garantías necesarias, dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley (CoIDH, 2001).

Así, es innegable la clara interdependencia entre los principios de justicia pronta, expedita, completa e imparcial, derivados del derecho de acceso a la justicia, con

las garantías derivadas del debido proceso relativas a la notificación del inicio del procedimiento, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas y la emisión de una resolución que dirima completamente las cuestiones en disputa.

Con esta base, podemos decir que el derecho a la defensa adecuada deriva por igual de los derechos fundamentales al acceso a la justicia (artículo 17 constitucional) y al debido proceso legal (artículo 14 constitucional). Por ende, en el respeto, la protección, la garantía y la promoción de la defensa adecuada se deben atender las características de ambos derechos.

El artículo 20, apartado B, fracción VIII, constitucional establece que el imputado tiene derecho a una defensa adecuada por parte de un abogado. Por su parte, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos orienta que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa; y el artículo 14.3, incisos b) y d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección”, en ese mismo instrumento internacional.

En relación con las garantías necesarias para su defensa, María Teresa Pérez Cruz (2014) se apoya en Ferrajoli para considerar que para respetarlas es necesario que el acusado y su defensor cuenten con iguales recursos técnicos y materiales que los del acusador, con lo cual se respeta también el principio de igualdad de las partes.

De esta manera, en nuestro país un primer contenido de la defensa adecuada radica en la asistencia técnica por parte de defensor con autorización para ejercer la carrera de derecho. En este sentido, la Primera Sala, en la jurisprudencia 1a./J. 26/2015, 10a.), determinó que la forma de garantizar el derecho humano de defensa adecuada en materia penal implica que el imputado (*lato sensu*) debe ser asistido jurídicamente en todas las etapas procedimentales en las que intervenga, por un defensor que tenga el carácter de profesional en derecho (abogado particular o defensor público); incluso, de ser posible, desde el momento en que acontezca su detención. Consideró esa instancia que la exigencia de una defensa técnica encuentra justificación al requerirse de una persona que tenga la capacidad técnica para asesorar y apreciar lo que jurídicamente es conveniente para el imputado, a fin de otorgar una real y efectiva asistencia legal que le permita estar en posibilidad de hacer frente a la imputación formulada en su contra.

Si vinculamos este criterio con los principios derivados del derecho de acceso a la justicia y de debido proceso, queda claro que uno de los aspectos en el cual cobra mayor relevancia la asistencia por parte de defensor profesional en derecho en materia

penal es precisamente la defensa mediante el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba, en el entendido que prueba es únicamente el resultado del desahogo dentro de una audiencia con base en los principios de inmediación y contradicción.

De esta manera, el artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional establece el derecho fundamental del imputado a ofrecer y desahogar los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley. Este derecho se reproduce en el artículo 113, fracción IX, del Código Nacional. Por su parte, el artículo 117, fracciones VI, IX y XI, de esa legislación, directamente relaciona el derecho de defensa adecuada con el derecho a ofrecer y desahogar pruebas, al establecer el deber a cargo del defensor de recabar y ofrecer medios de prueba necesarios para la defensa, exponer datos de prueba que desvirtúen la existencia del hecho que la ley señala como delito o se relacionen con causas de inimputabilidad, sobreseimiento o excluyente de responsabilidad, así como con la prescripción de la acción penal, y a participar en la audiencia de juicio, donde podrá desahogar las pruebas ofrecidas.

Sobre este punto, la Primera Sala emitió la jurisprudencia (1a./J. 12/2012, 9a.), en la cual determinó que la defensa adecuada entraña una prohibición para el Estado de entorpecer la defensa del gobernado, así como el deber de actuar en el sentido de informar el nombre del acusador, los datos que obren en la causa, otorgar oportunidad de nombrar defensor, permitir la entrevista privada y previa con éste y no impedir u obstaculizar el ejercicio de las cargas procesales que corresponden a la defensa (entre las que se encuentran, según se expuso en el párrafo anterior, el ofrecimiento y desahogo de medios de prueba). La Primera Sala concluyó que el juez respeta la garantía de defensa adecuada: (i) al no obstruir en su materialización (como ocurre cuando niega el derecho a una entrevista previa y en privado o interfiere y obstaculiza la participación efectiva del asesor) y (ii) al tener que asegurarse, con todos los medios legales a su alcance, que se satisfacen las condiciones que posibilitan la defensa adecuada, sin que ello signifique que esté en condiciones de revisar la forma en que los defensores efectivamente logran su cometido, pues ello excedería las facultades que tiene a su cargo para vigilar que en el proceso se garantice una defensa adecuada.

Sobre el derecho de defensa adecuada, en su vertiente de ofrecer y desahogar pruebas, la Corte Interamericana se pronunció en el caso *Chaparro Álvarez vs. Ecuador* (CoIDH, 2007), en el sentido de que los jueces deben otorgar el tiempo suficiente para preparar la audiencia o diligencia de desahogo de prueba, a fin de garantizar la inmediación y contradicción necesarias para el efecto. En ese caso, la jueza ecuatoriana notificó a las partes la diligencia de desahogo de una prueba con dos horas y 55 minutos de antelación, lo cual fue considerado contrario al artículo 8.2.c) de la Convención Americana sobre derechos Humanos (Silva, 2011), (CoIDH, 2007).

Entonces, podemos establecer que el derecho del imputado y del defensor a ofrecer y desahogar medios de prueba es una vertiente del derecho de defensa adecuada, el cual, por su parte, deriva por igual de los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de debido proceso. Por ende, en su interpretación y aplicación se deben tomar en consideración los principios componentes de esos derechos fundamentales (prontitud, cualidad de expedito, imparcialidad, completitud, formalidades del procedimiento, defensa técnica, efectiva y material).

3. La oportunidad de ofrecer medios de prueba en la audiencia inicial

Hay cuatro formas de desarrollo de la audiencia inicial, ya sea con detenido o no y que el imputado se acoja o no al plazo constitucional para resolver su situación jurídica (Código Nacional de Procedimientos Penales y Quibrera, 2014):

1. Con detenido. Se procede a la calificación de la detención, seguida de la formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar) y la solicitud de vinculación a proceso, tras lo cual se concede oportunidad al imputado para decidir si su situación se resuelve en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas. Si decide que sea en la misma audiencia, se abre debate sobre la vinculación y se resuelve. A continuación se desarrolla el debate sobre medidas cautelares y se resuelve. Por último, se debate sobre el plazo de cierre de la investigación.
2. Con detenido. Calificada la detención y formulada la imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar), el Ministerio Público puede solicitar la vinculación a proceso. Entonces se concede oportunidad al imputado para decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas. Si decide alguno de los plazos, se fijan el día y la hora para continuar la audiencia. Antes de cerrar la audiencia se debaten medidas cautelares y se resuelven. En la fecha y hora fijadas se continúa la audiencia, en la cual se presentan los datos de prueba y, en su caso, se debate sobre admisión de medios de prueba, se desahogan y luego se debate sobre la vinculación. Una vez resuelta ésta se debate sobre el plazo de cierre de la investigación.
3. Sin detenido. Comienza con la formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar). Después, la solicitud de vinculación a proceso, tras la cual se da oportunidad al imputado para decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas. Si decide que sea en la misma audiencia, se abre debate sobre la vinculación y se resuelve. Procede, entonces, el debate de medidas cautelares y su resolución, para concluir con el debate sobre plazo de cierre de investigación.

4. Sin detenido. Formulada la imputación y solicitada la vinculación, se otorga oportunidad al imputado de decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas. En caso que se acoja a alguno de los plazos, se fijan el día y la hora para continuar la audiencia. Antes de cerrarla se debaten medidas cautelares. La audiencia continúa el día y hora fijados, comenzando con la presentación de datos de prueba y, en su caso, ofrecimiento y debate sobre admisión de medios de prueba. Desahogados éstos, en su caso, se debate sobre la vinculación, para concluir la audiencia con el debate sobre el plazo de cierre de la investigación.

El artículo 314 del Código Nacional fue reformado el 17 de junio de 2016, para disponer que “el imputado o su defensor podrán, durante el plazo constitucional o su ampliación, presentar los datos de prueba que consideren necesarios ante el juez de control. Exclusivamente en el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, de conformidad con lo previsto en este Código, el juez de control podrá admitir el desahogo de medios de prueba ofrecidos por el imputado o su defensor, cuando, al inicio de la audiencia o su continuación, justifiquen que ello resulta pertinente”. Antes de la citada reforma, establecía que “el imputado o su defensor podrán, en el plazo constitucional o su ampliación, solicitar el desahogo de medios de prueba que consideren necesarios ante el juez de control”. El artículo 313, penúltimo párrafo, ordena que “si el imputado requiere auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitar dicho auxilio al menos con 48 horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia. En caso contrario, deberá presentar sus medios de prueba a la audiencia de vinculación a proceso”.

El artículo 315 de ese ordenamiento prevé que la continuación de la audiencia inicial comenzará con la presentación de los datos de prueba aportados por las partes o, en su caso, con el desahogo de los medios de prueba ofrecidos en términos del artículo 314, para cuyo desahogo se seguirán las reglas previstas en relación con la audiencia de debate de juicio oral. Efectuado el desahogo, se abre el debate sobre la vinculación a proceso y se resuelve lo conducente.

Con base en lo anterior, existen dos posibilidades para el imputado de aportar información al juez para resolver sobre la vinculación a proceso, cuando se acoge al plazo constitucional: a) Presentar datos de prueba; y b) Ofrecer medios de prueba.

Los datos de prueba, según el artículo 261 del Código, son la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano

jurisdiccional.² Por esta razón, desde nuestra perspectiva, la posibilidad de que el imputado presente datos de prueba durante el término constitucional, según el artículo 314, se debe interpretar en el sentido de que, durante ese lapso, ofrezca ante el Ministerio Público el desahogo en la carpeta de investigación del medio de convicción, de tal forma que en la continuación de la audiencia, en primer lugar el imputado haga referencia a esos medios y se realice el debate que corresponda. Posteriormente, en el debate sobre la vinculación a proceso, la defensa estará en aptitud de exponer esos datos de prueba.

Dada la premura con la cual el imputado y su defensa tienen la carga de ofrecer y desahogar en la carpeta de investigación los medios de convicción que, en su momento, expondrá como datos de prueba ante el juez, es imperativo que el Ministerio Público actúe con buena fe y criterio flexible en cuanto a permitir la incorporación de tales medios en la carpeta. Asimismo, se estima que el imputado y su defensa tienen expedita la posibilidad de acudir ante el juez de control, durante el plazo constitucional, para exigir ese desahogo en la carpeta de investigación en caso de que la Fiscalía no permita la incorporación de los medios de convicción señalados a la carpeta de investigación. Para esto podría, incluso, celebrarse alguna audiencia dentro del plazo constitucional.

En cuanto a la posibilidad de ofrecer y desahogar medios de prueba en la continuación de la audiencia inicial, la reforma de junio de 2016 impuso dos límites al imputado y su defensa, a saber: a) eliminó el derecho a requerir el auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso que, según el texto anterior, tenía que realizarse con cuando menos con 48 horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia; y b) reservó dicho ofrecimiento y desahogo exclusivamente para el caso de delitos que ameriten la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra personal, aclarando que, además, el medio de prueba debe ser pertinente.

Respecto a la segunda limitación, es preciso realizar algunas aclaraciones. Según se ha visto, si el imputado se acoge al plazo constitucional de 72 o 144 h, en la misma audiencia se resuelve sobre las medidas cautelares. Por ende, para el momento de la

² Ese precepto agrega que los datos de pruebas son idóneos y pertinentes para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado; sin embargo, esto último sólo sería aplicable a los datos de prueba aportados para la orden de aprehensión o la vinculación a proceso, pero no para todos los casos en los cuales el código habla de datos de prueba, pues éstos también se exponen en relación con el control de la detención, las medidas cautelares e, incluso, en el procedimiento abreviado (artículos 201, fracción I, y 203, primer párrafo). Por esta razón, consideramos que la definición de dato de prueba que es aplicable a todos los momentos procesales en los que tiene aplicación, es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el Órgano jurisdiccional.

continuación de la audiencia, el juez de control ya sabe si ha impuesto o no la prisión preventiva o alguna otra medida cautelar de carácter personal.

Sin embargo, la literalidad del artículo 314 reformado deja muy abierta la posibilidad de ofrecer medios de prueba en la continuación de la audiencia inicial, al referir que serán admisibles no sólo cuando se imponga la prisión preventiva oficiosa, sino también otra medida cautelar de carácter personal. El artículo 155 refiere las medidas cautelares que se pueden imponer. Son reales aquellas que implican una carga patrimonial para el imputado y personales las que imponen cargas que refieren a su persona. Por esta razón, son reales las medidas cautelares consistentes en la exhibición de una garantía económica (fracción II); el embargo de bienes (fracción III); y la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero (fracción IV); pero el resto serían de carácter personal, porque su objeto son cargas relacionadas con la persona del imputado, tanto al implicarle obligaciones de hacer o no hacer (presentación periódica, las prohibiciones de las fracciones V, VII y VIII, la separación del domicilio, la suspensión temporal en el ejercicio del cargo y la suspensión de una determinada actividad profesional o laboral), como de tolerar (sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; la colocación de localizadores electrónicos; el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga y la prisión preventiva).

Empero, si consideramos que la mayor parte de las medidas cautelares que se pueden imponer son de carácter personal, ya sea por imponer al imputado obligaciones de hacer o no hacer (prohibiciones o mandatos de separación de domicilio) o de tolerar (las cuales recaen sobre su cuerpo), entonces prácticamente en todos los casos sería admisible el desahogo de medios de convicción en la continuación de la audiencia inicial, lo cual nos parece insostenible pues, por un lado, haría ociosa la reforma en cuestión y, por otro, deja sin sentido la posibilidad de desahogar medios en la carpeta de investigación durante el plazo constitucional.

Por esta razón, es nuestra opinión que por medida cautelar de carácter personal, el artículo 314 del Código entiende aquellas medidas cautelares que implican obligaciones de tolerar a cargo del imputado (prisión preventiva no oficiosa, colocación de localizadores electrónicos, el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, y el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada), así como a la separación inmediata del domicilio, pues éstas recaen no sólo sobre la actividad o conducta del imputado (hacer o no hacer), sino sobre su propio cuerpo y, en esa medida, sobre su personalidad misma. Es decir, implican una afectación mayor a su personalidad jurídica, al implicar un control y vigilancia sobre sus cuerpos (Foucault, 2009).

Lo anterior guarda congruencia con el hecho de que el imputado cuenta con la opción de desahogar medios de convicción en la carpeta de investigación durante el

plazo constitucional al cual se acogió, y con el hecho de que el artículo 314 refiere expresamente a la prisión preventiva oficiosa para justificar el desahogo de medios de prueba en la continuación de la prisión, y las medidas cautelares de tolerar son de similar naturaleza a dicha prisión oficiosa. También encuentra justificación en que esta limitación al desahogo de pruebas en la continuación de la audiencia inicial impide que ésta se convierta en un verdadero “minijuicio”, contrariando la naturaleza de la vinculación a proceso, donde sólo se realizan declaraciones provisorias con el grado de suposición razonable sobre la probabilidad de tipicidad.

Por tanto, el imputado y su defensa sólo podrán ofrecer medios de convicción en la continuación de la audiencia constitucional si el juez de control impuso como medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, la prisión preventiva no oficiosa, la colocación de localizadores electrónicos, el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada y la separación inmediata del domicilio. Sin que esto quebrante los derechos fundamentales de acceso a la justicia y defensa adecuada, por el legislador facultó al imputado a ofrecer esos medios directamente ante el Ministerio Público durante el plazo constitucional, para presentarlos después como datos de prueba en la continuación de la audiencia.

Expuesto lo anterior, podemos decir que el cuerpo legal en cita no prevé alguna otra prescripción sobre la posibilidad de desahogar medios probatorios en la audiencia inicial. Por ende, de la literalidad del artículo 314 parecería que únicamente se podrían ofrecer y desahogar medios de prueba cuando el imputado se acoja al plazo de 72 o de 144 para el pronunciamiento sobre la vinculación a proceso, si el juez de control impuso como medida cautelar alguna de las referidas en el párrafo inmediato anterior.

Sin embargo, lo cierto es que se está ante una laguna que, en nuestra opinión, debe colmarse en el sentido de permitir el ofrecimiento y desahogo de pruebas por parte del imputado y su defensa en relación con el control de la detención y, en su caso, respecto de las medidas cautelares, con las limitaciones propias de la celeridad que rodea a esas determinaciones (principios de justicia pronta y expedita) y la naturaleza de la cuestión que se resuelve en ellas.

Carlos Alchourrón (2003) define que se está frente a una laguna jurídica, cuando el legislador, en relación con una institución jurídica (sistema normativo) prevé un supuesto de hecho (universo de casos) y una consecuencia jurídica para él (obligación, prohibición, permisión de hacer o no hacer algo) (universo de soluciones), pero no prevé una consecuencia jurídica para todas las posibilidades lógicas derivadas del supuesto o de la institución si prevista.³

³ Ese autor dice: “Esta definición pone de manifiesto la estructura relacional del concepto de completitud

Como se ha visto, la audiencia inicial es el momento en el cual se puede resolver sobre la legalidad de la detención, la vinculación a proceso y las medidas cautelares. El legislador ha establecido que, ante el supuesto de hecho de que se solicite la vinculación a proceso y el imputado se acoja al plazo de 72 o de 144 horas para su resolución, le está permitido en algunos casos ofrecer medios de prueba para su desahogo, sobre lo que el juez deberá pronunciarse (admitiendo o desechando y, de ser el caso, desahogará el medio de prueba). Esto no abarca todas las posibilidades lógicas implícitas en el supuesto de hecho, pues en la audiencia inicial también se puede controvertir la detención y las medidas cautelares; por tanto, se está frente a una laguna, máxime que, en el supuesto de acogimiento al plazo, tanto la detención como las medidas cautelares se resuelven inmediatamente, sin dar posibilidad a que el imputado y su defensa ofrezcan medios de convicción para ser desahogados en la carpeta de investigación para posteriormente exponerse como dato de prueba, como sí sucede en el caso de la vinculación a proceso.

Para superar dicha laguna se debe atender a que el derecho a la defensa adecuada deriva tanto del derecho de acceso a la justicia y del derecho al debido proceso legal, razón por la cual en la interpretación y aplicación de aquél deben tomarse en cuenta los principios implicados por estos últimos. Asimismo, se ha de tomar en consideración que forma parte del derecho de defensa adecuada la posibilidad de que el imputado y su defensa ofrezcan medios de prueba en relación con puntos controvertibles que le afecten, con los límites que los propios principios implicados significan.

Si como se ha visto, la defensa adecuada implica el deber del Estado a permitir y facilitar una defensa material con efectos concretos, entre los que se encuentra la posibilidad real de ofrecer pruebas para sustentar la pretensión o la resistencia jurídicas respecto a cuestiones que afectan los derechos en cuestión, entonces no vemos oposición alguna a que la laguna expuesta sea colmada con reglas que permitan al imputado ofrecer y desahogar pruebas en la audiencia inicial en las fases de control de la detención y de debate sobre medidas cautelares, máxime que la primera necesariamente afecta la libertad del imputado y el segundo puede versar sobre medidas reales o personales (estas últimas vinculadas con la libertad en diversos grados).

Respecto del debate en medidas cautelares es aún más clara nuestra posición, si se toma en cuenta que el artículo 163 del Código Nacional dispone que en la audiencia de revisión, revocación, modificación o sustitución de medidas cautelares se permite

y de laguna: es una relación entre un conjunto de normas (un sistema normativo), un conjunto de circunstancias fácticas o casos posibles (un universo de casos) y un conjunto de respuestas o soluciones posibles (un universo de soluciones). Ello implica que todo análisis del problema de las lagunas requiere, como paso preliminar e ineludible, la determinación del ámbito o dominio de cada uno de los tres términos de la relación”.

el ofrecimiento y desahogo de pruebas sobre las condiciones objetivas que sustentan las medidas cautelares impuestas previamente y las que se pretendan imponer, de tal forma que si dichas condiciones son objeto de prueba en la audiencia de revisión, nada se opone a que sean también objeto de prueba en el debate respectivo dentro de la audiencia inicial.

Es preciso mencionar que esto no pugna con la posibilidad de que en relación con la vinculación a proceso, en el supuesto en el cual se acoja al plazo constitucional, se pueda admitir el desahogo de medios de prueba cuando se haya impuesto alguna medida cautelar que recaigan directamente sobre el cuerpo del imputado, pues lo cierto es que en la vinculación a proceso se dilucidan cuestiones vinculadas con el hecho previsto en la ley como delito, la probable intervención y la actualización de causas de extinción de la acción penal o excluyentes del delito (artículo 316), mas no con el riesgo prevalente respecto de la sustracción de la acción de la justicia, la obstaculización de la investigación y del proceso y el peligro para víctima, ofendido, testigos o la comunidad, que es lo que se analiza en la imposición de medidas cautelares.

Como primer punto, es importante referir que la forma de debatir sobre el ofrecimiento y desahogo de pruebas en las fases del control de detención y de medidas cautelares, seguirá las reglas expresamente previstas para la vinculación a proceso; es decir, las relativas a la audiencia de juicio. Por tanto, para el ofrecimiento y admisión será aplicable, principalmente, el artículo 346 del Código Nacional y para su desahogo, las previstas en los artículos 356 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Sin embargo, según se ha expuesto también, el hecho de que el derecho a la defensa adecuada derive tanto del derecho de acceso a la justicia como de debido proceso, implica que, por su propia estructura interna importe limitaciones que deben tomarse en cuenta, las cuales también se relacionan con la naturaleza del control de la detención y del debate de sobre medidas cautelares. A continuación abordaremos las condiciones y límites que esta facultad de ofrecer y desahogar pruebas tiene en relación, en primer lugar, con el control de detención y, después, con el debate sobre medidas cautelares:

A. La posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas en el control de detención

El artículo 16, párrafo séptimo, constitucional, dispone que “en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”, lo cual es desarrollado en el numeral 308 del Código Nacional, donde se dispone que “inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación”.

Por ende, en el caso de la detención el principio de justicia pronta adquiere una exigencia mayor en el caso del control de la detención, sin duda por su vinculación con el derecho a la libertad personal. Esto significa un límite tanto externo (por su relación con la libertad personal) como interno y estructural del propio derecho de defensa adecuada, en su aspecto de derecho a ofrecer y desahogar pruebas, pues este derecho deriva del derecho de acceso a la justicia y, por tanto, forma parte de él el principio de justicia pronta.

También es imperativo despojar a la audiencia inicial de las expectativas de “minijudio” que le rondan. La convalidación de la detención sólo implica directamente, en relación con la libertad personal, mantenerla durante el desarrollo de la audiencia, hasta que se emita el pronunciamiento sobre las medidas cautelares. La prisión preventiva debe ser la excepción. Por tanto, si la resolución sobre la detención no implica una afectación mayor para la libertad personal (la detención misma sí implica esa afectación), pues ésta deberá respetarse en lo máximo posible al resolver sobre las medidas cautelares; entonces, la libertad sobre ofrecimiento y desahogo de pruebas encuentra otra limitación.

Este deber de resolver inmediatamente sobre el control de la detención debe limitar el derecho de libertad probatoria y ha de incidir en la interpretación y aplicación del artículo 346 del Código Nacional, así como de las disposiciones sobre el desahogo de pruebas.

De esta forma, dada la premura con que debe resolverse el control de la detención y que la audiencia inicial no puede confundirse con la de juicio, llevan a que el análisis sobre la pertinencia, necesidad, sobreabundancia y licitud del medio de prueba ofrecido sea más estricto que el que se realiza en la audiencia intermedia. En otras palabras, en relación con el control de la detención se pueden desechar pruebas que en la audiencia intermedia serían pertinentes, necesarias y no sobreabundantes.

La prudencia del juzgador y de los órganos revisores es de esencial importancia en este aspecto. Nada se gana con prohibir el ofrecimiento de medios probatorios en esta oportunidad ni tampoco con forzar su desahogo, cuando lo que en esta etapa está en juego es sólo mantener la detención hasta el momento en que se analicen las medidas cautelares. Se considera que, en general, habrán pocos méritos para reponer la audiencia inicial por no desahogar alguna prueba pertinente y necesaria, cuando esa cuestión puede volverse a analizar en vinculación a proceso o en otro momento del proceso penal y, de hecho, la convalidación de la detención sólo lleva a mantenerla hasta ser sustituida por el pronunciamiento sobre medidas cautelares. Incluso puede sostenerse el sobreseimiento en el amparo por cambio de situación jurídica, por virtud de la imposición de medidas cautelares.

Entonces, la decisión del juez de control de admitir y desahogar el medio de prueba desde el control de detención debe estar en función de la alta probabilidad que observe prudentemente en el sentido de desvirtuar la versión de la detención expuesta

por la fiscalía. Es decir, es posible que el ofrecimiento del medio de prueba se realice antes de que la fiscalía exponga su posición sobre la detención, como después de que lo haya hecho, en el entendido de que el juzgador, con base en la inmediatez con que debe resolver sobre el particular, puede desechar de plano la prueba ofrecida.

B. La posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas en las medidas cautelares

Como se ha visto, las medidas cautelares pueden discutirse antes o después del pronunciamiento sobre la vinculación a proceso. También hemos dicho que las medidas cautelares sólo excepcionalmente deben afectar en grado sumo la personalidad jurídica y la libertad (prisión preventiva). Igualmente observamos que la libertad personal es un elemento que incide externamente como límite o promoción del derecho a ofrecer pruebas. Como límite interno se encuentra el hecho de que este derecho de ofrecer pruebas deriva tanto del derecho de acceso a la justicia, como al debido proceso.

Otra circunstancia que se debe tomar en cuenta es que las medidas cautelares también pueden tener como finalidad garantizar el deber de respetar la seguridad de la víctima (a la par de neutralizar el riesgo de sustracción de la justicia, procurar el éxito de la investigación y la seguridad de testigos y de la comunidad, según los artículos 19 constitucional y 153 del Código Nacional). Es decir, en el debate sobre las medidas cautelares pueden estar implicados no sólo los derechos fundamentales del imputado, sino también de la víctima, de tal forma que ésta también tiene derecho a ofrecer pruebas sobre este particular en la audiencia inicial.

Entonces, si el debate sobre las medidas cautelares se da antes de la vinculación a proceso y se está ante supuestos de prisión preventiva oficiosa o en los cuales el Ministerio Público solicitará la prisión preventiva (v. gr. delitos en materia de hidrocarburos u otros en los que se esté ante el posible máximo nivel de cautela), la aplicación e interpretación del artículo 346 será menos estricta, tanto a favor del imputado como de la víctima u ofendido. Debe recordarse que la audiencia inicial no puede adquirir en la práctica caracteres propios a los de la audiencia de juicio, por lo cual la aplicación e interpretación del artículo 346 del Código Nacional, así como de las reglas de desahogo propias de la audiencia de juicio, debe ser más estrictas.

Si al debate sobre medidas cautelares precedió la vinculación a proceso, entonces no tendrá caso el ofrecimiento de pruebas para desvirtuar la prisión preventiva oficiosa, pues ésta será consecuencia necesaria del delito por el cual se dictó la vinculación a proceso. Si precede la vinculación a proceso al debate sobre medidas cautelares, la pertinencia del medio de prueba se limitará a los demás niveles de cautela. Por ende, cuanto mayor sea el riesgo de imponer la prisión preventiva, menos estricto y similar al de la audiencia intermedia será el análisis de pertinencia del medio de prueba y cuanto menor sea la posibilidad de imponer la prisión preventiva, más estricta será la interpretación y aplicación del artículo 346 del Código Nacional.

4. Conclusiones

El derecho a ofrecer y desahogar medios de prueba forma parte del derecho de defensa adecuada, el cual deriva, a su vez, del derecho de acceso a la justicia y del derecho al debido proceso. Por esta razón, debe ser respetado, protegido, garantizado y promovido por todas las autoridades del país, particularmente por los jueces de control. Asimismo, precisamente al derivar de dichos derechos, encuentra límites internos o estructurales relativos al concepto mismo de estos derechos y al propio concepto del derecho a ofrecer y desahogar medios de prueba.

En relación con la vinculación a proceso, el imputado y su defensa sólo podrán ofrecer medios de convicción en la continuación de la audiencia constitucional (si se acogió al plazo constitucional), si el juez de control impuso como medida cautelar la prisión preventiva oficiosa, la prisión preventiva no oficiosa, la colocación de localizadores electrónicos, el resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, el sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada y la separación inmediata del domicilio. Sin que esto quebrante los derechos fundamentales de acceso a la justicia y defensa adecuada, el legislador facultó al imputado a ofrecer esos medios directamente ante el Ministerio Público durante el plazo constitucional, para presentarlos después como datos de prueba en la continuación de la audiencia.

El Código Nacional presenta lagunas jurídicas en relación con la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas en la audiencia inicial respecto del control de la detención y del debate sobre medidas cautelares. Se propone colmar esa laguna en el sentido de que sí se puede ejercer ese derecho fundamental en esas fases de la audiencia inicial.

La interpretación y aplicación del artículo 346 del Código Nacional y de las reglas de desahogo propias de la audiencia de juicio deben ser más estrictas en la audiencia inicial.

La decisión del juez de control de admitir y desahogar el medio de prueba desde el control de detención debe estar en función de la alta probabilidad que observe prudentemente en el sentido de desvirtuar la versión de la detención expuesta por la fiscalía.

Por otro lado, si el debate sobre las medidas cautelares se da antes de la vinculación a proceso y se está ante supuestos de prisión preventiva oficiosa o en los cuales el Ministerio Público solicitará la prisión preventiva, la aplicación e interpretación del artículo 346 será menos estricta, tanto a favor del imputado como de la víctima u ofendido. Debe recordarse que la audiencia inicial no puede adquirir en la práctica caracteres propios a los de la audiencia de juicio, por lo que la aplicación e interpretación del artículo 346 del Código Nacional, así como de las reglas de desahogo propias de la audiencia de juicio debe ser más estrictas.

Si al debate sobre medidas cautelares precedió la vinculación a proceso, entonces no tendrá caso el ofrecimiento de pruebas para desvirtuar la prisión preventiva oficiosa, pues ésta será consecuencia necesaria del delito por el cual se dictó la vinculación a proceso. Si precede la vinculación a proceso al debate sobre medidas cautelares, la pertinencia del medio de prueba se limitará a los demás niveles de cautela sobre los riesgos de sustracción, obstaculización de la investigación y peligro para víctima, ofendidos, testigos o comunidad. Por ende, cuanto mayor sea el riesgo de imponer la prisión preventiva, menos estricto y similar al de la audiencia intermedia será el análisis de pertinencia del medio de prueba y cuanto menor sea la posibilidad de imponer la prisión preventiva, más estricta será la interpretación y aplicación del artículo 346 del Código Nacional.

III. *Cuestiones competenciales en la audiencia inicial*

1. *Contenido y posición sistemática de la audiencia inicial en el proceso penal acusatorio y oral*

De acuerdo con el artículo 211 del Código Nacional, el procedimiento penal comprende tres etapas. La primera corresponde a la investigación, la cual tiene, a su vez, dos fases: la inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela o requisito equivalente y concluye con la puesta a disposición del imputado ante el juez de control, y la complementaria, que inicia con la formulación de imputación y termina con el cierre de la investigación. La segunda etapa es la intermedia, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio. Por último, la etapa de juicio parte de la recepción del auto de apertura a juicio y culmina con la sentencia del tribunal de enjuiciamiento.

Entre la investigación inicial y la complementaria tiene verificativo la audiencia inicial, con la cual comienza el proceso penal. La investigación no se interrumpe durante el tiempo que se desarrolla la audiencia inicial. La acción penal se ejerce mediante la solicitud de citatorio para audiencia inicial, la puesta a disposición del detenido ante el juez de control o cuando se solicita orden de aprehensión o de comparecencia.

Hay diversas formas de desarrollo de la audiencia inicial, sea que incluya al detenido o no y que el imputado se acoja o no al plazo constitucional para resolver su situación jurídica (Código Nacional de Procedimientos Penales y Quibrera, 2014):

1. Con detenido. Después de resolver sobre la legalidad de la detención, la primera hipótesis implica que imputado decida que la vinculación a proceso se resuelva en la misma audiencia, es decir, no se acoja al plazo cons-

titucional. En ese supuesto, tras fijar la fecha para la continuación de la audiencia, tras resolver la vinculación a proceso, el Ministerio Público o la víctima u ofendido podrán solicitar medidas cautelares, para posteriormente proceder al debate sobre el plazo de cierre de investigación.

2. Con detenido. La segunda hipótesis implica que el imputado se acoja al plazo constitucional, con lo cual, después de fijar la fecha y hora para la continuación de la audiencia, se puede abrir el debate de medidas cautelares y resolución. Llegado el día de la continuación, se debate en primer lugar sobre los datos de prueba que haya ofrecido el imputado en sede ministerial durante el plazo referido y si se impuso una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa u otra de carácter personal (en otro artículo de este libro se expone que por éstas se entienden las de separación del domicilio, el arraigo, los dispositivos electrónicos de localización y la prisión preventiva no oficiosa), se podrá debatir la admisibilidad de medios de prueba. Hecho el desahogo, se debate sobre la vinculación, resuelta la cual se trata sobre el plazo de cierre de investigación.
3. Los supuestos de la audiencia sin detenido son similares a los anteriores, salvo porque comienzan con la formulación de imputación.

Se considera idóneo hacer un estudio comparado sobre la audiencia inicial en relación con los sistemas jurídicos de Colombia y Chile, para enfatizar el carácter garantista del auto de vinculación a proceso y sustentar que éste es el momento en el cual el juez de control puede contar con información suficiente para pronunciarse sobre el sustento con el cual emite las resoluciones urgentes (sin perjuicio de que, si se cuenta con suficientes datos previamente, el pronunciamiento respectivo pueda ser en otro momento, principalmente —pero no solamente— cuando se trata de incompetencia en razón del inicio de vigencia del CNPP y en el caso de la delincuencia organizada).

En cuanto al sistema colombiano, mediante el acto legislativo número 03 de 2002, se introdujeron los principales caracteres del sistema penal acusatorio en ese país, los cuales fueron desarrollados en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004). Conforme a esa reforma constitucional, aunque la persecución penal sigue siendo una obligación para la Fiscalía General de la Nación, se introdujo la posibilidad de suspender, interrumpir o renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, cuando así lo permitan circunstancias de política criminal, de conformidad con las causales previstas en el artículo 324 del Código de procedimiento Penal; y se instauró la figura del juez de control (Avella, 2007).

Las fases del proceso penal colombiano son: la indagación, la investigación y el juicio. La indagación comienza con la noticia criminal y termina con la formulación de la imputación, con la que se da lugar a la investigación propiamente dicha, la cual

concluye con la presentación del escrito de acusación, momento en que inicia la etapa de juicio (Avella, 2007).

Sobre la naturaleza jurídica de la fase de investigación (la cual comprende la indagación, como etapa preprocesal), la Corte Constitucional colombiana, en la sentencia C-1194 de 2005, consideró que “La fiscalía, en una primera fase de indagaciones, determina la ocurrencia de los hechos y delimita los aspectos generales del presunto ilícito. Dado que los acontecimientos fácticos no siempre son fácilmente verificables y que las circunstancias que los determinan pueden hacer confusa la identificación de su ilicitud, el fin de la indagación a cargo de la Fiscalía, y de las autoridades de policía judicial, es definir los contornos jurídicos del suceso que va a ser objeto de investigación y juicio. La fase de indagación es reservada y se caracteriza por una alta incertidumbre probatoria, despejada apenas por los datos que arroja la *notitia criminis*” (Avella, 2007).

Entonces, la indagación tiene por objeto la obtención de medios de convicción (elementos materiales de prueba, evidencia física o información legalmente obtenida), con base en los cuales sustentar una “inferencia en nivel de motivos razonablemente fundados respecto de la existencia de la conducta punible como de la autoría y participación, estadio en el cual lo procedente es la formulación de la imputación, en los términos de los artículos 287 y 288 de la Ley 906 de 2004” (Avella, 2007:64-65). En relación con esto, la Corte Constitucional colombiana explicó en la sentencia C-1154 de 2005: “En efecto, durante la etapa preprocesal de indagación, al igual que en el curso de la investigación, no se practican realmente ‘pruebas’, salvo las anticipadas de manera excepcional, sino que se recaudan, tanto por la fiscalía como por el indiciado o imputado, elementos materiales probatorios, evidencia física e información, tales como las huellas, los rastros, las armas, los efectos provenientes del delito, y los mensajes de datos, entre otros” (Avella, 2007: 66). Es decir, se trata de un estándar similar al que en México se requiere para vincular a proceso, aunque sin la garantía que éste implica para verificar el cumplimiento de tal parámetro.

Así, el momento procesal que distingue la indagación de la investigación es la audiencia de imputación. La fiscalía “formula imputación cuando de los resultados de la indagación pueda inferir razonablemente la existencia del delito y que el indiciado es su autor o participe” (Avella, 2007:69). En dicha audiencia debe solicitar al juez de control las medidas cautelares o, en su caso, la declaratoria de ausencia o la contumacia (Avella, 2007:69). Así, la formulación de imputación es “el acto que concreta la vinculación al proceso es la formulación de imputación” (Avella, 2007:70).

La formulación de imputación se da en una audiencia preliminar, en la cual el fiscal, en presencia del juez de control, formula la imputación tal como lo establecen los artículos 154, 288 y ss. de la Ley 906 de 2004 (Avella, 2007:70).

El tribunal constitucional colombiano, en la sentencia C-303/13 de 22 de mayo de 2013, determinó la constitucionalidad del artículo 286 del Código de Procedimientos

Penales, pues el hecho de que conforme a él la formulación de imputación implique solamente la comunicación de los hechos atribuidos (es decir, sin garantía ulterior sobre el cumplimiento del estándar correspondiente) no limita el derecho de defensa de los “presuntos infractores”, en tanto la solución legislativa garantiza el derecho de defensa, al menos por tres razones: (i) en primer lugar, porque se diseñó un momento procesal específico, dotado de todas las garantías procedimentales e institucionales, para informar al imputado sobre la existencia de un procedimiento penal en su contra; por ende, lejos de limitar el derecho de defensa, lo hace posible; (ii) la ley previó un escenario específico para delimitar el alcance de la controversia jurídica, es decir, para que el Estado informe al particular sobre los hechos considerados relevantes y la calificación jurídica provisional de las conductas, y para que el imputado tenga claridad sobre la materia sobre la cual recaerá la actividad procesal del ente acusador; como esta delimitación es fundamental para ejercer la defensa, esta audiencia informativa materializa el derecho de defensa; (iii) aunque en esta audiencia el imputado no puede controvertir ni modificar los términos de la imputación, tiene la posibilidad de hacerlo durante todo el procedimiento penal; es decir, la defensa material no se ejerce en dicha audiencia, sino justamente a partir de ella.

De esta manera, en el sistema colombiano la formulación de imputación es la garantía de la defensa que, a partir de ese momento, materialmente se ejecutará; en otras palabras, es una garantía primaria, respecto de la cual no hay una garantía secundaria que verifique el cumplimiento del estándar probatorio correspondiente a la formulación de imputación.

Algo similar sucede en el sistema procesal penal chileno, en el cual la formulación de imputación es el momento en el cual se formaliza la investigación. De acuerdo con el artículo 229 del Código de Procedimientos Penales, la formalización de la investigación es precisamente “la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que se desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados” (Horvitz, 2004).

Según Horvitz y López Masle, la formulación de imputación “cumple una función esencialmente garantista, la cual es la de informar al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico-penal que se dirige en su contra. Con anterioridad a la reforma esta función la cumplía el auto de procesamiento, sólo que —sustancial diferencia— a dicha decisión de carácter jurisdiccional iban asociadas consecuencias o efectos extremadamente graves para los derechos del imputado, como la prisión preventiva, el arraigo de pleno derecho, la respectiva anotación prontuarial y estrictiones al ejercicio de ciertos derechos” (Horvitz, 2004), lo cual no sucede en la formalización de la investigación, pues en éstas las medidas cautelares no se imponen automáticamente.

En el sistema chileno, la formalización de la investigación (formulación de imputación) es una actuación unilateral del Ministerio Público, que no puede ser impug-

nada ni dejada sin efecto por el juez, aunque el imputado cuenta con la facultad de reclamarla ante las autoridades del Ministerio Público mediante el procedimiento de reclamación por formalización arbitraria, regulado en el artículo 232 del Código de Procedimientos Penales (Horvitz, 2004).

Observamos ahora que en el sistema chileno existe una garantía secundaria y ulterior a la formalización de imputación, la cual, empero, no es judicial sino ministerial. Esto es, no tiene el alcance más amplio y garantista de la vinculación a proceso mexicana, para la cual incluso se puede desahogar medios de prueba en audiencia conforme a las reglas aplicables para la audiencia de juicio.

Con base en este estudio comparado, podemos concluir el carácter garantista de la vinculación a proceso y, dado su contenido, los datos de prueba referidos y los medios de convicción en su caso desahogados para el efecto, permiten al juzgador contar con mayores elementos para determinar lo conducente sobre la competencia.

Además, es importante observar que el artículo 29 del Código Nacional establece que el juez no puede declinar la competencia sin antes haberse pronunciado sobre las resoluciones urgentes sobre el control de detención, la vinculación a proceso y las medidas cautelares, de tal forma que, si en la segunda es cuando se cuenta con mayores elementos para resolver sobre el particular, se estima que la vinculación a proceso es el momento idóneo para la determinación sobre la competencia y, en su caso, la posterior declinación (sin perjuicio de que el juez previamente solicite información respectiva al Ministerio Público para el pronunciamiento respectivo).

2. La regulación de la competencia en el CNPP en relación con la audiencia inicial

El artículo 20 del Código Nacional establece las siguientes hipótesis de competencia:

A. Por fuero

a) Corresponden al conocimiento de tribunales locales o estatales:

a.1) Los hechos punibles cometidos dentro de las circunscripción judicial en la que ejerzan jurisdicción, de acuerdo con la distribución y las disposiciones establecidas por su Ley Orgánica, o en su defecto, conforme a los acuerdos expedidos por el Consejo (fracción I).

a.2) Los delitos del orden federal respecto de los cuales haya competencia concurrente. La fracción III del artículo 20 ordena que si el hecho punible es del orden federal, pero exista competencia concurrente, “deberán conocer los órganos jurisdiccionales del fuero común, en los términos que dispongan las leyes”.

Sobre este aspecto es muy importante precisar lo siguiente. El artículo cuarto transitorio del Código Nacional prevé la derogación tácita de todas las normas que se le opongan, con excepción de las leyes relativas a la jurisdicción militar y la Ley

Federal contra la Delincuencia Organizada. Por tanto, todas las leyes que establezcan competencia concurrente de delitos federal y regulen dicha concurrencia con base en normas opuestas a las de la fracción III del numeral 20 del Código Nacional, se entienden como derogadas tácitamente.

Esto se apoya también en el proceso legislativo que dio origen al Código Nacional. En el dictamen de las Comisiones Unidas de Justicia y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores se expuso que “el proyecto nacional planteado mediante el presente dictamen obliga al legislador a realizar una armonización de criterios competenciales y jurisdiccionales que regirán los procedimientos en el orden federal y local”, lo cual, desde nuestra perspectiva, pasa por el hecho de establecer en un solo ordenamiento las reglas de competencia concurrente que previamente se encontraban dispersas en distintas leyes.

Ejemplificativamente podemos aludir a las normas de concurrencia previstas en la Ley General de Salud. Dicha legislación establece en su artículo 474 que en los delitos contra la salud en la modalidad de narcomenudeo (esto es, respecto de los narcóticos y cantidades que no excedan de multiplicar por mil las previstos en la tabla del artículo 479), las autoridades de seguridad pública, procuración e impartición de justicia, así como de ejecución de sanciones de las entidades federativas, conocerán y resolverán los delitos o ejecutarán las sanciones y medidas de seguridad.

Sin embargo, reserva a la autoridad federal el conocimiento de los casos en que se trate de delincuencia organizada, el narcótico no se encuentre en la citada tabla o su cantidad sea igual o mayor a la multiplicación referida, o con independencia de dicha cantidad, el Ministerio Público prevenga en el conocimiento del asunto o solicite al Ministerio Público local la remisión de la investigación. Si el Ministerio Público federal conoce de los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, podrá remitir al Ministerio Público de las entidades federativas la investigación para que continúe su conocimiento, con la condición de que los narcóticos estén previstos en la tabla, la cantidad de que se trate sea inferior a la que resulte de multiplicar por mil el monto de las previstas en dicha tabla y no se trate de casos de la delincuencia organizada.

Desde nuestra perspectiva, los supuestos de concurrencia previstos en la Ley General de Salud relacionados con la delincuencia organizada no pugnan con el Código Nacional, pues éste mantiene la vigencia de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada aun en las porciones que lo contravengan. Sin embargo, en el resto de los supuestos de concurrencia sí existe contradicción entre la ley general y el código citados.

Esto es así, pues mientras el Código Nacional es categórico y contundente que en los delitos federales respecto de los cuales haya competencia concurrente “deberán conocer los órganos jurisdiccionales del fuero común”; la Ley General de Salud establece que corresponderá a la federación cuando prevenga el Ministerio Público

Federal, o éste solicite la remisión de la investigación. Por esta razón, consideramos que en los delitos contra la salud en la modalidad de narcomenudeo, son competentes, por regla general, los tribunales del fuero común, sin que sigan siendo aplicables las disposiciones de la Ley General de Salud respecto de la posibilidad de que el Ministerio Público Federal solicite la remisión de la investigación o prevenga en su conocimiento.

No es óbice que el artículo 20, fracción III, del Código Nacional concluya con la frase “en los términos que dispongan las leyes”, porque, en primer lugar, se trata de un complemento circunstancial de modo del predicado “deberán conocer los órganos jurisdiccionales del fuero común”, es decir, se refiere a la forma en que los órganos locales deben conocer esa clase de delitos. En segundo lugar, para que “en los términos que dispongan las leyes” pudiera referirse a la aplicación de las reglas de concurrencia de las leyes respectivas, el objeto directo de dicho predicado debía incluir también a los órganos federales, pero sólo incluye a los locales. Es decir, el objeto directo del predicado en cuestión es solamente “los órganos jurisdiccionales del fuero común”: de haberse pretendido aplicar las reglas de concurrencia de las leyes especiales se hubiera necesitado incluir a los órganos jurisdiccionales federales, pues éstos están igualmente implicados en esa concurrencia en tales leyes. Entonces, “en los términos que dispongan las leyes” se debe interpretar en el sentido de que los órganos locales deben conocer los delitos federales respecto de los cuales existe competencia concurrente, de acuerdo con la tipificación y reglas previstas en las leyes aplicables (leyes especiales y Código Penal Federal).

b) Son competencia de los tribunales federales:

b.1) Los hechos punibles del orden federal. La fracción II del numeral en cuestión no los define, por lo que se debe acudir a lo estatuido en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

b.2) Los delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales si el Ministerio Público Federal lo considere conveniente. La fracción IV del artículo 20 establece dos condiciones para actualizar esta hipótesis de competencia: la consideración de conveniencia por parte del Ministerio Público y la conexidad. Esta última está definida en el artículo 30 del Código Nacional. Es decir, para que un órgano jurisdiccional Federal pueda conocer los delitos del fuero común deben cumplirse los dos supuestos.

En relación con el primer requisito, se estima que no basta una consideración de conveniencia reservada al fuero interno de la Fiscalía Federal, sino que debe ser expuesta fundada y motivadamente al órgano jurisdiccional, en la medida de que se trata de una excepción a lo dispuesto al principio federal previsto en el artículo 124 constitucional. De esta forma, si el juez considera insuficiente dicha motivación de conveniencia, es nuestra opinión que deberá declinar la competencia.

Esto se estima porque conforme a ese precepto las facultades no expresamente concedidas a la federación se consideran otorgadas a los estados, de tal forma que por regla general debe considerarse la competencia estadual y, por excepción, la federal. Por tanto, la competencia por conexidad prevista en el numeral 73, fracción XXI, inciso c), segundo párrafo, de la Norma Suprema, así como su desarrollo legal en el artículo 20, fracción IV, y 30 del Código Nacional, son de interpretación y aplicación estricta, de lo cual deriva la necesidad de que la autoridad ministerial funde y motive ante el juez federal la causa de conveniencia.

Como se puede ver, se trata de un supuesto de competencia excepcional (1a./J. 99/2013 y 1a./J. 100/2013). Sobre una hipótesis diversa de competencia excepcional, a saber, la relacionada con la competencia por cuestiones de seguridad contemplada en el Código Federal de Procedimientos Penales (también prevista en el Código Nacional), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció la necesidad de que el Ministerio Público sustente razonadamente y acredite tal competencia excepcional de excepción, de tal forma que el juez de distrito puede declinar la competencia para conocer del asunto si los motivos que la justificaron no persisten o se desvirtúan (1a./J. 2/2016 y /J. 3/2016). Esto refuerza nuestra interpretación sobre la necesidad de que el Ministerio Público sustente la conveniencia referida en el artículo 20, fracción IV, del Código Nacional.

En cuanto al segundo requisito, el artículo 30 del Código Nacional “[s]e entenderá que existe conexidad de delitos cuando se hayan cometido simultáneamente por varias personas reunidas, o por varias personas en diversos tiempos y lugares en virtud de concierto entre ellas, o para procurarse los medios para cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo o para asegurar la impunidad.”

La Primera Sala del Alto Tribunal, en la jurisprudencia 1ª./J. 39/97, registro 197381, de rubro: “COMPETENCIA DE UN JUEZ DE DISTRITO EN CONCURSO DE DELITOS PERTENECIENTES AL FUERO FEDERAL Y AL COMÚN”, y en la tesis 1ª. XLVI/95, registro 200441, intitulada “CONEXIDAD. INEXISTENCIA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN III, DEL ARTÍCULO 475 DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES. EN EL CASO DEL DELITO DE ROBO Y PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO SIN LICENCIA COMETIDO CON POSTERIORIDAD”, interpretó un dispositivo de contenido prácticamente idéntico al de la porción citada del artículo 30 del Código Nacional, razón por la cual las consideraciones de esos criterios son aplicables al caso por identidad jurídica sustancial.

Conforme a esos criterios, para actualizarse la conexidad deben establecerse dos criterios objetivos y uno subjetivo. Los objetivos consisten en: 1. Que los delitos locales y federales se hayan cometido simultáneamente por varias personas y; 2. Los delitos locales y federales se hayan cometido por varias personas en diversos tiempos y lugares en virtud de concierto entre ellas. El tercer requisito es de carácter subjetivo, al señalar la ley que el delito conexo debe cometerse “para”, es decir, que al perpetrar-

se, el activo o activos deben tener conciencia plena de que es un medio para cometer otro, facilitar su ejecución, consumarlo o asegurar la impunidad y con ese propósito lo cometan.

De esta forma, en la audiencia inicial, preferentemente en el momento de solicitarse la vinculación a proceso (instante en el que, según se expuso en el primer capítulo de este trabajo, existen mejores condiciones para resolver la cuestión), el Ministerio Público Federal deberá justificar fundada y motivadamente, incluso exponiendo datos de prueba, la conveniencia de la competencia excepcional en comento, así como la actualización de alguno de los supuestos objetivos y subjetivo de la conexidad. Esto, en el entendido de que aun cuando se acreditaran las hipótesis de conexidad cabría la declinación si el Ministerio Público no justifica la conveniencia.

B. Por territorio

- a. Si el hecho punible se comete en los límites de dos circunscripciones judiciales, será competente el órgano jurisdiccional del fuero común o federal, según sea el caso, que haya prevenido en el conocimiento de la causa (fracción V).
- b. Si el lugar de comisión del hecho punible se desconoce, será competente el órgano jurisdiccional del fuero común o federal, según sea el caso, de la circunscripción judicial dentro de cuyo territorio haya sido detenido el imputado, a menos que haya prevenido el órgano jurisdiccional de la circunscripción judicial donde resida. Si posteriormente se descubre el lugar de comisión del hecho punible, continuará la causa el órgano jurisdiccional de este último lugar (fracción VI).
- c. Cuando el hecho punible haya iniciado su ejecución en un lugar y consumado en otro, el conocimiento corresponderá al órgano jurisdiccional de cualquiera de los dos lugares (fracción VII).
- d. Si el hecho punible haya comenzado su ejecución o sea cometido en territorio extranjero y se siga cometiendo o produzca sus efectos en territorio nacional, en términos de la legislación aplicable, será competencia del órgano jurisdiccional federal.

3. La declinación de competencia en la audiencia inicial

El artículo 29 del Código Nacional prohíbe a los jueces declinar competencia antes de resolver las cuestiones urgentes, a saber, las providencias precautorias y, si existe detenido, el control de la detención, la formulación de imputación, la vinculación a proceso y la imposición de medidas cautelares.

El primer punto es que el juez puede declinar la competencia o promover la inhibitoria si la audiencia inicial se solicita sin detenido, sin tener que desahogar la

formulación de imputación, resolver la vinculación a proceso ni imponer medidas cautelares. Sin embargo, es importante establecer que, por lo menos para el caso de la declinación, la sola petición de audiencia sin detenido no suele comprender información suficiente para pronunciarse sobre la competencia, razón por la cual no será infrecuente que sea hasta la formulación de imputación y, más claramente, al exponer los méritos de la vinculación a proceso, cuando se esté en mejor posición de pronunciarse sobre el particular, como se ha expuesto en el primer capítulo de este trabajo.

Otra cuestión se relaciona con la forma de declinar competencia. Si se trata de una audiencia inicial con detenido y se dicta auto de vinculación a proceso, donde se determine la incompetencia, entonces se seguirá el procedimiento previsto en los artículos 27 y 29, segundo párrafo, del Código Nacional, esto es, remitir los registros correspondientes al juez que considere competente y, en su caso, poner a su disposición al imputado.

En este supuesto, si el juzgado a favor de quien se declina rechaza la competencia, devolverá los registros al declinante. Si éste insiste en declinar, entonces surge el conflicto de competencia, el cual debe ser resuelto por el órgano jurisdiccional competente, que, para el caso federal, es el Tribunal Unitario de Circuito correspondiente (artículo 29, tercer párrafo).

Sin embargo, es distinto el panorama si, con base en la competencia por urgencia, se dicta auto de no vinculación a proceso y, a la par, se decide que no existe competencia para conocer del asunto. Desde nuestra perspectiva, si la no vinculación a proceso no implica el sobreseimiento de la causa, entonces debe devolverse el asunto a la autoridad ministerial competente, la cual, en caso de contar con mayores elementos, podrá posteriormente solicitar formulación de imputación ante el juez competente.

Esto es así porque el artículo 319 del Código Nacional determina que si se niega la vinculación a proceso, se ordenará la libertad del imputado, se revocarán las providencias precautorias y las medidas cautelares anticipadas decretadas. Asimismo, prescribe que si la negativa de vinculación no implica el sobreseimiento, entonces el Ministerio Público está en aptitud de continuar la investigación y posteriormente formular imputación. Es decir, este precepto implica que, ante la negativa de la vinculación, el asunto debe volver a la investigación inicial, sin que exista necesidad alguna para que algún órgano jurisdiccional alguno siga conociendo del caso, pues esto sólo ocurriría si al continuar la investigación el Ministerio Público estima cumplidos los requisitos legales para solicitar nueva audiencia de formulación de imputación.

Consideramos esto por tres razones:

- a) El artículo 319 es la norma especial en este caso. Mientras los artículos 27 y 29 se refieren a todos los supuestos en que puede proceder la declinación de competencia en la audiencia inicial, e incluso en el procedimiento; el artículo

- 319 se refiere solamente al caso en que se niegue la vinculación. Por ende, si este último obliga a devolver el asunto al Ministerio Público, debe privar como norma especial.
- b) Ante la negativa de vinculación no existe necesidad jurídica alguna de que el asunto deba volver a ser conocido por órgano jurisdiccional alguno. Esto sólo ocurriría si, continuada la investigación, se obtienen nuevos datos para sustentar la formulación de otra imputación ante el juez competente. Mientras esto no ocurra, no tiene sentido distraer la atención de otro órgano jurisdiccional sobre la declinación de competencia de un asunto cuyo proceso penal no puede continuar, precisamente por la negativa de vinculación.
 - c) Esta interpretación no impide que, en su caso, pudiera surgir un conflicto competencial. Si el Ministerio Público solicita formulación de imputación sin detenido ante el juez que se considere competente por virtud de la declinación realizada por el órgano jurisdiccional que negó la vinculación en un primer momento, aquel juzgador está en aptitud de rechazar la competencia, incluso sin desahogar la formulación de imputación, la vinculación y las medidas cautelares (pues no hay detenido) y devolver los autos a quien declinó la competencia cuando negó la vinculación. Este último podría insistir en declinar y, por ende, se sustanciaría el conflicto competencial.

4. La competencia en la audiencia inicial en el caso del paso del sistema penal mixto al sistema penal acusatorio

El artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 ordena:

“Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo 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, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto”.

De la literalidad del artículo citado se aprecia que el órgano reformador de la Constitución estableció como único parámetro para determinar qué sistema de justicia penal sería aplicable a un caso concreto por razón de tiempo, el consistente en el momento en que inicie el procedimiento penal respectivo.

Esto tiene sustento, además, en una interpretación teleológica (argumento psicológico Ezquiaga 1987: 183) derivada del proceso de reforma constitucional, del cual se obtiene que la intención del órgano reformador de la Constitución (a la cual se debe subordinar la intención del legislador secundario y, por ende, debe guiar la interpretación y aplicación que realice el juzgador de las disposiciones legales relativas).

En los dictámenes de las comisiones unidas de puntos constitucionales y de justicia de la Cámara de Diputados (que fungió como Cámara de Origen en el proceso de reforma constitucional), de 11 de diciembre de 2007, así como en el dictamen de la Cámara de Senadores (revisora) de 13 de diciembre de 2007, se expuso lo siguiente:

[...] e) El punto de partida para la aplicación del nuevo sistema acusatorio es un aspecto crucial en la reforma que ahora nos ocupa, ya que consiste en definir a partir de qué momento se aplicará el nuevo régimen. Al respecto, las experiencias internacionales en esta misma materia dan cuenta de que no es aconsejable aplicar el nuevo sistema a procedimientos penales en curso. En efecto, lo óptimo en este tipo de medidas es empezar con un factor cero, es decir, que la reforma sólo sea aplicable a los procedimientos iniciados una vez que entró en vigor el mencionado sistema. Esta aclaración, prevista en el transitorio cuarto, es además sin duda necesaria, para evitar a toda costa que los inculpados sujetos a proceso obtengan la aplicación en su favor de reglas posteriores que consideren más benéficas, previstas en el nuevo sistema. Dicho de otra manera, el éxito de la reforma implica hacer una excepción al principio de retroactividad, en beneficio, en materia penal [...]"

Se aprecia, entonces, que tanto el texto literal del artículo transitorio como la intención del órgano reformador de la Constitución son claros en establecer que sólo será aplicable el nuevo sistema penal acusatorio y oral para los procedimientos iniciados una vez que entre en vigor. Por ende, el único parámetro para determinar en razón de tiempo qué sistema debe regir un asunto penal es el del momento en el cual inicie el procedimiento penal.

Esto atendió a que como valoró el órgano reformador constitucional con base en las experiencias internacionales en esta misma materia no es aconsejable aplicar el nuevo sistema a procedimientos penales en curso, por lo que lo óptimo en este tipo de medidas es empezar con un factor cero.

Por otro lado, el artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, dispone:

“ARTÍCULO TERCERO. Abrogación
(REFORMADO PRIMER PÁRRAFO, D.O.F. 17 DE JUNIO DE 2016)
El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 1934, y los de las

respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, quedarán abrogados para efectos de su aplicación en los procedimientos penales que se inicien a partir de la entrada en vigor del presente Código, sin embargo respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos.

(DEROGADO SEGUNDO PÁRRAFO, D.O.F. 17 DE JUNIO DE 2016)

(ADICIONADO, D.O.F. 17 DE JUNIO DE 2016)

En consecuencia, el presente Código será aplicable para los procedimientos penales que se inicien a partir de su entrada en vigor, con independencia de que los hechos hayan sucedido con anterioridad a la entrada en vigor del mismo”.

Así, el Código Federal de Procedimientos Penales y las normas procesales locales quedan abrogadas en relación con los procedimientos iniciados después de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, pero los procedimientos penales que a la entrada en vigor se encuentran en trámite seguirán tramitándose conforme al Código Federal de Procedimientos Penales.

Para hacer aún más claro y explícito lo anterior, el legislador acudió a una fórmula no común en la redacción de dispositivos legales, a saber, una conclusión o inferencia, consistente en que, como “consecuencia” de lo anterior, el Código Nacional de Procedimientos Penales es aplicable a los procedimientos penales iniciados a partir de su vigencia, con independencia de que los hechos hayan acontecido con anterioridad.

Por ende, de la interpretación literal de este dispositivo legal, se obtiene que el único parámetro para determinar en razón de tiempo la aplicabilidad del sistema penal acusatorio y oral es el momento en que inicie el procedimiento penal, pues si éste comenzó antes de la entrada en vigor, entonces aplicará el sistema mixto o tradicional regulado en el Código Federal de Procedimientos Penales.

Esto también se sustenta en una interpretación histórica, pues antes de la reforma publicada el 17 de junio de 2016, el artículo tercero transitorio establecía como otro parámetro para determinar en razón de tiempo qué sistema penal aplicaría a cada caso, el momento en que acontecieron los hechos; sin embargo, con la citada reforma se eliminó este parámetro.

Asimismo, una interpretación teleológica sustentada en la intención del legislador apoya lo anterior, es decir, que el único parámetro para determinar *ratione temporis* la aplicabilidad de uno u otro sistema penal es el momento de inicio del procedimiento, sin tomar en cuenta en lo absoluto el momento de acontecimiento de los hechos. Esto

es así, pues en la iniciativa y del dictamen de la cámara de origen del proceso legislativo de la reforma de 17 de junio de 2016 se expuso:

“Se modifica el artículo tercero transitorio a fin de precisar que la aplicación del Código Federal de Procedimientos Penales y los de las entidades federativas que quedan abrogados, será para los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del presente Código y no para los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor del presente Código, lo anterior en virtud de que el texto vigente es más limitativo respecto de los asuntos que deberán tramitarse bajo el Código Nacional de Procedimientos Penales, circunscribiéndolo a los hechos delictivos que surjan a partir de su entrada en vigor, mientras que el artículo cuarto transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2014 establece que “los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo 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, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto”. En virtud de lo anterior es que se sugiere un ajuste del artículo tercero transitorio del Código Nacional para armonizarlo con el artículo cuarto transitorio del referido decreto de reforma constitucional”.

Entonces, la finalidad principal perseguida por el legislador con la reforma del artículo tercero transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales fue armonizarlo con el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008. Por tanto, si del texto del artículo cuarto transitorio de esa reforma constitucional y de la intención del Órgano Reformador de la Constitución, se obtiene que el *único* parámetro para determinar temporalmente qué sistema penal aplica a un caso determinado, es el momento en que inicie el procedimiento penal, entonces éste también es el *único* parámetro que se prevé en el artículo tercero transitorio. Consecuentemente, es intención y finalidad del legislador el factor cero a que aludió el órgano reformador de la Constitución.

No obsta a lo anterior, que el legislador refiriera que el texto del artículo tercero transitorio previo a la reforma en cita fuera más limitativo que el artículo cuarto transitorio de la reforma constitucional; sin embargo, de ello no puede inferirse válidamente que el momento de los hechos sea determinante para establecer qué sistema penal es aplicable y, mucho menos, que si ese momento es posterior a la entrada en vigor, indefectiblemente sea aplicable el nuevo sistema penal acusatorio.

Esto, en atención a que el texto de los dos artículos transitorios en cuestión es claro en el sentido de que el único parámetro es el inicio del procedimiento, además que el legislador eliminó como parámetro el momento de los hechos, precisamente para ajustarse al marco constitucional, según el cual sólo puede tomarse en cuenta el inicio del procedimiento, para iniciar el nuevo sistema penal con un factor cero.

Además, considerar lo contrario implicaría que hechos acontecidos con posterioridad al inicio de vigencia del Código Nacional, pero cuya investigación tenga sustento legal y constitucional en la reglas procedimentales del sistema penal mixto o tradicional, fueran conocidos con base en el nuevo sistema, cuando es criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (conflicto competencial 28/2015) que las reglas de ambos sistemas son incompatibles y, por ende, existiría incompatibilidad procedimental en el sentido de que en el nuevo sistema se tomarían en cuenta hechos cuyo conocimiento deriva precisamente de actos procedimentales de investigación del sistema mixto.

Expuesto que el único parámetro para determinar qué sistema penal es aplicable es el momento de inicio del procedimiento penal, se procedió a determinar qué debe entenderse por éste.

Los artículos transitorios cuarto de la reforma constitucional y tercero del Código Nacional son normas de tránsito que establecen cómo se dará el paso de un sistema penal a otro. Por ende, de su propia definición, implican que por un tiempo convivirán y subsistirán tanto el sistema penal mixto como el acusatorio, sin que esto implique contradicción o absurdo jurídico alguno.

Asimismo, dichos preceptos establecen que el Código Federal de Procedimientos Penales aplicará a los procedimientos iniciados antes de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, razón por la cual es necesario dilucidar qué entiende cada uno de ellos por “procedimiento”.

El Código Federal de Procedimientos Penales es claro en distinguir los conceptos de “procedimiento” y de “proceso”. El artículo 1, fracción I, de ese cuerpo legal dispone que el primer procedimiento penal es la averiguación previa; mientras que el artículo 4 dispone que el proceso penal comprende desde el procedimiento de preinstrucción hasta el de segunda instancia. El artículo 113 del Código Federal se encuentra en el Título Segundo denominado “Averiguación previa” y en el capítulo I, intitulado “Iniciación del procedimiento”; por ende, con base en un argumento sistemático *sedes materiae (a rubrica)*, este precepto establece el momento en que da inicio el procedimiento de averiguación previa y, por ende, el procedimiento penal. Ese dispositivo ordena que “El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquél, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. Tratándose de delitos que deban perseguirse de oficio, bastará para el inicio de la averiguación la comunicación o parte informativo que rinda la policía, en el que se hagan del conocimiento de la autoridad investigadora hechos que

podieran ser delictivos, sin que deban reunirse los requisitos a que aluden los artículos 118, 119 y 120 de este ordenamiento”.

Al respecto, la Primera Sala en la jurisprudencia 1a./J. 65/2006 sostuvo que el Ministerio Público está obligado a dar inicio a la averiguación previa si existe denuncia o querrela, de tal forma que la abstención de iniciarla es impugnabile en el juicio de amparo. Por ende, es patente que la averiguación previa debe iniciar con la denuncia o querrela, entendiendop por aquella también los informes policiales. Es decir, la averiguación previa y, con ello, el procedimiento penal, puede iniciar en los delitos perseguibles de oficio con la comunicación o parte informativo que rinda la policía, en el que se hagan del conocimiento de la autoridad investigadora los hechos delictivos, por lo que podrá tener efectos de denuncia.

En cuanto al Código Nacional de Procedimientos Penales, el legislador también fue técnico y claro en distinguir procedimiento como género y proceso como especie. En el artículo 211 establece que los procedimientos penales del sistema penal acusatorio son la investigación, dividida en inicial y complementaria (entre ambas se ubica la audiencia inicial), la intermedia y el juicio. Ese dispositivo ordena que el proceso penal comienza con la audiencia inicial.

Aún más, el 17 de junio de 2017, junto con la reforma al artículo tercero transitorio del Código Nacional se publicó también, entre otras, la reforma al artículo 170, fracción I, último párrafo, de la Ley de Amparo, según el cual el proceso penal, para efectos del juicio constitucional, comienza con la audiencia inicial. Por tanto, es claro que el legislador, en el mismo paquete de reformas que dio lugar al artículo tercero transitorio en cuestión, claramente distinguió entre procedimiento y proceso penales, pues ajustó lo dispuesto en la Ley de Amparo a lo ordenado en el artículo 211 del Código Nacional.

En suma, con base en las interpretaciones literales y sistemáticas de los artículos del Código Federal de Procedimientos Penales, del Código Nacional de Procedimientos Penales y de la Ley de Amparo, por inicio del procedimiento penal se entiende, en relación con el sistema mixto, el comienzo de la averiguación previa y en relación con el sistema penal acusatorio, el comienzo de la investigación inicial.

Así las cosas, si se da inicio a una averiguación previa antes del día en que en cada estado entró en vigor el Código Nacional, tendrá aplicación el sistema penal mixto; pero si la investigación inicial comienza a partir de ese día, entonces será aplicable el nuevo sistema penal acusatorio.

Por estas razones, si en la audiencia inicial el juez de control considera que la imputación deriva de una investigación comenzada antes de la entrada en vigor el Código Nacional, deberá declinar la competencia a favor del juez del sistema mixto correspondiente. Asimismo, si el juez mixto considera que ante él se ejerció acción penal con una investigación iniciada después de esa fecha, deberá declinar igualmente.

En cuanto al trámite relativo a la declinatoria de competencia, se estima que debe realizarse con apoyo en el Código Nacional, concretamente su artículo 29, toda vez que las normas que se interpretan y aplican al respecto son los artículos cuarto transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008 y el artículo tercero transitorio del Código Nacional.

En consecuencia, el juez declinante de oficio deberá oficiosamente remitir al juez a favor del cual se declina los registros (o los autos del proceso penal, en el caso del sistema mixto) y, en su caso, ponerle a disposición al imputado (denominación del sistema acusatorio) o procesado (denominación del sistema mixto). Si el juez declinado rechaza la competencia, devolverá el asunto al declinante, quien solamente si insiste en declinar, deberá remitir el conflicto competencial al tribunal que determine la ley orgánica correspondiente, que en el caso federal, es la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal en su artículo 29, fracción V, con base en el cual será el Tribunal Unitario competente respecto del juez declinante, quien conozca del conflicto (1a./J. 65/2006).

Por ende, estimamos no aplicables las prescripciones de las leyes procesales penales federal⁴ y locales que regulan el sistema mixto, pues además de provocar muchas dificultades prácticas por su variedad (v. gr. en una cuestión —que no conflicto— de competencia entre un juez federal mixto con un juez de control local, habría incertidumbre sobre qué legislación aplicar), lo cierto es que el fondo radica en interpretar el Código Nacional, concretamente su artículo tercero transitorio.

5. Conclusiones

1. La vinculación a proceso es el momento idóneo para contar con elementos suficientes para pronunciarse sobre la incompetencia en la audiencia inicial, sin perjuicio de que el juez pudiera requerir previamente de forma oficiosa, información sobre el tema.
2. Si la audiencia es con detenido, sólo se puede declinar la competencia después del control de la detención, la formulación de imputación, la vinculación a proceso y las medidas cautelares. En la audiencia con o sin detenido debe realizarse previamente el pronunciamiento sobre providencias precautorias.
3. En el caso de la competencia excepcional por conexidad, el Ministerio Público tiene que acreditar tanto la conveniencia de la competencia federal como los requisitos de la conexidad. Si falta uno o el otro, la competencia debe ser local.

⁴ El Código Federal de Procedimientos Penales disponía en su artículo 433 que el juez declinado que rechazara la competencia tendría que remitir el conflicto directamente al tribunal correspondiente, sin devolverlo al declinado y sin que éste tuviera oportunidad de insistir o no.

4. En el caso de la competencia concurrente, siempre corresponderá conocer el asunto al juez local, salvo que se actualice algún caso de acumulación.
5. En caso de no vincular a proceso, en un caso donde se estime la incompetencia, el asunto debe devolverse al Ministerio Público competente, sin remitir los registros al juez correspondiente.
6. Si se da inicio a una averiguación previa antes del 29 de febrero de 2016, en el estado de Hidalgo tendrá aplicación el sistema penal mixto; pero si la investigación inicial comienza a partir de ese día, entonces, en dicha entidad federativa será aplicable el nuevo sistema penal acusatorio.
7. En cuanto al trámite relativo a la declinatoria de competencia, se estima que debe realizarse con apoyo en el Código Nacional, concretamente su artículo 29, toda vez que las normas que se interpretan y aplican al respecto son los artículos cuarto transitorio de la reforma constitucional de junio de 2008 y el artículo tercero transitorio del Código Nacional. Consecuentemente, el juez declinante de oficio deberá remitir al juez a favor del cual se declinan los registros (o los autos del proceso penal, en el caso del sistema mixto) y, en su caso, ponerle a disposición al imputado (denominación del sistema acusatorio) o procesado (denominación del sistema mixto). Si el juez declinado rechaza la competencia, devolverá el asunto al declinante, quien solamente si insiste en declinar, deberá remitir el conflicto competencial al tribunal que determine la ley orgánica correspondiente. En el caso federal será el Tribunal Unitario competente respecto del juez declinante (1a./J. 65/2006).

IV. Auto de vinculación a proceso: ¿cuerpo del delito y probable responsabilidad o tipicidad probable?

1. Planteamiento del problema

A. La cuestión del estándar probatorio

Un estándar es un parámetro, norma, patrón, tipo, modelo, nivel o referencia. Un estándar es, en una de sus acepciones, un punto o medio conforme al cual se establecen comparaciones entre dos o más ideas u objetos diferentes, para determinar su nivel o acercamiento a un modelo. Entonces, un estándar es tanto el modelo al cual se debe adecuar algo, esto es, el punto de referencia con el cual ese algo se compara con otras cosas, como la forma en que se realiza la comparación.⁵

⁵ Rivera Morales define estándar de prueba como sigue: “[...] establecer un estándar de prueba procesal

Tenemos, pues, que un estándar es: 1. Un modelo normativo y; 2. Un punto de comparación de situaciones, con el cual se puede determinar cuáles se ajustan al modelo y cuáles no. Establece, por un lado, qué es lo correcto y, por otro, cómo se puede establecer que una situación se ajusta o no a lo correcto.

En otras palabras, el estándar probatorio tiene dos aspectos: 1. Qué debe probarse (modelo normativo) y 2. Qué actividad es idónea para probar lo que debe probarse. El estándar implica el qué y el cómo.

Los artículos 16 y 19 constitucionales establecen qué es lo que debe establecerse para emitir una orden de aprehensión o un auto a vinculación a proceso: un hecho previsto en la ley como delito y la probable comisión o participación atribuible al imputado.

Sin embargo, no prevé el cómo implicado en el estándar, el cual tiene más elementos para considerar. Establecer algo es una actividad compleja. En primer lugar, abarca la formación de datos informativos, la cual puede derivar de una investigación con base en la cual se descubra una fuente de información⁶ que, expuesta al órgano decisor, genere convicción (o prueba cuando se esté en juicio). También incluye el procedimiento para su incorporación al proceso en alguna de sus etapas, es decir, el ofrecimiento, admisión, desahogo y valoración.

Por último, igualmente está implicada en el cómo la argumentación en materia de hechos. La argumentación es una actividad comunicativa por medio de la cual se pretende que el destinatario realice o se persuada (convenza) de algo (Alexy, 2007),

significa definir unos criterios que indiquen cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho; es decir, definir unos criterios que indiquen cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe. Ello implica dos cuestiones básicas: una, qué grado de probabilidad se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; dos, formular objetivamente el estándar”. Rivera Morales, Rodrigo. “La prueba: un análisis racional y práctico”, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 306. Más adelante en esta sección, veremos que el estándar es más que establecer el grado de probabilidad; sin embargo, esto sin duda es parte del estándar.

⁶ El artículo 261 del CNPP distingue claramente el medio de prueba de la prueba. El medio es la fuente de información o conocimientos. La prueba es el conocimiento al que llega el juez una vez que se ha desahogado el medio de prueba en audiencia oral con base en los principios de inmediación y contradicción. El artículo 244 del CNPP relaciona medio de prueba con fuente de información. Sin embargo, un dato de prueba también es una fuente de información, aunque sea indirecta, en cuanto que la información no la aprehende directamente el juez desde la fuente, sino que ésta le es referida por las partes.

Dato de prueba, conforme al artículo 261, es la referencia al contenido de un determinado medio de convicción aún no desahogado ante el órgano jurisdiccional, que se advierta idóneo y pertinente para establecer razonablemente la existencia de un hecho delictivo y la probable participación del imputado. Aunque esta definición parece limitar el dato de prueba para las órdenes de aprehensión y comparecencia, así como a la vinculación, también tiene aplicación en las resoluciones sobre medidas cautelares.

A nuestro juicio, la distinción entre datos de pruebas y medios de prueba se relaciona con la calidad de la fuente de información que se toma en consideración para resolver, cuestión que se vincula con el “cómo” del estándar probatorio.

(MacCormick, 1997). La argumentación en materia de hechos es, entonces, la actividad con la cual se pretende convencer o persuadir al destinatario sobre la ocurrencia de acontecimientos, a partir de fuentes de información e información (Alexy, 2007).

Es parte, pues, de la argumentación en materia de hechos:

1. Qué tipo de fuentes, cuántas y de qué calidad deben ser aportadas por las partes con la carga probatoria respectiva.⁷ La respuesta a estas preguntas es materia de argumentación, así como también lo es determinar en cada caso si las fuentes, su cantidad y calidad ofrecidas y desahogadas cumplen o no el tipo, cantidad y calidad esperadas normativamente.

2. Qué nivel de certeza o probabilidad se espera de la concatenación e ilación que integrará el silogismo o racionamiento (generalmente sorites) que sustente la conclusión (ésta debe ser determinar si se da o no el modelo normativo, es decir, el qué del estándar).

Para la cuestión que nos atañe, la argumentación en materia de hechos es la que más nos preocupa en relación con el “cómo” del estándar probatorio. El modelo normativo que ha de respetarse, prevé elementos determinantes para la argumentación. Estos son:

a) El hecho previsto en la ley como delito debe “establecerse”. Asimismo, dado que toda actividad argumentativa distinta de la matemática y lógica formales, se desenvuelve en el nivel de la probabilidad, es necesario determinar qué grado o nivel de probabilidad debe tener la conclusión derivada de la argumentación sobre hechos (Wright, 1960, 1951), (Frege, 2002), (Atienza, 2003). Sobre este particular cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 316 del CNPP: la suposición razonable.

a.1) Es importante referir en este punto, que el texto de los artículos 16 y 19 constitucionales previo a la reforma de 2008 hablaba de “acreditación” de los elementos del cuerpo del delito. Esta “acreditación” implica un alto grado de probabilidad, mas no la plena acreditación, pues la argumentación jurídica no tiene el alcance de completa certeza o veracidad, exclusiva de la lógica formal y las matemáticas (para Frege son lo mismo) (Frege, 2002). Por estas razones, es preciso determinar si el nivel de

⁷ En el dictamen de 10 de diciembre de 2007 de la cámara de diputados relacionado con la reforma constitucional de 2008 se expuso que “es necesario establecer un nivel probatorio razonable para la emisión de la orden de aprehensión”, y que en “el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura”. A nuestro juicio, es claro que el reformador constitucional se refiere también al tipo de pruebas, su calidad y cantidad, no sólo al grado de probabilidad del hecho a probar (aunque son temas relacionados: se puede pensar que más calidad puede relacionarse con mayor grado de probabilidad; sin embargo, se pueden exponer distintas variantes en relación con qué tanto se sume en cantidad, calidad y clase de prueba y el aumento o decremento de probabilidad, por lo cual nos parece claro que son temas diferentes).

probabilidad necesario para “establecer” el hecho previsto en la Ley como delito es igual o menor que el nivel que antes se necesitaba para “acreditar” los elementos del cuerpo del delito.⁸

b) La probabilidad de la comisión o participación en la comisión del citado hecho. Sobre este punto debe determinarse si existe o no diferencia entre probable comisión o participación en la comisión y la probable responsabilidad.

c) La forma de argumentar. En nuestra opinión, forma parte del arbitrio judicial determinar la forma de justificar razonadamente lo expuesto en a) y b), mientras se cumpla o satisfaga el modelo normativo (cuya precisión será materia de los siguientes capítulos). Sobre este particular, la práctica del sistema penal tradicional llevó a que la argumentación debía incluir, en primer lugar, un análisis dogmático más o menos completo del cuerpo del delito, para posteriormente argumentar sobre hechos para subsumir éstos en cada uno de los elementos. Esa es sólo una forma posible de hacerlo, fuertemente influida por el llamado “silogismo judicial” (García, 1998), pero su imperio ha sido seriamente cuestionado conforme a la teoría de la argumentación jurídica actual, precisamente en virtud de que la actividad judicial excede con mucho la mera subsunción mecánica de hechos a supuestos normativos (Alexy, 2007), (Atienza, 2003).

B. Posturas en relación con los problemas delimitados

Abordaremos la postura crítica de Sergio García Ramírez sobre el estándar probatorio que, según su interpretación, está previsto en el nuevo marco constitucional.

El destacado investigador deplora la regulación sobre el estándar para ejercer acción penal, obtener la orden de captura y el dictado de la vinculación a proceso. Denuncia que, bajo la capa de atención estricta a los principios del sistema acusatorio, en realidad “se redujo notoriamente la exigencia probatoria que amparaba los derechos de la persona cuya conducta se halla sujeta a averiguación. El reformador de la Constitución [...] ‘flexibilizó’ esa exigencia —y, con ello, el ejercicio de la acción— poniendo término a lo que entendió como excesivo estándar probatorio (García, 2011)”.

Según García Ramírez, la reforma de 2008 aligera “las condiciones para la actuación penal del Estado, al prescindir de los conceptos ‘cuerpo del delito’ o elementos del tipo penal’ y ‘probable responsabilidad’”. Estima que interpretar así la Constitución llevaría a “condiciones de extrema laxitud las cuales serían muy graves en esta materia”. Para evitar esto, prefiere “entender que el cambio de palabras no significa modifi-

⁸ Sobre este punto, la Primera Sala, en la tesis 1a. CCLXX/2014 (10a.), ha determinado que debe ser menor el grado de probabilidad propio de la vinculación a proceso, que el necesario para la formal prisión.

cación de concepto de fondo, y que por lo tanto no ‘aligera’ los datos de los que depende la injerencia penal del Estado” (García, 2013). Califica que “las consideraciones del dictamen [de 10 de diciembre de 2007] no son persuasivas y el sistema adoptado implica un severo retroceso en el régimen constitucional de derechos y garantías, con notorio riesgo para la libertad y sin verdadero avance para la justicia” (García, 2013).

Vistas las razones de García Ramírez, es difícil no asociarlas con las consideraciones expuestas en la tesis aislada XXVII.3o.20 P (10a.). En ésta se defiende que de la interpretación de los artículos 19 constitucional y 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se obtiene que para dictar auto de vinculación a proceso, los datos de prueba (que se asimilan ahí a indicios razonables) deben ser suficientes para establecer un hecho previsto en la ley como delito y que el imputado lo cometió o participó en su comisión.

En ese criterio aislado se sostiene que para establecer lo anterior debe determinarse antes el delito (definido como la conducta típica, antijurídica y culpable merecedora de sanción), pues si no se precisa con los elementos normativos y subjetivos específicos que lo integran, no se podrá determinar si el hecho extraído de los datos de prueba encuadra como delito; por ende, el juez debe precisar los elementos objetivos, normativos y subjetivos específicos previstos en la ley y, posteriormente, determinar con base en ellos si se desprenden indicios razonables que permitan suponer si efectivamente se dan en el caso.

Con esto, es claro que, por lo menos en lo atinente a incorporar el cuerpo del delito como parte del modelo normativo del estándar probatorio, esta tesis converge con la opinión de García Ramírez. La tesis no dice nada sobre si la probable comisión o participación en comisión equivale o no a la probable responsabilidad, aunque el hecho de que aluda a todos los componentes del delito (conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) necesarios para acreditar la responsabilidad penal, parece ir en el sentido de estimar necesario establecer la probable responsabilidad, además del cuerpo del delito.

Sin embargo, parece que el motivo principal detrás de la postura de García Ramírez, así como de la tesis referida, radica en la equiparación procesal del auto de vinculación a proceso con el auto de formal prisión. En efecto, si se considera que existe similitud sustancial entre ambos autos y que, por ende, afectan la libertad de forma análoga, entonces, para proteger este derecho parece ser sostenible interpretar el nuevo texto constitucional en el sentido de que el estándar probatorio para ambos autos sea el mismo.

García Ramírez expresamente los equipara. Critica el dictamen de 10 de diciembre de 2007, en los siguientes términos:

‘Confesiones’ en el dictamen del 10 de diciembre de 2007, elaborado en la Cámara de Diputados. Este documento, al que me remitiré con fre-

cuencia, está transcrito en mi libro, ya citado [...] En ‘el nuevo proceso resulta imposible mantener un nivel probatorio tan alto para solicitar la orden de captura’. *Por lo que respecta al auto de formal prisión —hoy ‘auto de vinculación a proceso’—*, se indica que hasta ahora se utiliza un ‘excesivo estándar probatorio’ (García, 2013).

En cambio, si dada la sistemática y estructura del nuevo proceso penal acusatorio existen más diferencias que similitudes entre el auto de vinculación a proceso en relación con el auto de formal prisión y, además, la forma en que aquél afecta la libertad es distinta a como éste lo hacía, entonces la postura de García Ramírez corre el riesgo de desnaturalizar el auto de vinculación y el mismo nuevo proceso penal, llegando incluso a poner en peligro la operatividad y desarrollo de este último.

En este último sentido parece estar la tesis aislada XVII.1o.P.A. J/2, 10a). En ella se sostiene que en la jurisprudencia XVII.1o.P.A. J/25, 9a) el tribunal colegiado estableció que para dictar un auto de vinculación a proceso el juez de garantía no necesita acreditar el cuerpo del delito ni justificar la probable responsabilidad del inculpado, sino únicamente atender al hecho ilícito y a la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Agrega ese criterio, que por hecho ilícito no debe entenderse el anticipo de la tipicidad en esta etapa (acreditar los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo), sino que su actualización debe limitarse al estudio conceptual (acreditar los elementos esenciales y comunes del concepto, desde la lógica formal), a fin de evitar una anticipación a la etapa de juicio sobre el estudio técnico-procesal de los elementos del tipo, no con pruebas, sino con datos; pues en la fase inicial debe evitarse la formalización de los medios de prueba para no “contaminar” o anticipar juicio sobre el delito y su autor.⁹

Empero, conforme a la tesis no queda claro cuál es la diferencia entre los elementos del tipo penal y los elementos esenciales y comunes del concepto del hecho desde la lógica formal. De hecho, dado que la lógica formal implica exigencias de certeza unívoca y necesaria, como las de las matemáticas (Frege, 2002), lejos de flexibilizar el estándar probatorio y evitar anticipar la etapa de juicio parece lo contrario.

Para evitar estas confusiones, en este artículo defenderemos que la vinculación a proceso evitará adelantar juicios de tipicidad propios de la sentencia de juicio oral,

⁹ Actualmente se encuentra en trámite en la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la contradicción de tesis 87/2016, donde contiene esta jurisprudencia con la tesis XXVII.3o.20 P (10a.). La contradicción fue denunciada por el juez administrador del Centro de Justicia Penal Federal en Yucatán, quien también colabora en este libro con cuatro destacados artículos.

mediante la consideración de que en dicho auto, así como en la orden de aprehensión, basta establecer una tipicidad probable, sin prejuzgar en forma alguna sobre los otros elementos de la responsabilidad penal, como lo son la antijuridicidad y la culpabilidad.

2. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad en el texto constitucional previo a 2008

No son nuevos los debates sobre el estándar probatorio dispuesto en los artículos 16 y 19 constitucionales en sus diversas reformas. Tal vez la última controversia significativa, antes de la actual, fue la relacionada con la incorporación, en 1993, de la necesidad de acreditar plenamente los elementos del tipo penal para justificar la orden de aprehensión y el auto de formal prisión. Sobre este tema, García Ramírez acertadamente estima lo siguiente:

“La reforma de 1993 provocó una tempestad en un vaso de agua. Se quiso identificar la preferencia por cuerpo del delito con la teoría penal causalista, y la opción por elementos del tipo penal con la teoría finalista. Sin embargo, éste no es el eje del problema; lo es, en cambio, la decisión político jurídica sobre los datos que es preciso acreditar para que el Estado afecte los derechos fundamentales del individuo y lo someta a detención y procesamiento. Éste es el punto” (García, 2001).

Vemos, pues, que las dos reformas a los artículos 16 y 19 anteriores a la hoy vigente, relacionadas con el “qué” (modelo normativo) del estándar probatorio tuvieron vinculación con el aumento y disminución del estándar, pues aun cuando sea discutible si realmente incorporar los elementos del tipo penal significaba en verdad un incremento de éste, lo cierto es que esa fue la percepción del órgano reformador para volver al concepto de cuerpo del delito en 1999.¹⁰ Así, el modelo normativo del estándar probatorio previsto en los artículos 16 y 19 constitucionales desde 1999 hasta la reforma de 2008 consistía en *acreditar* los elementos del cuerpo penal y la probable responsabilidad del indiciado, para dictar orden de aprehensión o auto de formal prisión.

El artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales definió el cuerpo del delito como el conjunto de elementos objetivos y normativos de la descripción típica. La probable responsabilidad fue definida por la deducción de la participación

¹⁰ En la exposición de motivos de la iniciativa de 10 de diciembre de 1999 se expuso: “Antes de 1993, para

en el delito, la comisión dolosa o culposa y la no acreditación a favor del indiciado de alguna causa de ilicitud o alguna excluyente de culpabilidad. Por su parte, el artículo 134 de ese Código, disponía que los elementos subjetivos específicos del tipo no tenían que acreditarse previamente a ejercer la acción penal y si se actualizaba alguna excluyente del delito por su no actualización, el juez podría pronunciarse al respecto después de dictado el auto de formal prisión.

Por lo menos hasta 2004 se consideró que la acreditación del cuerpo del delito debía ser plena. Así, por ejemplo, se pronunciaron el Quinto y Séptimo Tribunales Colegiados en Materia Penal en el Primer Circuito, en las tesis I.5o.P.23 P¹¹ y I.7o.P.56 P,¹² aunque en ellas se aprecia también la necesidad de incluir en la definición de cuerpo del delito a los elementos subjetivos específicos, aun cuando éstos no tuvieran que acreditarse plenamente.

Sin embargo, en la tesis 1a. LVII/2004 la Primera Sala del Alto Tribunal determinó que, por lo menos para la orden de aprehensión era innecesario acreditar plenamente el cuerpo del delito o, lo que es igual, éste debía acreditarse en grado probable, pero esto “no significa que puedan actuar a su libre arbitrio en cada una de esas etapas procedimentales, puesto que tienen la insoslayable obligación de observar los restantes requisitos exigidos para ello, además de respetar todas las garantías que consagra la Carta Magna [...], por lo que el hecho de que se hayan flexibilizado los requisitos

que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impuso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal objetivos, subjetivos y normativos, así como la probable responsabilidad del indiciado [...] Lo anterior muestra que el grado excesivo exigencia probatoria impuesta al Ministerio Público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad”. Disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=154&IdProc=1> (Fecha de consulta 28 de abril de 2016).

En el dictamen de la cámara de senadores de 1 de octubre de 1999: “De esta manera, la reforma de 1993 propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el Ministerio Público para que la autoridad judicial pueda considerar integrados los elementos del tipo penal. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al Ministerio Público a integrar un expediente prácticamente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió a la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del Ministerio Público.

[...]El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. [...]”. Disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=154&IdProc=2> (Fecha de consulta 28 de abril de 2016).

¹¹ En lo que interesa: “Uno de los aspectos torales en que se basa el proceso penal es la comprobación del cuerpo del delito, figura jurídica de carácter procesal que permite al juzgador tener *la certeza* de la comisión de un hecho descrito en un tipo penal, entendiéndose este último como la definición formal del delito [...]”.

¹² En lo que interesa: “[...]para el dictado de una orden de aprehensión o auto de formal prisión, para acreditar el cuerpo del delito sólo se requiere la demostración *plena* de los elementos objetivos, materiales o externos y, en determinados casos, cuando la conducta típica lo requiera, los normativos [...]”.

de referencia, no implica su desconocimiento por las autoridades que procuran o administran justicia”.

En esta misma línea, en la jurisprudencia (1a./J. 143/2011, 9a.), la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia estableció que para la orden de aprehensión o el auto de formal prisión, el cuerpo del delito debe acreditarse en forma probable, es decir, “el análisis del cuerpo del delito sólo tiene un carácter presuntivo”, pues de tenerse que acreditar plenamente, “el proceso no tendría sentido si se considerara que la acreditación del cuerpo del delito indica que, en definitiva, se ha cometido un ilícito”. Entonces, la acreditación del cuerpo del delito es sólo el resultado de una apreciación *prima facie*, con lo cual se respeta el principio de presunción de inocencia.

En esa jurisprudencia, la Primera Sala también vincula los conceptos de cuerpo del delito con el de tipo penal, pues refiere que en relación con la orden de aprehensión o el auto de término constitucional, el Ministerio Público y el juzgador “deben argumentar sólidamente por qué, *prima facie*, se acredita la comisión de determinado delito, analizando si se acredita la tipicidad a partir de la reunión de sus elementos objetivos y normativos”. Es decir, el cuerpo del delito sería una de tipo incompleto, pues se limita a los elementos objetivos y normativos, sin considerar los subjetivos.

En cuanto a lo demás, la probable responsabilidad incluía elementos propios de la antijuridicidad y la culpabilidad (salvo el dolo o la culpa, que son elementos subjetivos del tipo, pero que, dada la carga causalista contenida en el artículo 168, se comprende que sean remitidos a la culpabilidad)¹³ (Mezger, 1958), (Díaz-Aranda, 2009).

Entonces tenemos que la acreditación del cuerpo del delito comprendido como un tipo penal incompleto, debía ser probable, pero con sustento en una argumentación sólida. El estándar probatorio se integraba por: el *qué*, a saber, el cuerpo del delito como tipo incompleto y el *cómo* consistente en una argumentación sólida, con base en medios de prueba, algunos de ellos tasados en su valoración, cuya conclusión debía tener grado de probabilidad.

Las consideraciones de este capítulo nos permiten observar las siguientes tendencias ocurridas desde 1999 hasta 2008:

- a. En un principio se consideraba que el cuerpo del delito debía acreditarse plenamente; sin embargo, la Primera Sala determinó a partir de 2004 y definitivamente en 2011, que la forma de acreditación del cuerpo del delito es en grado probable, pero con base en una argumentación sólida.

¹³ Sobre esta carga, compárense los elementos del cuerpo penal con la teoría neoclásica de Mezger, según la cual se conjuntan tipo con injusto y en este último se encuentran los elementos subjetivos específicos, pero el dolo y la culpa son parte de la culpabilidad.

- b. La Suprema Corte sustentó lo anterior en el principio de presunción de inocencia y en que, de lo contrario, el proceso no tendría sentido.
- c. Con base en la jurisprudencia (1a./J. 143/201,19a.), no parece haber razón para excluir del cuerpo del delito los elementos subjetivos específicos, pues éstos debían acreditarse en forma probable al igual que los objetivos y normativos. Ahora, dado que los elementos subjetivos específicos suponen el dolo, tampoco hay razón para excluir éste del cuerpo del delito. Cuerpo del delito no sería, entonces, un tipo incompleto, pues incluiría los elementos subjetivos.
- d. Esto implica que, al final de su evolución, el cuerpo del delito tendría un concepto en común con la probable responsabilidad, a saber, la forma de intervención, pues ésta, según se dirá más adelante, es un elemento objetivo del tipo. En línea con esta evolución, está lo que a continuación expon-dremos sobre la vinculación a proceso.

3. Ubicación sistemática-procesal del auto de vinculación a proceso: su significado y efectos

A. La vinculación a proceso como parte de la audiencia inicial y su relación con las medidas cautelares

De acuerdo con el artículo 211 del Código Nacional, el procedimiento penal comprende tres etapas. La primera corresponde a la investigación, la cual tiene, a su vez, dos fases: la inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela o requisito equivalente y concluye con la puesta a disposición del imputado ante el juez de control; y la complementaria, que inicia con la formulación de imputación y termina con el cierre de la investigación. La segunda etapa es la intermedia, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio. Por último, la etapa de juicio parte de la recepción del auto de apertura a juicio y culmina con la sentencia del tribunal de enjuiciamiento.

Entre la investigación inicial y la complementaria tiene verificativo la audiencia inicial, con la cual comienza el proceso penal. La investigación no se interrumpe durante el tiempo que se desarrolla la audiencia inicial. La acción penal se ejerce mediante la solicitud de citatorio para audiencia inicial, la puesta a disposición del detenido ante el juez de control o cuando se solicita orden de aprehensión o de comparecencia.

Hay cuatro formas de desarrollo de la audiencia inicial, ya sea que sea con detenido o no y que el imputado se acoja o no al plazo constitucional para resolver su situación jurídica (CNPP), (Quibrera, 2014):

1. Con detenido. Calificación de la detención, formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar), solicitud de vinculación a proceso, oportunidad del imputado para decidir si su situación se resuelve en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas; si decide sea en la misma audiencia, se abre debate sobre la vinculación y se resuelve; se lleva a cabo un debate de medidas cautelares y resolución, y sobre el plazo de cierre de investigación.
2. Con detenido. Calificación de la detención, formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar), solicitud de vinculación a proceso, oportunidad al imputado para decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas; si decide que sea dentro de alguno de los plazos, se fija día y hora para continuar la audiencia. Se debaten las medidas cautelares y resolución; se continúa con la audiencia en el día y la hora fijados; se debate sobre la admisión de pruebas y desahogo de pruebas, se debate sobre la vinculación y resolución y sobre plazo de cierre de investigación.
3. Sin detenido. Formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar), solicitud de vinculación a proceso, oportunidad al imputado para decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas; si decide sea en la misma audiencia, se abre debate sobre la vinculación y se resuelve, se debaten las medidas cautelares y la resolución, y el plazo de cierre de la investigación.
4. Sin detenido. Formulación de imputación (aclaraciones, oportunidad para declarar), solicitud de vinculación a proceso, oportunidad al imputado para decidir si quiere que su situación se resuelva en la misma audiencia, en 72 horas o dentro de 144 horas; si decide sea dentro de alguno de los plazos, se fijan el día y la hora para continuar la audiencia. Se debaten las medidas cautelares y la resolución; se continúa con la audiencia en el día y hora fijados; se debate sobre la admisión de pruebas, se lleva a cabo el desahogo de pruebas; se debate sobre la vinculación, la resolución y el plazo de cierre de investigación.

Como se puede ver, el debate y la resolución sobre la vinculación a proceso y el debate y resolución sobre las medidas cautelares (entre las que se encuentran las privativas de libertad: arraigo domiciliario y prisión preventiva) (CNPP, Art. 155, fr. XIII y XIV), pueden variar de orden, de tal manera que puede dictarse una medida cautelar sin existir resolución de vinculación a proceso.

Asimismo, es legalmente posible que se dicte resolución de vinculación a proceso y: a) No se dicte medida cautelar alguna o; b) Se dicte medida cautelar que no afecte la libertad, más allá de tener que está presente en el proceso.

En efecto, en términos de los artículos 19 constitucional, segundo párrafo, 153, 156, 168, 169 y 170 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en relación con lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos Chaparro Álvarez vs. Ecuador (CoIDH, 2007) y Palamara Iribarne vs. Chile (CoIDH, 2005a), las medidas cautelares en el proceso penal son medios para garantizar el cumplimiento de tres obligaciones procesales de fuente suprema (constitucional y convencional): la comparecencia del imputado al proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos y de la comunidad.

Las medidas cautelares, entonces, son cargas que se imponen al imputado para asegurar el cumplimiento de alguno o algunos de dichos deberes. Por ende, implican limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales, que no necesariamente son la libertad personal (salvo por la limitación genérica a estar presente en el proceso: toda obligación limita la libertad en algún aspecto), sino también otros, principalmente patrimoniales (v. gr. las fracciones II, III y IV del artículo 155).

Como cargas limitantes de derechos fundamentales, las medidas cautelares deben justificarse mediante un juicio de ponderación, según lo disponen el artículo 156 del Código Nacional, los precedentes referidos de la Corte Interamericana, así como la jurisprudencia (1a./J. 2/2012, 9a.), de la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal.

De acuerdo con las fuentes constitucionales, legales y jurisprudenciales referidas, la prisión preventiva sólo se puede solicitar cuando no exista otra medida menos gravosa para garantizar el cumplimiento de los deberes procesales citados. Así las cosas, la prisión preventiva es la *ultima ratio*, es decir, la última medida que puede tomarse como garantía. Debe ser una medida excepcional y proporcional, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática.

Como excepción a esta regla general se encuentra la prisión preventiva oficiosa, la cual procederá siempre que se trate de delitos 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.

Entonces es factible que con base en el juicio ponderativo en cuestión se determine incluso no imponer medida cautelar alguna si, por ejemplo, no existe riesgo objetivo alguno de incumplimiento de alguno de los deberes procesales referidos o éste es tan pequeño que la imposición de alguna de las medidas cautelares sea necesariamente desproporcional. También es posible no imponer medida cautelar alguna en el caso de que el Ministerio Público o la víctima omita justificar la medida cautelar o lo hace muy deficientemente.

De igual manera, es posible dictar una medida cautelar que no afecte la libertad más allá de lo que todo deber, penal o de cualquier materia, lo hace, como ocurre en el caso de que, para neutralizar el riesgo de incumplimiento en cuestión, se estime idó-

neo, necesario y proporcional imponer únicamente alguna de las medidas previstas en las fracciones II, III y IV del artículo 155 del CNPP (garantía económica, el embargo de bienes o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero).

Por otro lado, es importante mencionar que de acuerdo con el artículo 319 del Código Nacional, si no se vincula a proceso, deben revocarse las medidas cautelares impuestas. Es decir, cuando las medidas cautelares se impusieron antes de resolverse sobre la vinculación (como ocurre cuando el imputado se acoge al término de 72 horas o de 144 horas) y ésta se niega, entonces deben revocarse aquellas.

Queda claro, entonces, que existe una relación compleja entre el auto de vinculación a proceso y la imposición de medidas cautelares, en la cual existe una relación estrecha entre ambas instituciones, pues si se niega la vinculación, se revocan las medidas cautelares previas o no se da la oportunidad de debatir sobre su imposición, pero al mismo tiempo la relación es diferencial, pues no existe relación directa o indirectamente proporcional entre la vinculación a proceso y la medida cautelar, en tanto:

1. El auto de vinculación a proceso no es necesario para pronunciarse sobre las medidas cautelares salvo, en su caso, para determinar su continuación o no.
2. Si se trata de audiencia con detenido, en la que éste se acoge al plazo constitucional, su internación a un Centro de Reinserción Social no será determinada por la vinculación a proceso (pues aún no se pronuncia), sino por la medida cautelar de prisión preventiva que, como *ultima ratio* se imponga.
3. Aun si existe vinculación a proceso, no necesariamente se impondrán medidas cautelares.
4. Incluso si se dicta vinculación a proceso y se dictan medidas cautelares, éstas no necesariamente limitarán la libertad personal, pues es factible que únicamente afecten derechos patrimoniales.
5. La vinculación a proceso no es condición directa de la prisión preventiva. Ésta sólo se puede imponer como último recurso si es la única medida para garantizar el cumplimiento de alguno de los deberes para los cuales se instituyen las medidas cautelares. La vinculación a proceso es sólo condición para la continuación de la prisión preventiva.

Asimismo, la vinculación a proceso, en términos del artículo 318 del CNPP, tiene por objeto establecer el hecho o los hechos delictivos sobre los que se continuará el proceso o se determinarán las formas anticipadas de terminación del proceso, la apertura a juicio o el sobreseimiento. Por ende, el auto de vinculación a proceso determina, en primer lugar, que se debe continuar el proceso y, en segundo, cuál es el hecho por el que éste debe seguirse.

En cuanto al fondo del auto de vinculación, el artículo 316 establece que, para su dictado, es necesario que se haya formulado imputación, se haya otorgado al imputado la oportunidad de declaración, que 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 exista la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión. Se entiende que obran datos para establecer lo anterior, la existencia de indicios razonable que permitan suponerlo. Además, se necesita la no actualización de una causa de extinción de la acción penal o de una excluyente del delito.

Para establecer la actualización de ese modelo normativo (el qué del estándar probatorio) se toman en cuenta los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público, controlados horizontalmente por las demás partes (imputado y víctima, en su caso), así como los medios de prueba que se desahoguen en la audiencia inicial con base en los principios de inmediación y contradicción (su desahogo se rige por las reglas de la audiencia de juicio, según el artículo 315) en el entendido de que los datos de prueba y los medios de prueba citados carecen de valor para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas del Código (artículo 320).

Todo lo anterior significa que el dictado del auto de vinculación establece que existen méritos para continuar la investigación, la cual no se detuvo durante la audiencia inicial. La investigación complementaria que sigue a la vinculación a proceso, está formalizada y judicializada, en el sentido de que está sujeta directamente al control del juez y limitada temporalmente a los plazos del artículo 321 del Código Nacional.

Existen pues, ventajas o beneficios para el imputado con la vinculación a proceso. Si se niega la vinculación a proceso y no es el caso de sobreseer la causa, el Ministerio Público podrá continuar la investigación y posteriormente formular nueva imputación (artículo 319 del CNPP). En este caso, la investigación es supervisada sólo por el Ministerio Público, pues sólo a través de recursos específicos, puede ser sometida su actuación a la revisión por parte del juez de control. Asimismo, en este supuesto la investigación no tiene más limitación temporal que el de la prescripción de la acción penal.

En cambio, si se dicta vinculación a proceso, la investigación complementaria es controlada por el juez en la medida que, con base en los planteamientos de las partes, establece cuál es su límite temporal y, además, éste no puede exceder de dos meses si el delito tiene como pena una no mayor a dos años de prisión, o de seis meses si tiene una pena mayor a ese lapso. Es decir, el Ministerio Público tiene mayores limitaciones en la investigación complementarias a las que tiene si se niega la vinculación a proceso.

Lo anterior nos conduce a las siguientes conclusiones preliminares:

- a. La vinculación a proceso no necesariamente afecta la libertad personal (por lo menos no más que lo hace cualquier obligación de cualquier materia del derecho).
- b. La vinculación a proceso puede significar beneficios patentes para el imputado.
- c. La vinculación a proceso establece si existen méritos para continuar con la investigación y el proceso.
- d. La vinculación a proceso puede ser una garantía de la libertad personal (Horvitz, 2004).¹⁴ Esta función de garantía de la libertad personal debe aplicar en la menor cantidad de casos posible, pues la prisión preventiva es la medida de *ultima ratio* y, por ende, debería ser, en los hechos, la que menos se impusiera a los imputados. Para esto se requiere la acción de los jueces, quienes en los hechos deben abstenerse en lo posible de dictar la prisión preventiva. Si esta se generaliza, pierde sentido la vinculación a proceso y, en general, el nuevo sistema penal.
- e. El modelo normativo que debe establecerse en el auto de vinculación a proceso es la sustentación de la suposición razonable de que ha acontecido un hecho previsto en la ley como delito y que el imputado lo cometió o participó en su comisión.
- f. El artículo 316 refiere que no se haya actualizado una causa de extinción de la acción penal o una excluyente de responsabilidad. Si se actualiza alguna de éstas, no sólo se negará la vinculación, sino que además se decretará el sobreseimiento, de acuerdo con el artículo 327. Es decir, por actualización se entiende algo muy distinto a lo que se entiende por suposición razonable. Actualización implica plena certeza de que da alguna de esas causas. Debe distinguirse entre que no se establezca una suposición razonable sobre algún elemento del tipo penal, a que no se actualice en definitiva y sin margen de duda algún elemento del tipo penal. Lo primero lleva a no dictar el auto de vinculación en términos de la fracción III del artículo 316 del CNPP, y a de-

¹⁴ Se ha dicho que la vinculación a proceso es una institución jurídica nacional. Nosotros oponemos que su función de garantía justifica su existencia. Es necesario contar con mecanismos que garanticen que el ejercicio de la acción penal y la consecución del proceso no sean arbitrarios. Ante esta necesidad, en Chile, por ejemplo, se prevé un procedimiento de reclamación por formalización arbitraria, en el cual el imputado puede reclamar ante las autoridades superiores del Ministerio Público. Es decir, aun cuando no se prevea en esa legislación el auto de vinculación a proceso existe un procedimiento para garantizar que el ejercicio de la acción penal y la continuación del proceso no sean arbitrarios.

- volver el asunto al Ministerio Público para que continúe la investigación desformalizada; lo segundo implica no dictar la vinculación con sustento en la fracción IV de ese numeral y, consecuentemente, decretar el sobreseimiento.
- g. El cómo del estándar probatorio, es decir, la calidad, la cantidad y el tipo de información para motivar el establecimiento del modelo normativo, consiste en la valoración de datos de prueba (es decir, referencias expuestas por las partes sujetas a control horizontal, a medios de prueba que obren en la carpeta de investigación) y medios de prueba desahogados en la audiencia inicial, con base en los principios de inmediación y contradicción, de acuerdo con las reglas que operan para la audiencia de juicio.

B. Diferencias esenciales entre la vinculación a proceso y el auto de formal prisión

Estamos en aptitud de comparar las posiciones que, respectivamente, guardan el auto de formal prisión y el auto de vinculación a proceso dentro del proceso al cual cada uno pertenece y, con base en ello, precisar cuál es el estándar probatorio que en cada uno tiene sentido exigir.

	Auto de formal prisión	Auto de vinculación a proceso
1. Medio de expresión de la resolución	Por escrito. De esta forma, la argumentación relativa a la fundamentación y motivación, corresponde a la forma de expresión escrita. La forma escrita permite la sincronía: dentro del mismo plazo constitucional el juez puede emitir varios autos de formal prisión, así como otras determinaciones respecto de otras causas. La forma escrita permite su revisión antes de firmarla; se puede pulir y afinar.	Oralmente. La constancia por escrito prevista en el artículo 67 del CNPP es eso, una mera constancia de lo ya resuelto. El registro de la resolución oral obra en videogración. La oralidad implica diacronía, es decir, la determinación toma el tiempo que lleva pronunciarla y no se puede tomar otra resolución al mismo tiempo por el mismo juez. Esto impacta en la forma, extensión y ordenación del argumento. Las palabras emitidas no pueden eliminarse, pulirse ni afinarse.

2. Ubicación procesal	Se dicta después de la declaración preparatoria, dentro del plazo de 70 y 72 horas o, dependiendo del tipo de delito o de la solicitud del inculcado, de 144 horas.	Se dicta en la audiencia inicial, con la cual comienza el proceso. Puede ser en la misma audiencia o, si y sólo si lo solicita el inculcado, dentro del plazo de 72 o 144 horas.
3. Relación con la etapa procedimental precedente	Deriva de una investigación formalizada y terminada por el Ministerio Público. La investigación está completa.	Deriva de una investigación desformalizada y de ninguna manera terminada por el Ministerio Público. La vinculación a proceso establece la existencia de méritos para continuar con la investigación complementaria (formalizada).
4. Efectos para el proceso	Delimitar los hechos por los cuales se seguirá el proceso.	Delimitar los hechos por los cuales se seguirá el proceso, aunque no puede exceder aquellos expuestos al formularse imputación (artículo 316, último párrafo, CNPP).
5. Modelo normativo	Acreditar con argumentación sólida la actualización probable de los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado (entre lo cual se encuentra el dolo o la culpa, la forma de intervención y los elementos de la antijuridicidad y la culpabilidad).	Establecer la suposición razonable de que ha acontecido un hecho previsto en la ley como delito y que el inculcado probablemente lo cometió o participó en su comisión (i.e. forma de intervención).

6. Tipo, calidad y cantidad de información	Medios de prueba formalizados, muchos de ellos tasados como prueba plena. El juez tiene acceso directo a ellos y los conoce de primera mano. Están desahogados con la presentación del pliego de consignación.	Datos de prueba que el juez conoce por referencias hechas por las partes a medios de prueba obrantes en la carpeta de investigación, controladas horizontalmente por las partes. En su caso, medios de prueba desahogados en la audiencia inicial conforme a las reglas de la audiencia de juicio, de acuerdo con los principios de inmediación y contradicción. Éstos los conoce directamente el juez. La valoración de los datos de prueba y los medios de prueba no está tasada, sino que es libre (reglas de la lógica y la sana crítica, artículo 265 CNPP).
7. Relación con las medidas cautelares	Incluye automáticamente la prisión formal o virtual, pues materialmente el imputado podría tener, si lo solicita y el delito no es grave, la libertad bajo caución. La regla general, entonces, es la medida cautelar consistente en prisión preventiva y, por excepción, la libertad caucional (en cuyo caso la prisión será sólo formal, no materializada).	La relación con las medidas cautelares es compleja. El hecho de que se dicte vinculación a proceso no implica la necesidad de dictado de medidas cautelares. Puede existir vinculación sin imposición de medidas cautelares. Se decretan en distintos momentos de la audiencia inicial y, de hecho, puede cambiar el orden en el cual se decrete una y la otra.

8. Relación con la libertad personal	Necesariamente afecta la libertad personal, pues implica la prisión, por lo menos formal, aunque en muchos casos implica apodícticamente la prisión material (por la gran cantidad de delitos graves previstos en la legislación nacional).	Es variable y en grado probable. La relación es siempre probable y flexible, pues no se requiere el pronunciamiento de la vinculación para dictar la medida cautelar, pero para que ésta persista, se requiere que se dicte la vinculación. Mientras exista mayor probabilidad de dictar la prisión preventiva, mayor será la relación entre la vinculación a proceso y la afectación libertad personal. La mayor relación de probabilidad se da en el caso de la prisión preventiva oficiosa, la cual, empero, debe ser de aplicación estricta y excepcional. En los demás casos será menor la relación, pues la prisión preventiva es excepcional, proporcional y ultima ratio. Es posible, incluso, que existiendo vinculación a proceso no se dicte medida cautelar alguna o, dictándose ésta, sólo se relacione con derechos patrimoniales.
9. Relación con la sentencia definitiva	Los medios de prueba que lo motiven forman parte de los autos del proceso y, por ende, siempre deben ser tomados en cuenta en la sentencia definitiva, con base en los principios de congruencia y exhaustividad. Por ende, los medios de prueba sustentantes de la formal prisión pueden sustentar una condena, aunque puedan considerarse otras pruebas para el efecto o incluso puedan llevar a la absolución.	Los datos de prueba referidos y los medios de prueba desahogados en la audiencia de vinculación a proceso, que sirvan como base para el dictado del auto de vinculación a proceso y de las medidas cautelares, carecen de valor probatorio para fundar la sentencia, salvo las excepciones expresas previstas por este Código.

Este cuadro muestra que en la sistemática constitucional y procesal en la cual se encuadran y tienen sentido los autos de formal prisión y de vinculación a proceso, respectivamente, son muchas más las diferencias entre ellos que sus similitudes. Tantas son las diferencias en cada uno de los aspectos referidos en el cuadro, que, desde esta perspectiva, causa sorpresa que se analoguen y se haya afirmado que la vinculación a proceso sea solamente la denominación actual del auto de formal prisión.

Ciertamente son similares en que ocurren en etapas iniciales del proceso y en que se relacionan con el término constitucional de 72 y 144 horas. Sin embargo, incluso en estos aspectos hay diferencias notables. El auto de formal prisión deriva de una investigación formalizada terminada; la vinculación a proceso no, pues establece que hay méritos para continuar la investigación, pero ahora de manera formalizada. En cuanto al término constitucional, opera en forma diferente en la formal prisión (donde siempre debe diferirse en el tiempo su dictado, pues debe ser después de la declaración preparatoria, la cual debe realizarse dentro de las 48 horas siguientes; es decir, casi siempre se agotan o se acerca agotar el término de 72 horas) que en la vinculación a proceso (no siempre se tiene que agotar el plazo, sólo cuando lo solicita el imputado).

En cuanto a los demás aspectos relevantes, son diametralmente distintos los autos en comento. Por ende, son tantas las diferencias relevantes y tan pocas y relativas las similitudes, que analogarlos es francamente una exageración.

La vinculación a proceso no es condición directa de la prisión preventiva. Ésta sólo se puede imponer como último recurso si es la única medida para garantizar el cumplimiento de alguno de los deberes para los cuales se instituyen las medidas cautelares.

Así, no parecen tener mucho sentido los reparos expuestos por García Ramírez y la tesis (XXVII.3o.20 P, 10a.), en relación con el cambio de estándar probatorio, principalmente porque la relación del auto de formal prisión y el de vinculación a proceso con la libertad personal son muy distintos, de tal forma que esta última sólo en algunos casos y con grado de probabilidad afecta o restringe la libertad personal con la prisión preventiva o el arraigo domiciliario.

4. El modelo normativo de la vinculación a proceso (hecho previsto en la Ley como delito y probable intervención)

A. Hecho previsto en la Ley como delito: elementos comunes a todo tipo penal

Díaz-Aranda (2009) sostiene que por hecho previsto en la ley como delito debe entenderse el hecho prohibido por el derecho penal, mientras que por probable comisión o participación comprende la valoración relacionada con el autor. Entonces, el hecho previsto en la ley como delito se reduce a los aspectos objetivos y normativos del

tipo y la probable intervención a la probable responsabilidad (en la que se encuentra el dolo, la culpa, los elementos subjetivos específicos, la forma de intervención, la antijuridicidad y la culpabilidad).

Pavón Vasconcelos (1999), siguiendo a Cavallo, precisa que el “hecho” relevante para el derecho penal tiene dos significados: uno amplio, según el cual consiste en la descripción de todos los elementos del tipo legal, y uno restringido, de acuerdo con el que se entiende por hecho sólo los elementos materiales del tipo. Sin embargo, poco más adelante reduce el alcance de “hecho” al identificarlo con “conducta”, “resultado y “nexo de causalidad” (Pavón, 1999).

El tipo penal es la descripción de una categoría o tipo de delito. En los inicios de la teoría del tipo, éste se reducía a la mera descripción objetiva, sin elementos valorativos ni subjetivos de ninguna índole, del hecho al cual, posteriormente en la antijuridicidad, se asignaría o atribuiría el carácter de prohibido. Así, se observa en Beling (1944) (quien inauguró la teoría del tipo) y von Liszt (Roxin, 1979).

Sin embargo, pronto se pudo observar que en la formulación de la descripción del tipo o categoría del delito, el legislador no se limita a delimitar el hecho objetivamente, sino que además le atribuye, por lo menos *prima facie*, el carácter de prohibido. Asimismo, la valoración del legislador sobre la descripción del hecho trasciende a atribuir a éste elementos no sólo objetivos, sino también subjetivos y normativos (Roxin, 1997), (Jakobs, 1995).

Es decir, la evolución de la teoría del tipo implica que para considerar legalmente descrito un hecho como prohibido *prima facie* no bastan los elementos objetivos y normativos, sino también los subjetivos, de tal forma que todos están interrelacionados entre sí, según estén previstos en la descripción respectiva. V. gr. sin intervención, dolo y/o culpa, no hay nunca homicidio, aunque sean aspectos subjetivos y se actualicen todos los elementos objetivos.

Entonces, desde esta perspectiva, parece claro que el hecho prohibido para el derecho penal es, precisamente, el tipo o categoría de delito descrito en la ley, el cual, por ende, se compone de elementos objetivos, subjetivos y normativos. El hecho previsto en la ley como delito es, pues, solamente la descripción típica, sin incluir elementos de la antijuridicidad ni de culpabilidad, sin que ello implique su neutralidad: *prima facie* está prohibido. Todos los elementos forman parte integral de la descripción. Su conjunción es el hecho previsto en la ley como delito.

Así, el hecho prohibido por el derecho penal a que alude Díaz-Aranda no puede ser otro que la descripción del tipo o categoría del injusto, pero entendido como lo que es: una descripción abstracta de un hecho, que como tal admite análisis y, por ende,

puede dividirse en elementos, los cuales se entienden no aisladamente, sino como parte de la descripción.¹⁵

Que el hecho previsto en la ley como delito coincide con el descrito en el tipo o categoría del injusto se ve respaldado también en el Código Nacional, concretamente en el artículo 141, conforme al cual el Ministerio Público debe referir el tipo penal que se relaciona con la solicitud de orden de aprehensión, citatorio o comparecencia, las cuales requieren para su otorgamiento el establecimiento de la ocurrencia del hecho previsto en la ley como delito.

Expuesto lo anterior, es preciso atender al Código Nacional, a la jurisprudencia nacional y a la doctrina, para establecer cuáles son los elementos comunes a todo tipo penal.

El artículo 405 del Código Nacional establece las excluyentes de responsabilidad, entre las que se encuentran la atipicidad. Con base en ésta, considerada como la faz negativa de la tipicidad, se pueden inferir los elementos que el citado código atribuye al tipo penal.

La fracción I de ese dispositivo prevé como causas de atipicidad la ausencia de voluntad o de conducta, la falta de alguno de los elementos del tipo penal, el consentimiento de la víctima que recaiga sobre algún bien jurídico que no admita, de acuerdo con el catálogo de delitos susceptibles de configurarse de forma culposa previsto en la legislación penal aplicable y el error de tipo vencible y el invencible, los cuales excluyen el dolo y, el segundo, la culpa.

Como caras positivas de esas causales de atipicidad tenemos como elementos comunes a todo tipo penal, según ese precepto legal, la acción o conducta, el bien jurídico, el dolo y la culpa. Sobre el bien jurídico, también el artículo 487, último párrafo, respalda la consideración de que es un elemento del tipo.

En relación con el dolo y la culpa como elementos del tipo, resalta que el artículo 405, fracción I, dispone como causa de atipicidad el error de tipo vencible e invencible, los cuales excluyen el dolo y, el segundo, la culpa, como lo ha reconocido la

¹⁵ Así parece reconocerlo el autor, cuando dice: “La descripción total de la conducta prohibida integrará el tipo penal y a través del juicio de tipicidad analizaremos si la conducta realizada por el sujeto se adecua completamente a lo descrito en el tipo penal”, en Díaz-Aranda, Enrique. “Lecciones de Derecho Penal para el nuevo sistema de Justicia en México”, México, IIJ-UNAM- Straf, 2014, p. 46. También apoya nuestra opinión, sobre todo en la importancia del conjunto de la descripción sobre la de los elementos que la componen, Enrique Bacigalupo, según quien: “El tipo penal en sentido estricto es la descripción de la conducta prohibida por una norma... En general, ‘tipo’ es una expresión que designa todo conjunto de elementos unidos por una significación común. El tipo penal, por lo tanto, es el conjunto de elementos que caracterizan a un comportamiento como contrario a la norma”. Bacigalupo, Enrique. “Derecho Penal. Parte General”, Buenos Aires, Hammurabi, 2ª. ed., 1999, p. 220.

Primera Sala en la tesis 1ª.CIX/2005,¹⁶ por tanto, como faz positiva de este aspecto negativo, el dolo y la culpa son parte del tipo. Además, en la fracción IV, donde se prevén las excluyentes de culpabilidad, están implicados los elementos positivos de ésta: imputabilidad (inimputabilidad) y consciencia de antijuridicidad (error de prohibición). El dolo, entonces, no incluye el conocimiento de la antijuridicidad, sólo el de los elementos del tipo objetivos y normativos, como sostiene Roxin (1997), (1a./J. 116/2005).

Queda claro que el legislador, en el Código Nacional, adopta la posición de que el dolo y la culpa forman parte del tipo penal, sin que implique considerar que se adscriba a la teoría finalista, pues como bien refiere Roxin, las razones para incluir esos elementos subjetivos en el tipo no requieren asumir la definición de la conducta o acción de Welzel¹⁷ (Roxin, 1997).

No escapa a nuestra atención la existencia de un debate sobre si el legislador estaba facultado o no por el artículo 73, fracción XXI, inciso c), constitucional para regular un aspecto sustantivo, como lo es la determinación de las excluyentes de res-

¹⁶ Donde dice: “[...] el error de tipo consiste en una falsa apreciación o distorsión sobre uno o más de los elementos —sean de naturaleza objetiva o normativa— exigidos por la ley para integrar el tipo delictivo. Este tipo de error, como causa de exclusión del delito, tiene como efecto excluir el dolo o la culpa; de manera que si el error es invencible (insuperable), esto es, no pudiendo evitarse ni habiendo actuado el agente con el mayor cuidado, se excluye plenamente su responsabilidad penal, pero no se excluye por completo si es vencible (superable), sino que en términos del artículo 66 del citado ordenamiento actúa como aminorante, pues se aplica la punibilidad del delito culposo si el hecho de que se trata admite tal forma de realización.” En este mismo sentido, la doctrina dominante, la cual también incluye el dolo y la culpa en el tipo: Roxin, Jakobs, Jeschek, Bacigalupo.

¹⁷ No sobra poner aquí las razones por las cuales Roxin sostiene que, de acuerdo con la doctrina dominante actualmente el dolo y la culpa forman parte del tipo: “1. Si se atribuye al tipo la misión de tipificar el contenido de merecimiento de pena del correspondiente delito, no se puede renunciar al dolo para perfilar el tipo delictivo, desde ese punto de vista unos daños dolosos son algo sustancialmente distinto que los daños imprudentes [...] 2. La tentativa de realizar un tipo presupone el dolo [...] si en el delito intentado el dolo pertenece al tipo —cosa que también admiten quienes consideran el dolo en los hechos consumados exclusivamente como forma de culpabilidad—, entonces no convence que en el delito consumado sólo sea relevante desde el punto de vista de la culpabilidad [...] 3. También habla en favor de la concepción del dolo como elementos del tipo la circunstancia de que la mayor parte de las acciones típicas son descritas por el legislador mediante verbos concebidos de modo final [...] 4. Por último, los elementos subjetivos del tipo no contenidos en descripciones objetivas de la acción típica, cuya existencia generalmente tampoco niegan quienes consideran el dolo como problema puramente de culpabilidad, tienen que llevar también al reconocimiento del dolo típico [...] 5. En cambio, el concepto de acción no proporciona ningún argumento a favor de la pertenencia del dolo al tipo. Es verdad que el finalismo, al haber calificado a la finalidad como elementos esencial de la acción y haberla equiparado —en su fase inicial— con el dolo [...] dio impulso decisivo al reconocimiento del dolo como parte del tipo; pero precisamente esa fundamentación no es sostenible [...] Sin embargo, si se tiene en cuenta que los finalistas desde el principio también han hecho valer los restantes argumentos a favor de la pertenencia del dolo al tipo, resulta comprensible que hayan logrado imponer esa tesis central, a pesar de que mayoritariamente no se ha aceptado su teoría de la acción [...]”.

ponsabilidad. Sin embargo, esto no afecta nuestra investigación. Ésta se reduce a determinar con base en la Constitución, el Código Nacional y la jurisprudencia qué elementos deben considerarse para describir e identificar el hecho previsto en la ley como delito para los efectos procesales de las órdenes de citación, comparecencia y aprehensión, así como para la vinculación a proceso.

Ahora, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia también ha precisado algunos elementos comunes a todo tipo penal, en la tesis (P. XXII/2013, 10a.). Ahí se refieren como tales la acción u omisión, el bien jurídico protegido y los sujetos activo y pasivo. También se refieren como elementos que pueden formar parte del tipo las calidades específicas en los sujetos activo o pasivo el objeto material, los medios utilizados, las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión, y los elementos normativos y subjetivos específicos.¹⁸

Por su parte, del análisis de los temas que analiza generalmente la doctrina en la teoría del tipo compatible con lo expuesto respecto de los elementos del tipo en relación con el Código Nacional (es decir, la inclusión del dolo y la culpa en el tipo, por lo que las teorías afines serán las finalistas y las funcionalistas, tal vez más éstas que aquéllas), podemos inferir que son elementos de éstos la conducta, el resultado (mera acción o de resultado, el cual se divide en delito de peligro o de lesión), el nexo de atribubilidad (causal, determinación, teoría de la imputación al tipo objetivo), los sujetos (activos y pasivos, así como su cantidad o cualidad), el objeto material (y su calidad o cantidad), el instrumento (calidad y cualidad), las circunstancias de modo, tiempo, lugar y ocasión, la forma de intervención (hasta aquí los elementos objetivos o tipo objetivo), el dolo, la culpa, los elementos subjetivos específicos (estos tres conforman el tipo subjetivo) y los elementos normativos (de valoración jurídica o cultural) (Roxin, 1997), (Jakobs, 1995), (Jescheck, 2014), (Bacigalupo, 1999), (Díaz-Aranda, 2014).

En relación con la forma de intervención como elemento del tipo objetivo, es preciso hacer algunas precisiones.

Jescheck y Weigend (2014) son claros: “[l]a teoría de la participación es una parte de la teoría del tipo”. Bacigalupo (1999), por su parte, afirma que “[l]a teoría de la autoría y la participación tiene la finalidad de diferenciar en el nivel de la tipicidad, diversas formas de participación de más de una persona en un hecho punible”. Welzel converge (aun cuando por otras razones) cuando dice que “[i]njusto es injusto personal, es decir, le es esencial la relación con el autor. Como el autor Coacuña lo injusto, pertenece a la teoría de lo injusto el estudio de cómo él llega a ser autor. La teoría del

¹⁸ En el criterio referido no se incluye el dolo y la culpa como elementos del tipo; sin embargo, es claro que el CNPP, emitido un año después, ya lo hace. Además, según las contundentes razones expuestas por Roxin, el hecho de admitir como elementos del tipo a los subjetivos específicos implica asumir como tales al dolo y la culpa.

autor tiene que constituir el centro personal de acción de lo injusto... La teoría de autor pertenece a la teoría de lo injusto, porque ya lo injusto es de naturaleza personal". Aguilar López (2015) también estudia las formas de intervención en la teoría del tipo. Para Zaffaroni (1999) la autoría directa es una forma de la tipicidad, mientras que la pluralidad de autores o partícipes es una forma eventual de la tipicidad.

Si la teoría de la intervención se relaciona con la atribución de la realización de los elementos del tipo objetivo a la conducta de una persona y a la forma en que ésta incide sobre la actualización de esos elementos (autoría o participación), es patente que tiene estrecha relación con la teoría de la imputación al tipo objetivo defendida por Roxin (1997), Jakobs (1995) Jescheck y Weigend (2014), por ende, no quedará duda de que forma parte del tipo objetivo. Sin embargo, dado que está relacionado con la atribución de la conducta y el resultado al sujeto activo (todos estos son elementos objetivos), la forma de intervención permite articular los elementos objetivos con los elementos subjetivos. Sabiendo la forma de intervención se pueden establecer el dolo o la culpa.

Por ende, cuando la Constitución y el CNPP requieren el establecimiento de la suposición razonable de que se realizó un hecho previsto en la ley como delito y la probable comisión o participación en su comisión por parte del imputado, se puede seguir que la suposición razonable (siempre en el nivel de la probabilidad) a fin de cuentas recae sobre la tipicidad. Suponer razonablemente el hecho previsto en la ley como delito y la probable intervención equivale a suponer la probabilidad razonable de que se da la tipicidad. Es tipicidad probable.

Es importante recalcar que el acento se da en la descripción global del hecho, no en sus elementos. Éstos sólo son relevantes en cuanto que integran la descripción. Por esta razón no puede considerarse lo aquí propuesto como una regresión a los elementos del tipo penal previstos en la constitución entre 1993 y 1997. El énfasis no está en los elementos, sino en la descripción y, por ende, la forma de argumentar la justificación de que en un caso se puede establecer la suposición razonable de que se da el hecho, no necesariamente tiene que implicar exponer analíticamente cada uno de los elementos y los datos de prueba o medios de prueba valorados para establecerlos, sino que bien puede efectuarse conceptualmente, es decir, la argumentación puede incluir el establecimiento global del hecho, sin analizarlo puntualmente, siempre que estén implicados todos los elementos.

Esto también significa que es posible argumentar lo anterior atendiendo al establecimiento de cada elemento sin olvidar que lo importante es que cada uno de ellos, así como el hecho en su conjunto, debe ser establecido a grado de suposición razonable (probabilidad suficiente), a la vez que conviene obviar los tecnicismos implicados en cada elemento, en la medida que lo relevante para las órdenes de citación, comparecencia y aprehensión y la vinculación a proceso, es que cualquier persona

razonable, con los datos de prueba y medios de prueba (estos últimos sólo respecto de la vinculación) expuestos ante el juez, pueda suponer que aconteció un hecho previsto en la ley como delito, aun cuando no corresponda con la clasificación propuesta por el Ministerio Público.

Se debe dejar a la prudencia del juez argumentar conceptualmente o analíticamente (elemento por elemento), siempre que su exposición sea apta para convencer a cualquier persona razonable de que se da una suposición razonable de que se actualiza la tipicidad. Mientras se sustente razonablemente la probabilidad de la tipicidad, la argumentación será correcta.

Por otro lado, como el acento se encuentra en el hecho y no en cada elemento de su descripción, cuando no se pueda suponer razonablemente el establecimiento de alguno de los elementos no implicará necesariamente que no se establezca un hecho previsto en la ley como delito, sino, a lo sumo, que no se da una particular clasificación jurídica, pero sí otra. Se puede mantener, pues, el hecho previsto en la ley como delito, aun cuando no se pueda establecer razonablemente algún elemento de la descripción propuesta por la fiscalía. Atender a los elementos del tipo penal para describir el hecho previsto en la ley como delito y poder establecerlo en grado de suposición razonable no puede ni debe llevar a los excesos puntillosos que llevaron a la reforma de 1999.

5. Cuerpo del delito y probable responsabilidad o tipicidad probable

En el apartado anterior hemos mostrado que establecer la suposición razonable del hecho previsto en la ley como delito y la probable intervención se reducen a establecer la probabilidad suficiente (i.e. suposición razonable) de que se da la tipicidad. Por tanto, no se trata del cuerpo del delito en la medida de que éste, como se ha expuesto al inicio de este trabajo, es un tipo incompleto. Mucho menos se trata de la probable responsabilidad, pues basta con establecer la probabilidad suficiente de la tipicidad (en la cual se encuentra la forma de intervención como elemento que engarza o articula el tipo objetivo con el subjetivo).

Con esto no se enerva en forma alguna la presunción de inocencia ni se efectúa pronunciamiento adelantado sobre el fondo del asunto. Es decir, no se adelanta en forma alguna la sentencia definitiva. En efecto, si se trata de establecer la suposición razonable de la tipicidad (i.e. probabilidad suficiente) y la tipicidad únicamente indica la posibilidad de la antijuridicidad y del injusto, entonces el pronunciamiento respectivo no adelanta en forma alguna un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal, sino solamente establecerá la existencia de méritos suficientes para seguir el proceso, formalizar la investigación y permitir la continuación o el pronunciamiento sobre las medidas cautelares. Sólo hay probabilidad sobre la tipicidad, no sobre la responsabilidad.

Asimismo, se cumple la función de garantía, pues no se requiere cualquier probabilidad sobre la tipicidad para dictar las citadas órdenes o el auto de vinculación a proceso, sino una suposición razonable sobre la actualización de la descripción integral del hecho (no sólo de una parte de ésta, como ocurría en el cuerpo del delito).

Se ha llegado a decir que la probabilidad necesaria para la vinculación a proceso sea menor que la que se requería para la formal prisión.

Sobre este tema, la Primera Sala, en la tesis 1a. CCLXX/2014 (10a.), refirió que “uno y otro sistema tienen el objetivo común de demostrar que existen elementos para sostener la existencia del ilícito y la probabilidad de que el imputado haya participado en éste, siendo que los datos arrojados en la averiguación previa, por el especial reforzamiento que deben respetar, hacen altamente probable tanto la comisión del delito como la participación del imputado”.

En nuestra opinión, el hecho de que el nivel de probabilidad para la vinculación sea menor que el necesario para la formal prisión, no puede llevar a sostener que la probabilidad relativa a aquella se encuentre cerca del 50 por ciento. Ésta es la probabilidad de echar suertes con monedas (volados). Uno de los objetivos de la argumentación jurídica es, precisamente, que el sustento de las decisiones de los operadores jurídicos no se deje al decisionismo voluntarista ni al azar (Alexy, 2007). Por esta misma razón tampoco puede quedarse demasiado cerca de ese porcentaje. Además, debe considerarse que la probabilidad sólo recae en la tipicidad, no en los demás elementos de la responsabilidad.

Establecer un porcentaje preciso carece de sentido en el desarrollo actual de la argumentación jurídica. Se requerirían estudios inexistentes sobre la aplicación directa de la teoría de la probabilidad al derecho. Acaso se reduzca a una cuestión retórica, no matemática, es decir, a convencer a cualquier persona razonable sobre una probabilidad aceptable por medio de persuasión de que se da la tipicidad. En este punto, tal vez sea conveniente ahondar en la propuesta de Bolaños (2005) sobre una teoría de la probabilidad no matemática para el derecho, y/o en la aplicación de una lógica de la diferencia (Alanís, 2013).

Sin embargo, como idea regulativa podríamos aventurar un porcentaje superior al 70 por ciento (naturalmente medido con base en argumentos retóricos, no matemáticos), sin que esto represente una carga mayor, en la medida que se refiere solamente a la tipicidad, no a los demás elementos del delito (antijuridicidad y culpabilidad). La probabilidad no recae sobre la responsabilidad.

Tenemos, entonces, que el modelo normativo del estándar probatorio es la tipicidad probable; mientras que el cómo de éste consiste en una argumentación que puede ser conceptual o analítica (elemento por elemento) a juicio, prudencia y estilo de cada juzgador, dirigida a establecer la suposición razonable (i.e. probabilidad suficiente) aceptable por cualquier persona racional. La calidad de la información es, por un

lado, la propia de los datos de pruebas, considerados como referencias expuestas por las partes, es decir, éstas y sus referencias median entre la información percibida por el juez y su fuente. En el caso de los medios de prueba que se desahoguen en la audiencia inicial, la calidad de las pruebas es mayor en la medida que no hay mediación entre la fuente de la información y su percepción por el juez. Sobre la cantidad de la información debe corresponder a la probabilidad de establecer el hecho y la intervención en cuanto a su descripción global.

6. Conclusiones

1. El estándar probatorio tiene dos componentes: el modelo normativo (el qué) y el cómo se establece el modelo (argumentación, tipo, calidad y cantidad de la información).
2. El modelo normativo del estándar probatorio de las órdenes de citación, comparecencia y aprehensión, así como del auto de vinculación a proceso es la tipicidad probable.
3. El cómo del estándar probatorio es el siguiente. La argumentación puede ser conceptual o analítica (elemento por elemento) a juicio, prudencia y estilo de cada juzgador, siempre que con ella se pueda establecer la suposición razonable (i.e. probabilidad suficiente) aceptable por cualquier persona racional. La calidad de la información es, por un lado, la propia de los datos de pruebas, considerados como referencias expuestas por las partes, es decir, éstas y sus referencias median entre la información percibida por el juez y su fuente. En el caso de los medios de prueba que se desahoguen en la audiencia inicial, la calidad de las pruebas es mayor en la medida que no hay mediación entre la fuente de la información y su percepción por el juez. Sobre la cantidad de la información debe corresponder a la probabilidad de establecer el hecho y la intervención en cuanto a su descripción global.
4. Disentimos, entonces, de la tesis aislada XXVII.3o.20 P (10a.), pues no es necesario que la argumentación se refiera analíticamente a cada elemento del tipo. Es posible tanto una argumentación conceptual o sintética sobre la descripción global del hecho y la suposición razonable de que aconteció, como la argumentación analítica. También disentimos con la tesis XVI-I.1o.P.A. J/2 (10a.), cuando en ella se afirma como parámetro para establecer el hecho a la lógica formal. Concordamos en que la tipicidad probable a que aludimos, no es un adelanto de la tipicidad de la sentencia definitiva, pues por un lado se establece a grado de probabilidad con información

- cuyo tipo y calidad es radicalmente distinto al apropiado para la audiencia de juicio y, por otro, en forma alguna adelanta la responsabilidad.
5. Los reparos de García Ramírez y de la tesis XXVII.3o.20 P (10a.) se basan en la premisa incorrecta de analogar la vinculación a proceso con la formal prisión. Son tales las diferencias entre ambos, que sorprende que se los analoguen. En cuanto a la libertad personal, su afectación en la etapa temprana del actual proceso es mucho menor y, por lo general, excepcional y como *ultima ratio*, a diferencia de lo que ocurría en el sistema tradicional, donde la regla general era la afectación de la libertad.
 6. De cualquier manera, la vinculación a proceso es una garantía a la libertad personal y a otros derechos afectables por el proceso. Considerar que debe establecerse la tipicidad probable garantiza estos derechos, pues, por un lado, es suficiente para establecer los méritos para continuar con la investigación complementaria formalizada (que, incluso, es favorable al imputado).
 7. También garantiza la libertad personal, que la suposición razonable no implica cualquier probabilidad sobre la tipicidad para dictar las citadas órdenes o el auto de vinculación a proceso, sino un nivel de probabilidad relevantemente superior al 50 por ciento. Si bien precisar un porcentaje exacto carece de sentido en el desarrollo actual de la argumentación jurídica, como idea regulativa, podríamos aventurar un porcentaje superior al 70 por ciento. La probabilidad no recae sobre la responsabilidad.

V. Referencias bibliográficas

1. Libros

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, 2015, *El delito y la responsabilidad penal*, 7ª ed., México, Porrúa.
- ALANÍS GARCÍA, José Rogelio, 2013, *El derecho al reconocimiento de la personalidad. Su carácter tautológico y criterios racionales para su desarrollo*, México, tesis de maestría, Universidad Panamericana.
- , 2014, *La estructura sintáctica de los derechos fundamentales*, México, tesis de maestría, Flacso-México.
- ALCHOURRÓN, Carlos, 2003, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Argentina, Biblioteca Virtual Universal.
- ALEXY, Robert, 2007, *Teoría de la argumentación jurídica*, 2ª ed., trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, título original: *Theorie der juristischen Argumentation. Die*

- Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, España, Centro de Estudios, Políticos y Constitucionales.
- ATIENZA, Manuel, 2003, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- AVELLA FRANCO, Pedro Oriol, 2007, *La estructura del Proceso Penal Acusatorio*, Colombia, Fiscalía General de la Nación-Escuela de Estudios e Investigaciones Criminalísticas y Ciencias Forense.
- BACIGALUPO, Enrique, 1999, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Argentina, Hammurabi.
- BOLAÑOS, Bernardo, 2005, “La estructura de las expectativas jurídicas” en CARBONELL, Miguel (comp.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, España-México, Trotta-UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- BELING, Ernst von, 1944a, *La doctrina del delito-tipo*, trad. Sebastián Soler, Argentina, Depalma.
- , 1944b, *Esquema de Derecho Penal*, trad. de Sebastián Soler, Argentina, Depalma.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2007, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, EUA, OEA.
- DÍAZ-ARANDA, Enrique, 2009, *Cuerpo del delito, probable responsabilidad y la reforma constitucional de 2008*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- , 2014, *Lecciones de Derecho Penal para el nuevo Sistema de Justicia en México*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Straf.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, 1987, *La argumentación en la Justicia Constitucional Española*, España, Instituto Vasco de Administración Pública.
- FOUCAULT, Michel, 2009, *Vigilar y castiga*, México, Siglo XXI.
- FREGE, Gottlob, 2002, *Estudios sobre semántica*, España, Ediciones Folio.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, 1998, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2001, “Consideraciones sobre la reforma procesal penal en los últimos años”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y VARGAS CASILLAS, Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- , 2011, “Seguridad pública, proceso penal y derechos humanos”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS, Olga (coords.), *La situación actual del Sistema Penal en México. XI Jornadas sobre Justicia Penal*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas – Instituto Nacional de Ciencias Penales.

- , 2013, “La Reforma procesal penal en la Constitución Mexicana: ‘Transacción y Transición’”, en ASTUDILLO, César y CARPIZO, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- HORVITZ LENNON, María, et al., 2004, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- JAKOBS, Günther, 1995, *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*, España, Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans Heinrich y WEIGEND, Thomas, 2014, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Perú, Instituto Pacífico, v. 2.
- LUHMANN, Niklas, 2002, *El derecho de la sociedad*, México, Universidad Iberoamericana.
- MACCORMICK, Neil, 1997, *Legal Reasoning and Legal Theory*, EUA, Clarendon Press-Oxford.
- MEZGER, Edmund, 1958, *Derecho Penal. Libro de estudio*, Argentina, Pellegrini impresores.
- NASH, Claudio, 2007, *Las Reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª ed., Chile: Universidad de Chile-Centro de Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/389/submission/proof/files/assets/basic-html/page1.html>
- OVALLE FAVELA, José, 2007, *Garantías constitucionales del proceso*, 3ª ed., México: Oxford University Press.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, 1999, *Derecho penal mexicano*, 14ª ed., México, Porrúa.
- PÉREZ CRUZ, María Teresa, 2014, “Defensor”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, et al., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, México, Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal. UNAM- III.
- QUIBRERA PRECIADO, Marcela del Socorro (coord.), 2014, *Guía de apoyo para el estudio y aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Consejo de la Judicatura Federal.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, 2011, *La prueba: un análisis racional y práctico*, España, Marcial Pons.
- ROXIN, Claus, 1979, *La teoría del tipo penal*, Argentina, Depalma.
- , 1997, *Derecho Penal, Parte General*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, España, Civitas, t. I.
- SARMIENTO, Daniel, 2007, *Las Sentencias Básicas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, España, Thomson-Civitas.
- SCHWABE, Jürgen, 2009, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, México, Konrad Adenauer Stiftung.

SILVA GARCÍA, Fernando, 2011, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos*, México, Consejo de la Judicatura Federal.

SPENCER BROWN, George, 1972, *Laws of Form*, EUA, The Julian Press.

WRIGHT, Henrik von, 1951, "Deontic Logic", *Mind. A Quarterly Review of Psychology and Philosophy*, Reino Unido, Nueva Serie, v. 60, No. 237, enero. Disponible en: <http://www.wnswz.strony.ug.edu.pl/von%20wright,%20deontic%20logic.pdf>

———, 1960, *Norm and Action*. Disponible en <http://www.giffordlectures.org/lectures/norm-and-action>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1999, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Ediar, t. IV.

2. Legislación

Código Nacional de Procedimientos Penales

3. Tesis y jurisprudencia

JURISPRUDENCIA P./J. 47/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo II, diciembre de 1995, p. 133.

———, 1a./J. 116/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXII, octubre de 2005, p. 181.

———, 2a./J.192/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, octubre de 2007, p. 209.

———, 1a./J. 143/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 2, libro III, diciembre de 2011, p. 912.

———, 1a./J. 12/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro X, julio de 2012, p. 433.

———, 1a./J. 2/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo 1, libro V, febrero de 2012, p. 533.

———, XVII.1o.P.A. J/25, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, libro V, febrero de 2012, p. 1942.

———, 1a./J. 99/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro XXIV, septiembre de 2013, p. 704.

———, a./J. 100/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, libro XXIV, septiembre de 2013, p. 696.

———, 1a./J. 11/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 369

- , 1a./J. 26/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, libro 18, mayo de 2015, p. 240
- , 1a./J. 2/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, libro 30, mayo de 2016, p. 955.
- , 1a./J. 3/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, libro 30, mayo de 2016, p. 953.
- TESIS I.5o.P.23 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, octubre de 2002, p. 1414.
- , I.7o.P.56 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XX, septiembre de 2004, p. 1823.
- , 1a. LVII/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIX, mayo de 2004, p. 514.
- , 1a. CIX/2005, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXIII, marzo de 2006, p. 208.
- , 1a./J. 65/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, diciembre de 2006, p. 66.
- , P. XXII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, libro XX, mayo de 2013, p. 193.
- , XVII.1o.P.A. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, libro XXVI, noviembre de 2013, p. 757.
- , 1a. CCLXX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, libro 8, julio de 2014, p. 161.
- , XXVII.3o.20 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo III, libro 27, febrero de 2016, p. 2025.

4. Sentencias y resoluciones

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2007b, *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*, EUA, OEA.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1997, *Caso Suárez Rosero vs Ecuador*, Fondo, sentencia de 12 de noviembre. Serie C, No. 35.
- , 2001, *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 2 de febrero, Serie C, No. 72.
- , 2004, *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre. Serie C, No. 114.
- , 2005, *Caso García Asto y Ramírez Rojas*, Sentencia de 25 de noviembre, Serie C, No. 137.
- , 2005a, *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de noviembre, Serie C, No. 135.

- , 2006a, *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de enero. Serie C, No. 140.
- , 2006b, *Caso La Cantuta vs. Perú*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 29 de noviembre. Serie C, No. 162.
- , 2006c, *Caso Baldeón García*, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril. Serie C, No. 147.
- , 2007, *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre. Serie C, No. 170.
- , 2008a, *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto. Serie C, No. 184.
- , 2008b, *Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre. Serie C, No. 192.
- , 2008c, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto. Serie C, No. 186.
- , 2009a, *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 23 de Noviembre. Serie C, No. 209.
- , 2009b, *Caso Anzualdo Castro vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 22 de septiembre. Serie C, No. 202.
- , 2009c, *Caso Garibaldi vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre. Serie C, No. 203.
- , 2009d, *Caso Reverón vs. Venezuela*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 30 de junio. Serie C, No. 197. CAMBIAR EN EL TEXTO PORQUE HAY 2009 B Y D, DEJAR D.
- , 2009e, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre. Serie C, No. 205.
- , 2010, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto.
- , 2012, *Caso Furlán vs Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto. Serie C No. 246.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, 2005, Sentencia C-1194, 22 de noviembre de 2005.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COLOMBIANO, 2013, Sentencia C-303/13. 22 de mayo.

5. Informes y estudios

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 2007, *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos*”, EUA, OEA.

6. Sitios electrónicos

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Proceso legislativo, Exposición de motivos de la iniciativa de 10 de diciembre de 1999. Disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=154&IdProc=1> (fecha de consulta 28 de abril de 2016.)

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Proceso legislativo, Dictamen de la Cámara de Senadores de 1 de octubre de 1999. Disponible en <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?IdOrd=130&IdRef=154&IdProc=2> (fecha de consulta 28 de abril de 2016.)

Corte Constitucional de Colombia. <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-303-13.htm>

CAPÍTULO III

ETAPA INTERMEDIA Y EL CAMINO PROCESAL DE LA PRUEBA

Iván Aarón Zeferín Hernández

I. Etapa intermedia del procedimiento ordinario, necesidad de efectuar una interpretación correctiva y funcional sobre los plazos, conceptos y omisiones que derivan del Código Nacional de Procedimientos Penales

Como es sabido, la etapa intermedia emerge al ámbito procesal una vez que ha culminado la etapa de investigación complementaria y la institución ministerial decide continuar el proceso al formular la correspondiente acusación escrita; acto mediante el cual comienza esta fase previa al juicio que tiene sustento en el derecho de contradicción, que no es un contraderecho ni se opone al derecho de acción, sino que lo complementa y resulta necesaria su consecuencia, puesto que ambos tiene un mismo objeto y un mismo fin (Devis, 1997).

En efecto, esta etapa constituye, en opinión de muchos, el curso procesal donde se patentiza la cúspide de los principios de igualdad y contradicción, al tener la esencia y finalidad (dicho en sentido figurativo) de mostrar las armas que se llevarán a juicio, que en términos jurídicos consiste en evidenciar a la contraparte los medios de prueba que serán materia de aquel debate, por lo que el juez de control constituye sólo un instrumento de depuración de pruebas y hechos, ya que ni siquiera él será sede de la audiencia en comento.

Ahora bien, en el sistema penal acusatorio mexicano, esta etapa intermedia tiene por objeto sólo el ofrecimiento y admisión de medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral, sin que con ello se

entienda que se analizará en aquella fase la suficiencia o razonabilidad probatoria para ir a juicio, ya que esa cuestión ha sido estudiada previamente por el juez de control.

En efecto, en los sistemas procesales de corte acusatorio, por regla general es necesario que exista un pronunciamiento judicial previo que se haga cargo de analizar si los medios de prueba son suficientes y razonables para abrir la etapa de juicio, pues de lo contrario se debe instar a la fiscalía a que prosiga sus actos de investigación, hasta reunir ese estándar necesario para proseguir con aquella fase de debate.

Por su parte, México, al contar con un sistema penal de corte acusatorio, no es la excepción en cuanto a la necesidad procesal de establecer una fase de estudio previo de suficiencia y razonabilidad probatoria para ir a juicio, sólo que esta actividad la realiza a través de una institución jurídica única a nivel mundial: el auto de vinculación a proceso. En esa determinación, los jueces mexicanos analizan la suficiencia y congruencia del material probatorio para ir a juicio, o más específicamente dicho, para continuar el proceso, ya que el juez ejerce un estudio pormenorizado de los datos de prueba existentes y se ocupa de determinar su suficiencia y razonabilidad para vincular a proceso a la persona, a fin de que prosiga la investigación complementaria (principal, a cargo del Ministerio Público y paralela, a cargo de la defensa, el imputado, la víctima u ofendido y su asesor jurídico). Así, una vez que se decreta el cierre de la fase indagatoria y el órgano público de procuración de justicia presente su acusación escrita, surgirá en el ámbito procesal la etapa intermedia.

Esta fase no es una cuestión novedosa en el sistema penal acusatorio mexicano, en virtud de que algunos de los códigos procesales de corte acusatorio de las entidades federativas ya la contemplan desde antaño. Tal es el caso de, entre otras legislaciones, el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua y el diverso para el Estado de Baja California, que preceptuaban en forma idéntica (desde su creación), dicha etapa intermedia; específicamente en sus respectivos numerales 299. Tales porciones normativas la definían como aquella que “tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de juicio oral”.

Al hacer una comparación de la etapa intermedia de las legislaciones locales con aquella que se contempla en el artículo 334 del Código Nacional de Procedimientos Penales, se concluye que es, en esencia, idéntica a las del ámbito local, en tanto persiguen uniformemente el mismo objeto, que es precisamente el ofrecimiento y admisión de medios de prueba que serán materia del juicio; asimismo, como una segunda finalidad se erige la depuración de los hechos que, bajo un principio de congruencia que deriva desde la formulación de imputación, se establecerán los que serán materia de la audiencia de debate. Sin embargo, como se ha hecho hincapié, en la etapa intermedia ya no se analizará la suficiencia del estándar probatorio ni tampoco su razonabilidad para abrir la etapa de juicio, ya que sólo se trata de una decisión judicial sobre la

apertura del procedimiento principal (Roxin, 2000); por ello, sólo se depurarán hechos y pruebas y si la acusación no tiene fuerza probatoria o eficiencia para efectos de sustentar una sentencia condenatoria de juicio, el juez de control no podrá hacer manifestación en ese sentido, ya que la consecuencia de ello se evidenciaría con la absolución del acusado al final de aquella etapa de debate.

No obstante, aunque la esencia misma de la etapa intermedia encuentra identidad con aquellas que ya se aplicaban antes de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, esta legislación ofrece figuras jurídicas novedosas para el sistema nacional acusatorio.

En efecto, los aspectos peculiares que subyacen en el Código Nacional son propiamente, caminos procesales de la prueba, que constituyen pasos previos al ofrecimiento y admisión de los elementos de convicción que usualmente se contemplan en la teoría general de la prueba. Estas fases previas de la prueba son el anuncio y su descubrimiento probatorio, los cuales —cabe decir— fueron reproducidos en México inspirados en el sistema colombiano, que la contempla como descubrimiento de la prueba, en la llamada audiencia preparatoria, que tiene como finalidad planear, delimitar y determinar la actividad probatoria que se desarrollará en la audiencia de juicio oral (Avella, 2007).

Ahora bien, dado que el presente capítulo tiene como finalidad establecer una interpretación correctiva y funcional sobre los plazos, conceptos y omisiones que derivan del Código Nacional de Procedimientos Penales en esta etapa, se analizarán las fases del camino de la prueba en los siguientes apartados y sólo nos limitaremos a establecer la armonización de la ley en la fase intermedia escrita.

Necesidad de efectuar una interpretación correctiva y funcional sobre los plazos, conceptos y omisiones de la etapa intermedia

El camino procesal de la prueba relativa al anuncio y descubrimiento probatorio de los medios de prueba que serán llevados a juicio está previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, específicamente en los numerales 334 al 340, donde se señalan los plazos y la forma en que esto acontecerá.

Es importante mencionar, que de conformidad con la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, fue modificado el contenido de los preceptos 336, 337, 338, 340 y 341, entre otros numerales, a través de los cuales el legislador corrigió algunas inconsistencias que existían en el Código Nacional y específicamente en la etapa intermedia escrita. Con ello superó algunas imprecisiones que existían con antelación y, *grosso modo*, se pueden citar las siguientes:

- Quedó establecido que en el momento de ser notificadas las partes de la acusación escrita ministerial se debía entregar una copia de ésta.
- Se definió en qué consiste el descubrimiento probatorio y la forma en que lo deben llevar a cabo las partes.
- Se concretó el plazo en el que debía llevarse a cabo del descubrimiento probatorio (en cuanto al Ministerio Público de manera continua durante el proceso y respecto a la víctima y el acusado en los plazos de los numerales 338 y 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, respectivamente).
- Quedó establecido que en caso de que el acusado o su defensa requieran más tiempo para preparar el descubrimiento probatorio, podrán solicitar un plazo razonable al juez para hacerlo, lo cual podrá hacerse valer incluso en la propia audiencia intermedia.
- Se especificó la forma en que la víctima u ofendido deberán aportar medios de prueba que llevarán a juicio.
- Se determinó que en el plazo de 10 días el acusado o su defensa ejercerán los derechos establecidos en el artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales y se incorporó la prerrogativa de ofrecer los medios de prueba que llevará a juicio (anteriormente no se contemplaba expresamente ese derecho, sino que debía incorporarse por armonía operativa).
- Quedó establecido que el juez de control, en el mismo proveído en el cual tuviera por recibida la acusación ministerial, señalará hora y fecha para que tenga verificativo la audiencia intermedia.

Pues bien, no obstante que algunas de las inconsistencias que la ley presentaba fueron atendidas con la reforma penal, existen algunas cuestiones que, ante ello, no se vieron del todo resueltas o al menos no con los alcances pretendidos, como se analizará a continuación.

Para referencia inmediata, considero necesario transcribir los numerales conducentes.

Artículo 336. Notificación de la acusación

Una vez presentada la acusación, el juez de control ordenará su notificación a las partes al día siguiente. Con dicha notificación se les entregará copia de la acusación.

Artículo 337. Descubrimiento probatorio

El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Pú-

blico, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio. En el caso del imputado o su defensor, consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Público a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia, lo cual deberá realizarse en los términos de este Código.

El Ministerio Público deberá cumplir con esta obligación de manera continua a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 de este Código, así como permitir el acceso del imputado o su defensor a los nuevos elementos que surjan en el curso de la investigación, salvo las excepciones previstas en este Código.

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente, para lo cual, deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público. Tratándose de la prueba pericial, se deberá entregar el informe respectivo en el momento de descubrir los medios de prueba a cargo de cada una de las partes, salvo que se justifique que aún no cuenta con ellos, caso en el cual, deberá descubrirlos a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia.

En caso de que el acusado o su defensor requiera más tiempo para preparar el descubrimiento o su caso, podrá solicitar al juez de control, antes de celebrarse la audiencia intermedia o en la misma audiencia, le conceda un plazo razonable y justificado para tales efectos.

Artículo 338. Coadyuvancia en la acusación

Dentro de los tres días siguientes de la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público, la víctima u ofendido podrán mediante escrito:

- I. Constituirse como coadyuvantes en el proceso;
- II. Señalar los vicios formales de la acusación y requerir su corrección;
- III. Ofrecer los medios de prueba que estime necesarios para complementar la acusación del Ministerio Público, de lo cual se deberá notificar al acusado y,
- IV. Solicitar el pago de la reparación del daño y cuantificar su monto.

Artículo 339. Reglas generales de la coadyuvancia

Si la víctima u ofendido se constituyera en coadyuvante del Ministerio Público, le serán aplicables en lo conducente las formalidades previstas para la acusación de aquél. El juez de control deberá correr traslado de dicha solicitud a las partes.

La coadyuvancia en la acusación por parte de la víctima u ofendido no alterará las facultades concedidas por este Código y demás legislación aplicable al Ministerio Público, ni lo eximirá de sus responsabilidades. Si se trata de varias víctimas u ofendidos podrán nombrar un representante común, siempre que no exista conflicto de intereses.

Artículo 340. Actuación del imputado en la fase escrita de la etapa intermedia

Dentro de los 10 días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, el acusado o su defensor, mediante escrito dirigido al juez de control, podrán:

I. Señalar vicios formales del escrito de acusación y pronunciarse sobre las observaciones del coadyuvante y si lo consideran pertinente, requerir su corrección. No obstante, el acusado o su defensor podrán señalarlo en la audiencia intermedia;

II. Ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio;

III. Solicitar la acumulación o separación de acusaciones, y

IV. Manifestarse sobre los acuerdos probatorios.

El escrito del acusado o su defensor se notificará al Ministerio Público y al coadyuvante dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación.

Artículo 341. Citación a la audiencia

El juez de control, en el mismo auto en que tenga por presentada la acusación del Ministerio Público, señalará fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, la cual deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor a treinta ni exceder de cuarenta días naturales a partir de presentada la acusación.

De los numerales transcritos, que considero son los esencialmente conducentes para dar sustento a esta interpretación armónica-operativa, se advierten las siguientes cuestiones.

En primer lugar, con relación a lo establecido en el precepto 336, no se advierte un cambio significativo con la reforma citada, habida cuenta de que esencialmente presenta la misma correspondencia que el numeral reformado: notificar a las partes

con una copia de la acusación ministerial, para estar en aptitud de ejercer sus derechos procesales.

Con relación a lo previsto en el artículo 337 citado, el legislador sí previó diversas modificaciones sustanciales. En primer término, definió las reglas que las partes y, destacadamente el Ministerio Público, deberán seguir en el ámbito del descubrimiento probatorio. Circunstancia que se analizará de manera más detallada en un capítulo subsiguiente, por lo que en este apartado sólo se abordará lo relativo a los plazos en que esto acontecerá.

Como es sabido, antes de la multicitada reforma, el Ministerio Público debía realizar su descubrimiento probatorio dentro del término de cinco días, contados a partir de la presentación de su acusación escrita. Sin embargo, a partir de la miscelánea penal la institución ministerial ahora debe realizar su descubrimiento probatorio en forma continua, a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 del Código Nacional de Procedimientos Penales; esto es, a partir de que el justiciable se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado o bien sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista.

Lo anterior pone de manifiesto una cuestión: el descubrimiento probatorio a cargo de la fiscalía ya no será llevado a cabo únicamente en la etapa intermedia, como sucedía con antelación, sino que esta obligación que se traduce en un derecho del justiciable y su defensa se hace extensivo desde el momento mismo en que aquél es detenido o se pretende obtener su entrevista; dicho de otra manera, el fiscal deberá descubrir sus datos de prueba desde la etapa de investigación inicial llevada, desde luego, ante el Ministerio Público; es decir, desde antes de que la carpeta sea judicializada, hasta la propia etapa intermedia; esto evidencia una cuestión: se trata, en este aspecto, de una reforma en favor del justiciable, al no delimitar el acceso a las evidencias materiales al plazo perentorio de cinco días, sino que la obligación ahora será continua; de ahí que no resulta necesario fijar un plazo específico, al existir uno de tracto sucesivo durante prácticamente todas las etapas tempranas del proceso.

Lo anterior guarda armonía con lo previsto en ese propio numeral 218, párrafo segundo (reformado), que establece que “la víctima u ofendido y su asesor jurídico podrán tener acceso a los registros de la investigación en cualquier momento”. Lo que evidencia que también el sujeto pasivo podrá gozar de ese derecho. De esa manera, la fiscalía tendrá que dar acceso prácticamente a todas las evidencias materiales a las demás partes, desde el momento mismo en que las está recabando y referenciando en la carpeta de investigación.

De aquí surge una interrogante: si se supone que el descubrimiento probatorio, de acuerdo con lo previsto en el artículo 337 del Código Nacional citado, “consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio”; ¿cómo es posible que la

institución ministerial sepa desde esas etapas prematuras lo que llevará a juicio y lo descubra en consecuencia? La respuesta la encontramos en la propia naturaleza de la acusación ante la figura del descubrimiento probatorio. Es decir, ya que el invocado numeral 337 establece que el órgano de procuración de justicia deberá descubrir “incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio”, se evidencia que en suma todos los elementos que recabe deberán ser descubiertos y por ello no es importante saber qué es lo que llevará a juicio, al menos no para efectos de perfeccionar tal descubrimiento probatorio.

Bien, ahora centrémonos en el descubrimiento probatorio que debe realizar el acusado y su defensa, así como la víctima u ofendido y su asesor jurídico. El mismo artículo 337, en su párrafo tercero, establece que los citados sujetos procesales “deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio, en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340, respectivamente” y si atendemos a lo que establecen esos preceptos, tenemos dos plazos: en cuanto a la víctima, tres días contados a partir de la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público y en cuanto al acusado, dentro de los 10 días siguientes a que fenezca el plazo para la solicitud de coadyuvancia de la víctima u ofendido, sin que se advierta algún otro término diverso a éstos.

De lo anterior se denota una inconsistencia: no puede acontecer un término de anuncio de pruebas al mismo tiempo que transcurre el tiempo de descubrirlos, porque evidentemente serían simultáneos y esto conllevaría a la imposibilidad de su coexistencia.

Dicho de otra manera, si por ejemplo, un acusado ejerce el derecho previsto en el artículo 340 y, entre otros aspectos, anuncia en ese mismo escrito los medios de prueba que llevará a juicio, en el día nueve de los 10 que tiene para ello, o más drásticamente, faltando una hora para que venzan esos 10 días, la institución ministerial tendría sólo esa hora para poder acceder a esos medios de prueba, lo que evidentemente sería desproporcional y violaría derechos de igualdad de las partes, ya que el Ministerio Público habría estado descubriendo todos los medios de prueba desde que el acusado fue llamado a entrevista en la etapa de investigación inicial y, en contrapartida, el fiscal sólo tendría un término absurdo que redundaría en una imposibilidad material para ejercer sus pretensiones procesales. Lo mismo acontecería con la víctima u ofendido, esto es, en el caso de que anunciara esos medios de prueba a la defensa en el último día que tuviera para ello o en el momento mismo en que está por culminar, se traduciría en imposibilidad de la defensa para acceder a ellos.

De esa manera, se tiene que realizar una interpretación correctiva al respecto; lo anterior, para el efecto de que la operatividad del sistema penal acusatorio no se haga nugatoria ante espacios temporales que resultaran ilusorios. Por esa razón, es que los plazos establecidos en los artículos 338 y 340 no deben ser interpretados como uno

solo que conlleve dos efectos (anuncio y descubrimiento simultáneos), sino más bien como un término genérico a seguir. Dicho en otras palabras: los tres y 10 días se tendrán que respetar en su integridad por el juez de control, a fin de que tanto la víctima como el acusado hagan valer por escrito los derechos plasmados en tales preceptos. Luego, ya una vez que aquellos sujetos procesales hicieron valer esas prerrogativas, entonces se deberán computar nuevamente esos plazos, esto es, tres y diez 10, para el efecto de que lleven a cabo su descubrimiento probatorio a las demás partes. Con ello además se tutelaría el equilibrio procesal, ya que la institución ministerial tendría un espacio temporal razonable para acceder a los medios de prueba de la defensa y ésta, a su vez, tendría la misma prerrogativa con relación a los aportados por la víctima u ofendido.

Ahora bien, tratándose de la prueba pericial, tanto el sujeto pasivo ofendido como el acusado podrán entregar a su contraparte el respectivo informe en el plazo correspondiente al descubrimiento probatorio (esto es, los tres y 10 días siguientes después de anunciar los medios de prueba que llevarán a juicio); empero, en el caso de justificar que no se cuenta con tal informe, el descubrimiento del informe pericial acontecerá hasta tres días antes de celebrar la audiencia intermedia.

De igual modo, el último párrafo del artículo 337 establece que si el acusado o su defensa requieren mayor tiempo (que diez días) para descubrir sus medios de prueba podrán solicitar al juez de control un plazo razonable para ello.

Pues bien, la totalidad de estos términos encuentran armonía con el previsto en el artículo 341 del Código Nacional de Procedimientos Penales, habida cuenta de que dicho numeral establece que una vez recibida la acusación ministerial el juez de control señalará fecha para que se lleve a cabo la audiencia intermedia, la cual deberá tener lugar en un plazo que no podrá ser menor de 30 ni exceder de 40 días naturales a partir de presentada la acusación.

En efecto, como puede advertirse, si presentada la acusación, la víctima u ofendido tienen tres días para hacer valer los derechos establecidos en el artículo 338, entre ellos anunciar los medios de prueba que llevarán a juicio y además cuentan con tres días más para descubrirlos, se tienen seis días en total con respecto a esos sujetos procesales. Luego, si la defensa tiene 10 días para hacer valer la prerrogativas del numeral 340, entre ellos, anunciar sus medios de prueba y también cuenta con 10 días más para descubrirlos, tenemos 20 días en total con respecto al defensor y al acusado. Así, en total son 26 días por ambos sujetos procesales. A estos 26 días se le sumaría uno más, para encuadrar el espacio temporal de tres días antes de la audiencia intermedia en que deberá rendirse el informe pericial. El resultado: al día 29 ya se estaría en aptitud de celebrar la audiencia intermedia. Por ello, si ésta se debe celebrar después de 30 días y antes de 40 días después de presentada la acusación, los espacios temporales encuadran a la perfección.

Lo anterior, sin desatender que el plazo prudente para postergación del plazo de 10 días de la defensa para preparar su descubrimiento probatorio, entraría antes de los 40 días citados.

Ahora bien, ya que se ha establecido la congruencia de los plazos procesales de la etapa intermedia escrita, vamos a atender diversos aspectos accesorios que la reforma penal no atendió a cabalidad con relación a esta propia fase intermedia.

En efecto, la parte inicial del artículo 338 del Código Nacional de Procedimientos Penales hace especial referencia al escrito que eventualmente suscribirán la víctima u ofendido o su asesor jurídico. A través de él podrán solicitar el acceso al proceso como coadyuvante, aclarar la acusación, complementarla con medios de prueba, así como solicitar y cuantificar la reparación del daño. Como se advierte, el precepto establece de manera clara que esas pretensiones procesales se harán valer *mediante escrito*, sin especificar hacia quién va dirigido éste.

Pues bien, antes de la reforma, la fracción III de ese numeral zanjaba esa cuestión, al preceptuar que esas pretensiones deberán instarlas por conducto del juez; sin embargo, al modificarse ese artículo, el legislador ya no se hizo cargo de a quién estaría dirigido ese escrito; sin embargo, se antoja especialmente complicado, desde el punto material y jurídico, que se dirija al Ministerio Público, ya que el juez de control es el rector de los cómputos procesales.

De esa manera, las pretensiones contenidas en el artículo 338 deben dirigirse por escrito al órgano jurisdiccional, tal cual sucede con la acusación ministerial; ya que será el juez, como rector del proceso y de sus términos procesales, el que controle y delimite la función de cada una de las partes, al ser un árbitro pasivo en la contienda, pero encargado de que se respeten las reglas del juego. En palabras de Michele Taruffo, “el juez es el sujeto al que le compete la función epistémica fundamental. Esta función requiere que dirija sus actuaciones, en el curso del proceso, hacia esa finalidad” (Taruffo, 2012).

Por otro lado, como se ha indicado con antelación a la multicitada reforma penal, en el diverso numeral 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regulaba la actividad del acusado en la etapa intermedia escrita, se advertían inconsistencias relativas a que el escrito de la defensa debía ser dirigido al Ministerio Público y no al juez de control y que debía descubrir los medios de prueba que llevaría a juicio, cuando el propio precepto no establecía la facultad de anunciarlos previamente. Sin embargo, con la reforma penal esas incongruencias quedaron atendidas, al preceptuarse actualmente en dicho numeral que tal escrito debe ser dirigido al juez de control y además incorporar como una hipótesis más, el que la defensa deberá, en ese escrito, anunciar los medios de prueba que llevará a juicio, los cuales deberán ser posteriormente descubiertos a su contraparte, lo que encuentra armonía con una de las funciones más importantes del órgano jurisdiccional, que es velar por la igualdad de las partes y vigilar que se desarrolle en forma correcta el proceso. En palabras de

Chaia, “el juez debe centrarse en la salvaguarda de las partes, en el conocimiento directo de ellas y en una constante vigilancia de cómo se van incorporando las pruebas al proceso por las partes” (Chaia, 2013).

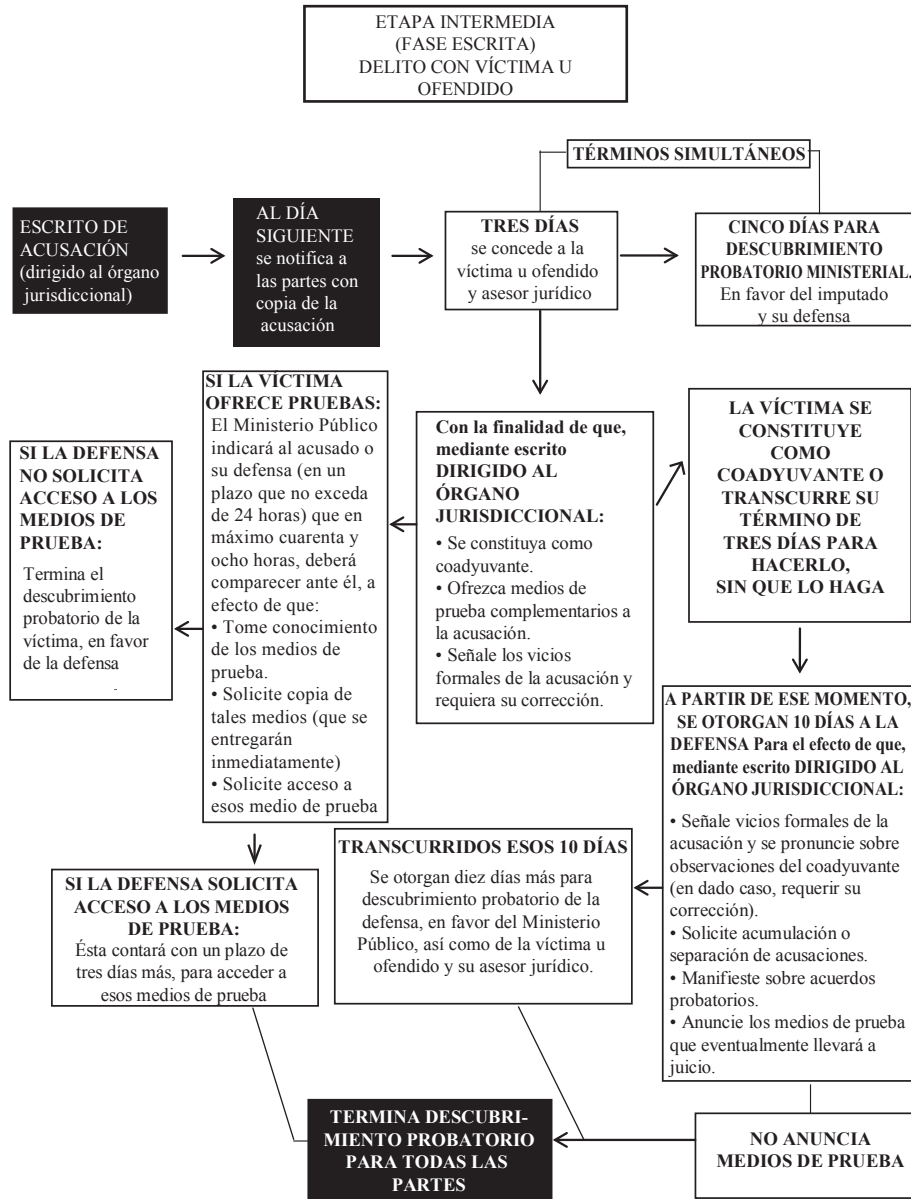
Derivado de ello, no podría haber un garante judicial de derechos fundamentales y de los términos procesales si se constriñera el derecho de anuncio de prueba de la defensa a dirigirla directamente a su contraparte, pues evidentemente daría lugar a una ostensible incertidumbre jurídica y pérdida del control procesal; primero, al dejar la interpretación de los espacios temporales a una parte con —generalmente— intereses antagónicos a los de la defensa y del acusado y, segundo, al hacer una excepción en el ejercicio del derecho de defensa con respecto a su destinatario, en tanto sería el único sujeto procesal que tendría que dirigir esa pretensión a su contraparte, lo cual no sería jurídicamente admisible, habida cuenta de que tanto la institución ministerial como la víctima u ofendido exhiben la acusación y complementación a ésta, respectivamente, ante el órgano jurisdiccional.

Por ello, no existiría razón aparente del porqué el fiscal y la víctima allegaran al proceso sus escritos a través del juez y, por otro lado, la defensa hiciera lo propio a partir de su contraparte; en cambio, con ello se vería amenazado el equilibrio procesal y la rectoría de los plazos procesales, lo que redundaría en una inconsistencia en el camino de la prueba, cuando ésta debe ingresar de manera válida al proceso y se debe cumplir con un conjunto de condiciones mínimas del debido proceso (Castillo, 2013). Así, resumiendo lo anterior, se puede concluir lo siguiente:

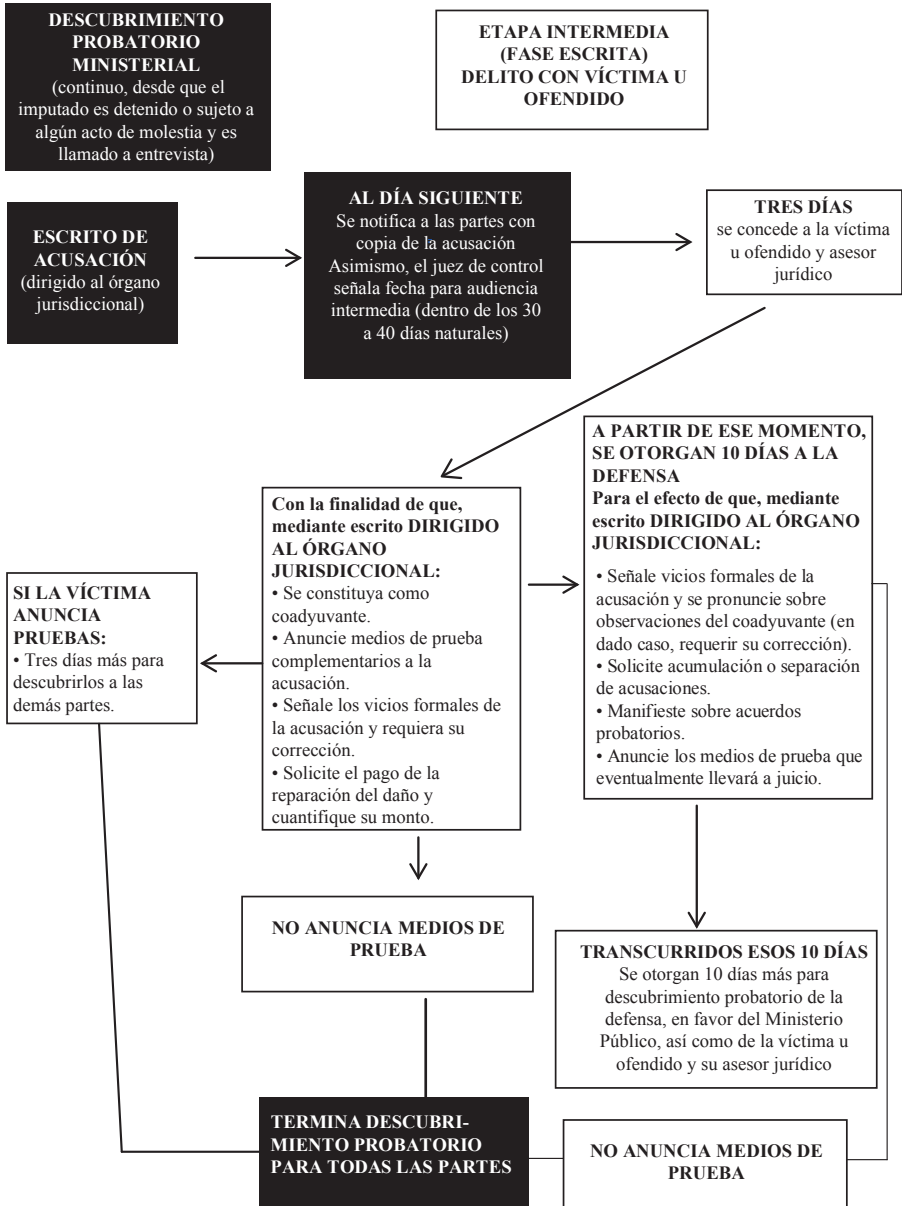
- El Ministerio Público deberá descubrir sus datos de prueba desde la etapa de investigación inicial llevada, desde luego, ante el Ministerio Público, desde el momento mismo en que el imputado es detenido, se le cite como imputado o es sujeto de un acto de molestia y se pretende obtener su entrevista; es decir, desde antes de que la carpeta sea judicializada, hasta la propia etapa intermedia.
- Los plazos de tres y 10 días destinados, respectivamente, para que la víctima u ofendido y el acusado anuncien los medios de prueba que llevarán a juicio, son independientes de los siguientes tres y 10 días que tienen ambos sujetos procesales para descubrirlos a su contraparte.
- Sin embargo, en el caso de la prueba pericial, tanto la víctima u ofendido como el acusado podrán entregar a la contraria el respectivo informe en el plazo correspondiente al descubrimiento probatorio o, ante la correspondiente justificación de no contar con él, podrá hacerse hasta tres días antes de celebrar la audiencia intermedia.

- Todos los escritos de los sujetos procesales, en los que hacen valer sus derechos de anunciar medios de prueba que llevarán a juicio deberán ser dirigidos al órgano jurisdiccional.
- Lo anterior, porque éste, al ser rector del proceso, debe vigilar todos los plazos del proceso y realizar los cómputos correspondientes, sin que se delegue este aspecto al criterio de las partes, ante los intereses antagónicos que cada uno de ellos representan.
- En ese orden, de manera gráfica, la etapa intermedia en su fase escrita, antes y después de la reforma penal, en delitos con y sin víctima, se ilustraría en los siguientes términos:

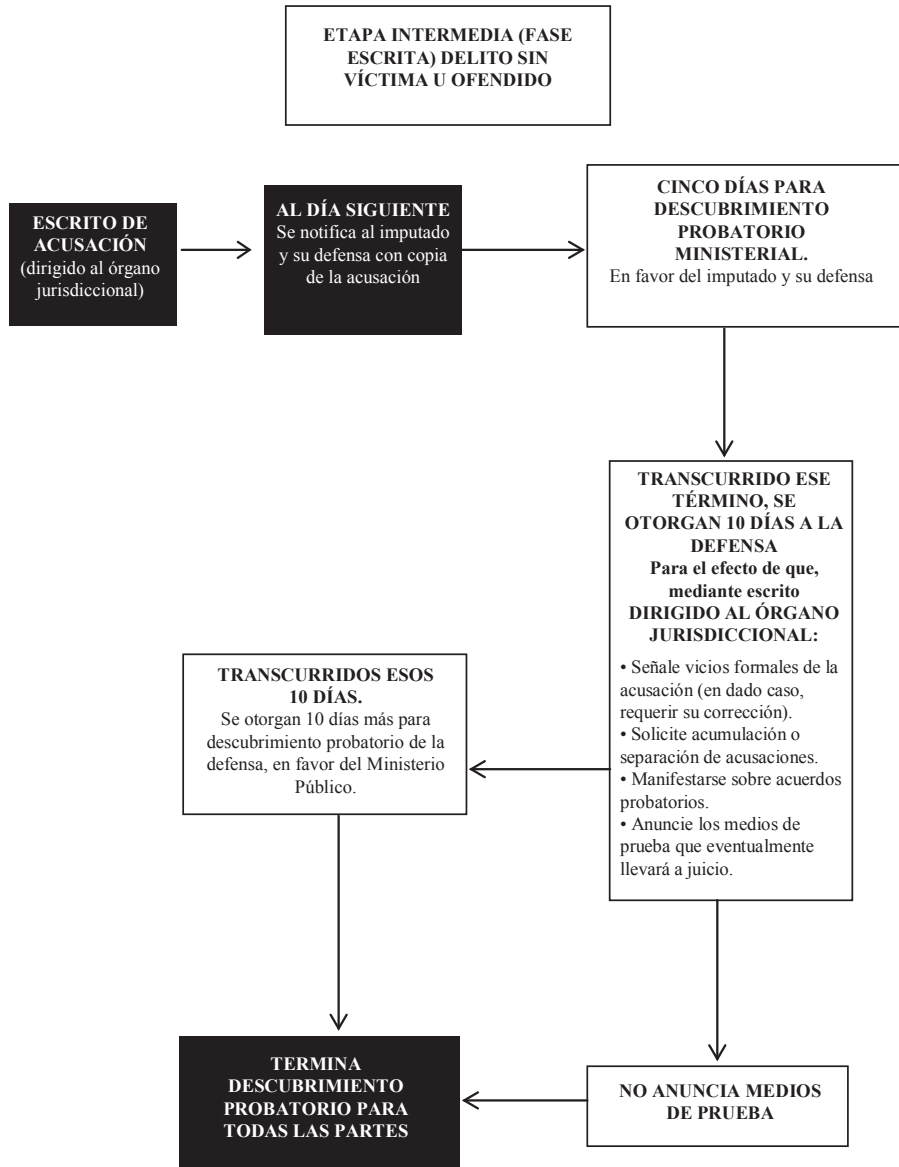
ETAPA INTERMEDIA ESCRITA CON VÍCTIMA
ANTES DE LA REFORMA PENAL



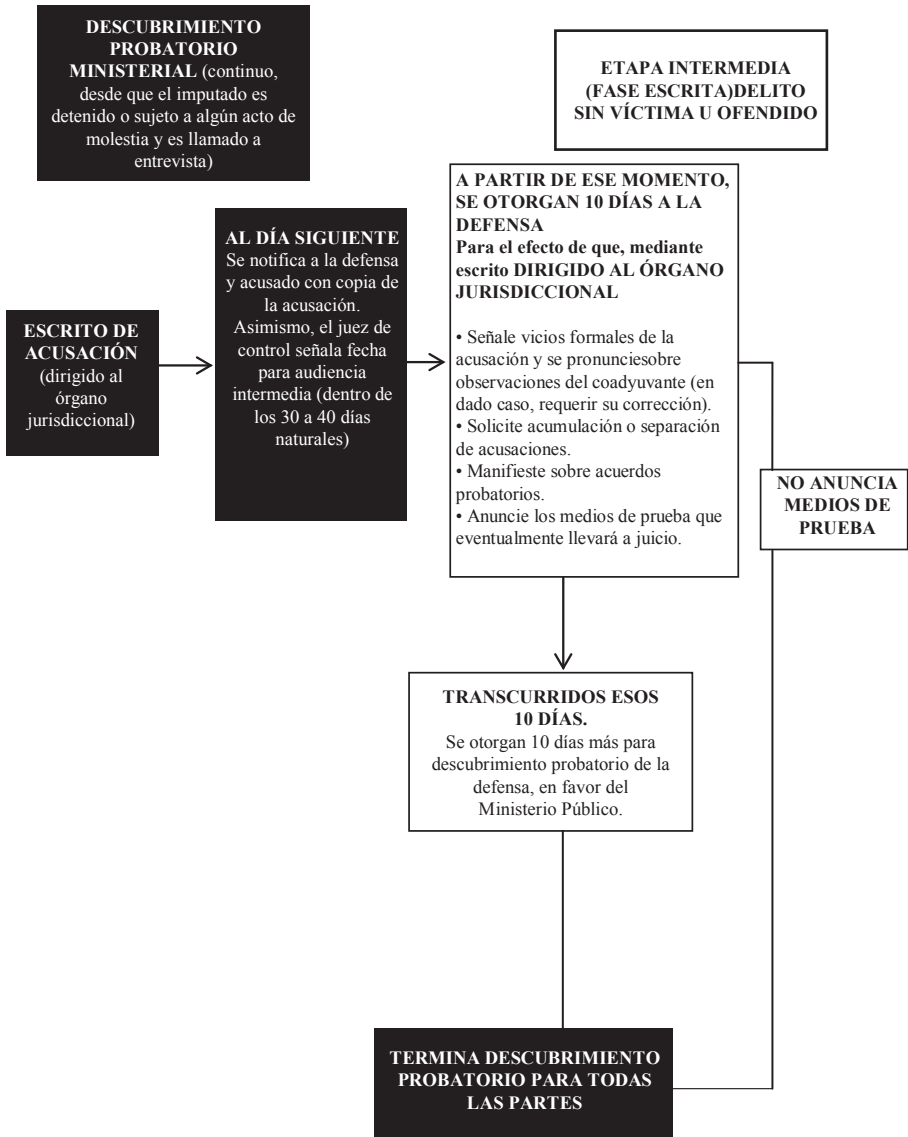
ETAPA INTERMEDIA ESCRITA CON VÍCTIMA CON LA REFORMA PENAL



ETAPA INTERMEDIA ESCRITA SIN VÍCTIMA
ANTES DE LA REFORMA PENAL



ETAPA INTERMEDIA ESCRITA SIN VÍCTIMA
CON LA REFORMA PENAL



II. Sistema penal acusatorio vs. sistema tradicional. Ámbitos de validez frente a la miscelánea penal, con relación al inicio del procedimiento y los hechos acontecidos que le dieron origen

A partir de la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, específicamente en lo que atañe a la derogación del tercero transitorio que acompañó en su creación al Código Nacional de Procedimientos Penales, surgieron diversas opiniones en torno a los ámbitos de validez del sistema penal acusatorio frente al tradicional, que seguían tres diversas directrices: los procedimientos ya iniciados antes de la vigencia del proceso acusatorio, los incoados ya estando vigente el propio sistema pero por hechos pretéritos a él y los que eventualmente iniciarían ya operando ese nuevo proceso. Esa diversidad de opiniones ha conllevado a un número importante de criterios por parte de los interpretadores de la norma.

Basado en la opinión divergente, propio de la naturaleza humana, expongo mi postura al respecto en este trabajo, en el entendido de que hasta el momento en que se realiza esta labor, no existe aún pronunciamiento del Máximo Tribunal o de algún Tribunal Colegiado al respecto, por lo que se trata de una óptica personal, bajo la perspectiva de la judicatura a la que tengo el honor de pertenecer.

En primer término, considero viable mencionar el punto toral que, a mi parecer, genera la disimilitud de criterios en los operadores: el cuarto transitorio del decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, que a la letra establece:

“Cuarto. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo 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, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.”

Pues bien, no obstante que el anterior transitorio parece establecer reglas claras y precisas, en tanto evidencia que los procedimientos penales ya iniciados al entrar en vigor el sistema penal acusatorio seguirán rigiéndose por las normas procesales del sistema tradicional, sin que vean afectados por la vigencia del nuevo proceso, sería entonces relativamente fácil acudir en el momento en que dicho procedimiento inició, esto es, cuando se formuló denuncia o querrela y a partir de eso concluir si el caso concreto debe ser regulado por uno u otro sistema. Lo anterior, al margen de la fecha en que hubiera tenido verificativo los hechos materia de ese procedimiento.

Sin embargo, no se debe desatender algo de especial relevancia: el principio de unidad constitucional, el cual, *grosso modo*, consiste en que la Ley Fundamental no puede ser analizada aisladamente, a fin de evitar un ejercicio interpretativo que se tra-

duzca en que las disposiciones constitucionales se contradigan entre sí, ya que, debido a su interdependencia, en ningún caso deben desentrañarse sus principios, normas e intereses en forma aislada, sino más bien como parte de un sistema constitucional; por ello, se deben armonizar y respetar los principios fundamentales que la conforman (Vigo, 2006b:120 a 123). Esto es, las normas de la Ley Suprema, al tener el mismo rango, no pueden interpretarse de manera que se coloquen en conflicto las unas con las otras, sino más bien deben analizarse en forma armónica, ya que son sistemáticas.

Por ello, la norma constitucional no debe ser analizada aisladamente. La única solución del problema coherente con este principio es la que reencuentre en consonancia con las decisiones básicas de la constitución (Hesse, 2011:48).

Partiendo de lo anterior, si bien el cuarto transitorio mencionado establece los ámbitos legales que seguirán los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio (esto es, que concluirán con las reglas procesales del sistema tradicional), el segundo transitorio (de ese mismo decreto de reforma constitucional) que es parte de ese sistema lo complementa al definir (bajo el principio de reserva de ley) el momento del inicio del sistema acusatorio en el país, como se advierte de su literalidad:

“Segundo. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”.

Como puede advertirse, el Constituyente Permanente, al incorporar el proceso penal acusatorio estableció los diversos ámbitos de validez espacial y temporal que deberá seguir aquel sistema, a través de los correspondientes artículos transitorios, por lo que los órganos de interpretación de la ley, deben actuar bajo un criterio de corrección funcional, esto es, aplicar la norma en el ámbito de su propia competencia, basados en la atribución conferida al legislador, pero sin invadir aquella función o soslayar aspectos contenidos en la propia norma, creación legítima de aquél.

De esa manera, el precitado cuarto transitorio establece la legislación procesal que regirá a los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del sistema procesal penal acusatorio (esto es, la propia del sistema tradicional hasta su conclusión), por lo que no se trata de una norma que defina el inicio del sistema acusatorio, sino la escisión del sistema tradicional a aquél; ya que esa tarea le es encomendada al segundo transitorio, el cual evidentemente complementa al cuarto, pero con la distinción de que este segundo transitorio sí señala claramente el inicio del

sistema penal acusatorio, al definir (o más bien dicho, delegar en la ley) el momento en que entrará en vigor el nuevo proceso; dicho en otras palabras, ambos preceptos constitucionales se armonizan perfectamente y no entran en conflicto, al regular uno de ellos el ámbito temporal del inicio del sistema acusatorio y el restante, el impacto inocuo de ese nuevo proceso en los procedimientos tradicionales ya iniciados con antelación a la entrada en vigor de aquél.

Ahora bien, centrémonos en el segundo transitorio, el cual de forma expresa establece que el sistema penal acusatorio entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente. Esto es, el Constituyente Permanente reservó los aspectos relacionados con el inicio del sistema penal acusatorio a la ley secundaria (que no es más que el principio de reserva de ley) y más específicamente, delegó esa encomienda al legislador que le dio creación al Código Nacional de Procedimientos Penales.

En efecto, el Congreso de la Unión, con la facultad establecida en el artículo 73, fracción XXI, inciso c), de la Carta Magna, expidió el Código Nacional de Procedimientos Penales, mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el cinco de marzo de 2014, en el que, según sus reglas transitorias, específicamente en el artículo primero, establece que para los efectos señalados en el párrafo tercero del artículo Segundo Transitorio del decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, el Código Nacional de Procedimientos Penales entrará en vigor a nivel federal de forma gradual, en los términos previstos en la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial, de la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República, sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016.

Ahí es donde cobra vigencia el tercero transitorio (hoy derogado) del referido Código Nacional, que a la letra establece:

“Artículo Tercero. Abrogación

El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, para efectos de su aplicación en los procedimientos penales iniciados por hechos que ocurran a partir de la entrada en vigor del presente Código, quedarán abrogados; sin embargo, respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos”.

De todo lo anterior puede resumirse que el Constituyente Permanente, a través del sistema constitucional, estableció claramente los parámetros a seguir en la implementación del sistema penal acusatorio: primero (relacionado con el cuarto transitorio del decreto de reforma invocado), señaló que los procedimientos penales iniciados con anterioridad al sistema acusatorio, permanecerán incólumes y, por ende, se seguirán rigiendo por las reglas procesales del sistema tradicional; segundo, determinó la forma en que deberá iniciar el proceso penal acusatorio en el país (en los términos que señale la ley secundaria) y tercero, ya basado en el ámbito legislativo y por imperativo constitucional, estableció la abrogación de los procedimientos del sistema tradicional y, en consecuencia, el inicio del sistema penal acusatorio, lo cual acontecerá cuando se trate de hechos ocurridos a partir de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ahora bien, para efectos de ilustración y atendiendo a la centralidad en el país, citemos a la implementación del sistema penal acusatorio en la Ciudad de México. El 22 de septiembre de 2015, el Congreso de la Unión emitió la declaratoria de entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales en esa ciudad, lo cual acontecería a partir de las cero horas del 29 de febrero de 2016, declaratoria publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de septiembre de 2015. En ese orden, para efectos de concretización, en la Ciudad de México el sistema penal acusatorio inició su vigencia a las cero horas del 29 de febrero de 2016.

Tomando como ejemplo la capital del país, entonces se podría establecer lo siguiente:

El Constituyente Permanente, en el decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, estableció que el inicio de la vigencia del sistema penal acusatorio será de manera gradual, en los términos que lo señale el Código Nacional de Procedimientos Penales (que es la ley secundaria).

Asimismo, el propio constituyente estableció que los procedimientos penales ya iniciados con las normas procesales del sistema tradicional serán culminados con aquellas reglas, sin que se vean afectadas por las del nuevo proceso.

El legislador, al crear el Código Nacional de Procedimientos Penales cumplió el mandato constitucional o la reserva de ley, al definir que los procesos del sistema acusatorio se iniciarán por hechos acontecidos con posterioridad a la vigencia de la entrada en vigor de ese propio sistema.

En la Ciudad de México, el sistema penal acusatorio inició a partir de las cero horas del 29 de febrero de 2016, por lo que los hechos verificados a partir de esta hora y fecha corresponderán al ámbito de competencia de los jueces especializados en el sistema penal acusatorio.

Sin embargo, los eventos verificados antes de esta fecha y hora seguirán las reglas del sistema tradicional, al margen de que los procedimientos respectivos ya hubieran sido iniciados o se iniciaran con posterioridad.

Por tanto, por citar un ejemplo, aun cuando se presentara la correspondiente denuncia el 1 de marzo de 2016, si los hechos investigados datan del 28 de febrero de ese año; es decir, cuando no se encontraba vigente en la ciudad el Código Nacional de Procedimientos Penales, sino el Código Federal de Procedimientos Penales, los jueces de distrito especializados en el sistema penal acusatorio no tendrán competencia legal para conocerlos.

Ahora bien, para efecto de determinar qué sistema es el aplicable a un caso concreto, es importante mencionar cuándo acontece el inicio del procedimiento penal. Así, por imperativo del artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el procedimiento penal acusatorio comienza con la formulación de denuncia o querrela y será el proceso el que dará inicio con el ejercicio de la acción penal, como se advierte:

“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...

(...)

El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme”.

Mismo tratamiento que establece el Código Federal de Procedimientos Penales, específicamente en su artículo 4, en cuanto establece:

“Artículo 4. Los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal, dentro del cual corresponde exclusivamente a los tribunales federales resolver si un hecho es o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad penal de las personas acusadas ante ellos e imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley”.

De lo que se evidencia que tanto el Código Nacional de Procedimientos Penales como el Código Federal de Procedimientos Penales establecen que el proceso penal

inicia con el ejercicio de la acción penal (sea para celebrar la audiencia inicial o por el ejercicio de la consignación); por ello, el procedimiento no puede iniciar con ese acto ministerial; dicho en otras palabras: el procedimiento no puede tener como punto de partida al proceso, porque aquél es un todo y el proceso es sólo una parte del propio procedimiento.

Esta misma tendencia ha sostenido el Máximo Tribunal, en diversos criterios jurisprudenciales y aislados, en los cuales establece que la fase de investigación (sea averiguación previa o etapa de investigación inicial) forma parte del procedimiento penal y, por su parte, el proceso penal inicia con el ejercicio de la acción penal. Algunos de esos criterios se contienen en las tesis de los siguientes rubros: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. CONSTITUYE UN PRINCIPIO CONSTITUCIONAL APLICABLE EXCLUSIVAMENTE EN EL PROCEDIMIENTO PENAL; ASISTENCIA CONSULAR. ETAPAS PROCEDIMENTALES PARA HACER EL RECLAMO DE RESPETO A LA ASISTENCIA CONSULAR POR PARTE DE LA PERSONA EXTRANJERA DETENIDA; DETENCIÓN Y SITUACIÓN JURÍDICA DEL IMPUTADO EN EL NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL ACUSATORIO. LAS AUTORIDADES COMPETENTES DEBEN VERIFICAR SU COHERENCIA CON EL ORDEN CONSTITUCIONAL Y ARMONIZAR LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON LOS PRINCIPIOS DE DICHO SISTEMA, entre otros.

Ahora bien, establecido lo anterior, es importante hacerse cargo de la reforma penal publicada el 17 de junio del año en curso, en el medio de difusión oficial del país, en la que, entre otros muchos diversos aspectos, se modificó el tercer transitorio de la publicación inicial del Código Nacional de Procedimientos Penales, para quedar como sigue:

“Tercero. El Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 1934, y los de las respectivas entidades federativas vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto, quedarán abrogados para efectos de su aplicación en los procedimientos penales que se inicien a partir de la entrada en vigor del presente Código; sin embargo, respecto a los procedimientos penales que a la entrada en vigor del presente ordenamiento se encuentren en trámite, continuarán su sustanciación de conformidad con la legislación aplicable en el momento del inicio de los mismos”.

Como puede advertirse, sustancialmente la variación consistió en establecer que los procedimientos que se inicien (entendiendo como tales, desde el momento en que se formule denuncia o querrela), ya estando en vigor del sistema penal acusatorio, se regirán por las reglas de este nuevo sistema, al margen de que sean por hechos acontecidos previos a ese nuevo proceso.

Con lo anterior, pareciera que se deja en claro que la definición del sistema a aplicarse en el caso concreto obedece en el momento mismo en que los procedimientos

se inicien, lo que aparentemente se contrapone con su antecesor: el inicial transitorio tercero, que puntualizaba que la aplicación del sistema acusatorio obedecía en el momento en que se cometieron los hechos, al margen del tiempo en que iniciara el proceso; esto es, el tercer transitorio de la reforma de 17 de junio del año en curso, es diametralmente opuesto al inicial tercer transitorio del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Así, de una primera lectura, parecería que con la reforma penal se determinó que todos los procedimientos iniciados ya estando vigente el sistema penal acusatorio, se tendrían que regir por las reglas de este nuevo proceso acusatorio y, ante ello, válidamente se podría concluir que, en el ejemplo propuesto, si la denuncia se realizó el 1 de marzo de 2016 (con lo que inició el procedimiento), el caso debería regirse por las normas del sistema penal acusatorio, dado que éste habría cobrado vigencia un día anterior.

Sin embargo, lo anterior fue claramente definido por el legislador en la denominada miscelánea penal, ya que estableció en forma puntual un segundo transitorio que rige ese propio decreto constitucional, ya que le otorga validez temporal a la propia reforma, incluyendo desde luego, a ese nuevo tercer transitorio. Este segundo transitorio (es decir, el de la última reforma) es del tenor siguiente:

“Segundo. Las reformas al Código Nacional de Procedimientos Penales, al Código Penal Federal, a la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos 2, 13, 44 y 49 de la Ley Federal para la Protección a Personas que Intervienen en el Procedimiento Penal y los artículos 21 en su fracción X, 50 Bis y 158 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, entrarán en vigor en términos de lo previsto por el Artículo Segundo Transitorio del Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014.

Los procedimientos que se encuentren en trámite, relacionados con las modificaciones a los preceptos legales contemplados en el presente Decreto, se resolverán de conformidad con las disposiciones que les dieron origen”.

En esas condiciones, la intención del legislador es clara: con la entrada en vigor de la miscelánea penal (18 de junio de 2016), los procedimientos iniciados previamente a esa fecha (entendiendo como tales, cuando se formule denuncia, querrela o algún acto equivalente) se regirán por las reglas transitorias de la publicación inicial

del Código Nacional de Procedimientos Penales; esto es, por aquellas que definían que el sistema penal acusatorio sólo se aplicará por hechos acontecidos después de las cero horas del 29 de febrero de 2016 (en el caso de la Ciudad de México).

Dicho en otras palabras: si no se ha formulado denuncia antes del 18 de junio de 2016, para que sea aplicable el sistema penal acusatorio el asunto deberá tratarse de hechos acontecidos con posterioridad a las cero horas del 29 de febrero de 2016; de lo contrario, esto es, de tratarse de eventos acontecidos antes de esta hora y fecha, tendrá que aplicarse el sistema tradicional, aunque los sucesos hubieran sido denunciados después de esta última fecha (ya que las reglas anteriores obedecen a la fecha de los hechos y no del inicio del procedimiento).

Así, una vez que entre en vigor la miscelánea penal, todos los procedimientos que se inicien (entendiendo como tales, cuando se formule denuncia, querrela o acto equivalente), a partir de las cero horas del 18 de junio de 2016, se regirán por las reglas del sistema penal acusatorio, al margen de que los eventos sean incluso anteriores a las propias cero horas del veintinueve de febrero de dos mil dieciséis (ya que las nuevas reglas obedecen en el momento en que se inicia el procedimiento y no al de la fecha de la comisión de los hechos).

Así, en aspectos generales, la intención del legislador es definida:

- a. Inicialmente, cuando se creó el sistema penal acusatorio, los procedimientos ya iniciados bajo el sistema tradicional no sufrirían alteración alguna, con motivo de la aparición de este nuevo proceso.
- b. Luego, los procedimientos ya iniciados bajo el sistema penal acusatorio no sufrirán alteración alguna, con motivo de la publicación de la miscelánea penal.

Así, el legislador dejó en claro que los procedimientos tradicional y acusatorio no deben mezclarse ni invadirse en sus reglas procesales, ya que cada uno de ellos debe subsistir en forma independiente, sin que se vean vulnerados sus efectos; por ello, la aparición de un nuevo sistema no debe ser justificación legal para anular las consecuencias legales producidas, al ser desahogadas ante una autoridad judicial competente y bajo las formalidades que rigen cada uno de esos procedimientos. De esa manera, debe entenderse que cada proceso penal es resultado de un historicismo, evolución y momentos diversos, por lo que no pueden aproximarse a fin de ser comparados, sino, por el contrario, entrever la finalidad del creador del proceso penal acusatorio al vincularlo transitoriamente con el sistema tradicional: no combinar ambos sistemas, ante su evidente incompatibilidad.

Estimar lo contrario, esto es, considerar que ambos sistemas son convergentes conllevaría a que algunos procesos del ámbito tradicional, iniciados e incluso a punto

de ser concluidos bajo las reglas del Código Federal de Procedimientos Penales, sus actuaciones tendrían que quedar sin efectos para ser enviadas al ámbito competencial del sistema penal acusatorio, al margen del estado procesal avanzado en que estuvieran (por ejemplo, en la audiencia de vista), con la sola justificación de que el procedimiento penal inició con posterioridad al inicio del sistema acusatorio; circunstancia que no es jurídicamente viable, pues con ello se tendrían que anular todas las pruebas legalmente desahogadas y, en consecuencia, ordenar la reposición del procedimiento incluso desde antes del inicio del proceso, para ser transmitidas oralmente, bajo las reglas del Código Nacional de Procedimientos Penales, lo que desnaturalizaría el propio proceso penal tradicional y conduciría a realizar una mezcla de ambos procesos; aspecto que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido como inviable, al resolver el conflicto competencial 28/2015, en sesión de fecha 8 de junio de 2016, de donde se originó las siguientes tesis.

CARPETA DE INVESTIGACIÓN. LOS DATOS DE PRUEBA QUE LA INTEGRAN EN LA FASE DE INVESTIGACIÓN DESFORMALIZADA DEL SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL, NO PUEDEN TRASLADARSE A LA AVERIGUACIÓN PREVIA DE UN PROCESO PENAL MIXTO. El sistema procesal penal mixto opera bajo el principio de permanencia de la prueba introducida al expediente judicial en cualquier etapa procedimental, hasta en tanto no sea declarada su ilegalidad y exclusión del material probatorio. Por su parte, en el sistema procesal penal acusatorio y oral —para efecto del juzgamiento y la afirmación de la culpabilidad del imputado— únicamente podrán considerarse las pruebas introducidas en la etapa de juicio oral, salvo aquellas cuyo desahogo anticipado esté autorizado por la ley. Así, a cualquier elemento que pudiera constituir prueba plena, introducido, obtenido o desahogado al margen de las precisiones señaladas, no puede adjudicársele ese carácter. Ahora bien, en el sistema procesal penal mixto se requiere un mayor reforzamiento en la acreditación del hecho delictuoso, a través de pruebas desahogadas con las formalidades establecidas en la legislación procesal aplicable, por lo que la tarea investigadora debe ser más estricta. En cambio, en el sistema procesal penal acusatorio y oral, la imputación no requiere de la plena certeza del Ministerio Público de que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el imputado lo cometiera o participara en su comisión, pues la convicción final de la existencia del delito y la responsabilidad penal será del juez, lo que implica que en este sistema la configuración de la carpeta de investigación no requiere de una tarea investigadora reforzada; de ahí que ésta no se

integre con pruebas, sino con datos de prueba. Consecuentemente, los datos de prueba que integran la carpeta de investigación en la fase de investigación desformalizada del sistema procesal penal acusatorio y oral no pueden trasladarse a la averiguación previa dentro un sistema penal mixto, y estimar que constituyan diligencias desahogadas en ésta, aun cuando se encuentran en la misma fase indagatoria, ya que cada proceso penal cumple con determinados requisitos formales que las leyes imponen.

SISTEMA PROCESAL PENAL ACUSATORIO Y ORAL. LAS ACTUACIONES QUE SUSTENTARON EL DICTADO DE UN AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO NO PUEDEN SER CONVALIDADAS U HOMOLOGADAS COMO ELEMENTOS PROBATORIOS SUFICIENTES PARA ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL MIXTO. Así como los datos de prueba que integran la carpeta de investigación en la fase de investigación desformalizada del sistema procesal penal acusatorio y oral, no pueden ser trasladados a la averiguación previa en un sistema procesal penal mixto y estimar que constituyen diligencias desahogadas en éste último, aun cuando se encuentran en la misma fase indagatoria, debido a que cada proceso penal cumple con determinados requisitos formales propios del sistema al que pertenece y que las leyes les imponen, por identidad de razón, las actuaciones que sustentan el dictado del auto de vinculación a proceso no pueden ser convalidadas u homologadas para estimar que constituyen elementos probatorios suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, que permitan al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal y su consignación ante la autoridad jurisdiccional, para dar inicio al trámite de un proceso penal conforme al modelo tradicional (mixto/escrito) y, en todo caso, al dictado del auto de plazo constitucional; máxime que los datos de prueba que constan en la carpeta de investigación son insuficientes para sostener una sentencia condenatoria, a menos de que se hubieran desahogado durante el juicio oral como indicios.

Lo anterior, desde luego, sin desatender que existen ciertos aspectos que rigen el proceso penal acusatorio y que son más evolucionados en cuanto a la regla de libertad del justiciable se refiere, esto es, la excepcionalidad de la aplicación de la prisión preventiva.

Empero, esta cuestión, bajo un aspecto visionario, fue prevista por el propio legislador, en la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de

junio de 2016, donde específicamente en el Código Nacional de Procedimientos Penales se estableció un quinto transitorio, que le confiere facultad al órgano jurisdiccional rector del sistema tradicional para que, previa acreditación e investigación del Ministerio Público, el juez revise, sustituya o modifique la prisión preventiva impuesta en ese proceso, para ser eventualmente ajustada a los términos protectores del sistema penal acusatorio; de esa manera, ese aspecto evidentemente benéfico para todo tipo de justiciable vinculado con un proceso penal, podrá ser atendido por los juzgadores, al margen del sistema tradicional o acusatorio de que se trate. Claro está, la aplicación de este quinto transitorio aún está por interpretarse por los órganos jurisdiccionales del sistema mixto, los cuales tendrán la última palabra o al menos la eficiente para que se erija un pronunciamiento final del Máximo Tribunal.

III. El camino procesal de la prueba en el sistema penal acusatorio. Su especial peculiaridad en la etapa intermedia ante la teoría general del proceso

Si nos centramos en la teoría general del proceso y, específicamente, en la teoría general de la prueba, podríamos concluir que ésta tiene un *iter* o camino por el cual atraviesa para efecto de que pueda ser valorada. Dicho camino, por regla general, se constituye por una fase primigenia de petición y aporte, que constituye el ofrecimiento de la prueba; el decreto, que es propiamente su admisión o desechamiento; la práctica de la prueba o su desahogo y, finalmente, su valoración por parte del órgano jurisdiccional.

De esa manera, la prueba, en términos generales, antes de ser analizada por el juzgador, se ofrece, admite, desahoga y, finalmente, se valora.

No obstante los anteriores aspectos, en el sistema penal acusatorio, la prueba atraviesa por un *iter sui generis*, porque contempla dos caminos previos a los generalizados para la teoría general de la prueba y, asimismo, dentro de ese camino peculiar, existen diversas pruebas que, a su vez, tienen un ciclo de vida diverso a las demás, como son la prueba anticipada, los medios supervenientes y de refutación, y las pruebas por reclasificación delictiva.

En efecto, en el sistema penal acusatorio, como se ha indicado en este trabajo, los medios de prueba que serán la sustancia de la etapa de juicio deben pasar por los filtros de la etapa intermedia, para finalmente ser depurados para sustanciar aquella fase de debate. Sin embargo, para ser depurados por el juez de control necesariamente tienen que ser perfeccionados a través del previo control horizontal que realizarán las partes, pues antes de que los medios de prueba sean ofrecidos en la fase oral de la etapa intermedia, debieron ser anunciados a la contraparte y además descubiertos. Esta circunstancia acontece porque la finalidad de la etapa intermedia, consiste en marcar una serie de actividades tendientes a determinar la procedencia del paso de la causa al juicio oral, público y plenamente contradictorio (La Rosa, 2013).

En ese sentido, por regla general (salvo lo concerniente a la fiscalía que más adelante se señalará), la prueba antes de ser ofrecida, se debe anunciar y también se debe descubrir; esto es, de acuerdo con la naturaleza del sistema penal acusatorio, los elementos probatorios tienen dos fases previas a las genéricas que se establecen en la teoría general del proceso; de tal modo que el camino que sigue la prueba, en el contexto del proceso penal mexicano, es el siguiente: a) se anuncia; b) se descubre; c) se ofrece; d) se admite; e) se desahoga; y, finalmente, f) se valora.

A continuación analizaremos cada una de esas fases de la prueba.

a) Anuncio de los medios de prueba

Cuando hablamos del anuncio de los medios de prueba hacemos especial referencia a la etapa intermedia escrita, donde las partes deberán mostrar los elementos de convicción que llevarán a juicio; así, el anunciar medios de prueba significa que los sujetos procesales, por escrito, deberán dar a conocer a su contraparte los que eventualmente llevarán a juicio; nótese que sólo van a dar a conocer los medios de prueba, por lo que propiamente no se están ofreciendo aún (como incorrectamente lo establece el artículo 338, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales), ya que el ofrecimiento de los medios será en presencia del juez, quien los admitirá, excluirá o depurará. Por ello, cuando una de las partes le comunica a la otra, por escrito, los medios que llevará a la audiencia de debate, se los está anunciando o como lo señala el diverso precepto 335, fracción VII del citado Código Nacional, hace el anuncio de que pretende ofrecerlos ante el juez.

El momento procesal en que esto acontece es, por lo que hace al Ministerio Público, en el escrito de acusación, con el que inicia la etapa intermedia en su fase escrita; por su parte, la víctima u ofendido lo hará en el escrito, en el cual se pretende constituir como coadyuvante de la institución ministerial, en el que además podrá señalar vicios formales y requerir su corrección. Finalmente, la defensa y el acusado harán lo propio en el escrito al que se refiere el artículo 340 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, en el que además también señalarán vicios formales, solicitarán acumulación o separación de acusaciones y podrán manifestarse sobre acuerdos probatorios.

Es importante mencionar que a partir de la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016 el legislador se hizo cargo de algunas inconsistencias del Código Nacional de Procedimientos Penales y, específicamente, las establecidas en el precepto 340, habida cuenta que con antelación no se establecía que la defensa o el acusado podrían anunciar los medios de prueba que llevarán a la etapa de juicio y, en contra partida, el propio numeral, en el párrafo segundo, contem-

plaba que la defensa descubriría sus medios de prueba, por lo que era una incongruencia, ya que era evidente que debía existir previamente un anuncio de ellos, ya que no podría descubrirse lo que no se ha anunciado; por ello, el legislador modificó ese numeral y adicionó una fracción II, en la que estableció que el acusado o su defensor, por escrito presentado ante el juez de control, podrán, entre otros aspectos, ofrecer los medios de prueba que pretenda se desahoguen en el juicio. En el entendido de que, como se abordó en el capítulo 9 de este trabajo, el acto preciso que realiza la defensa es el anuncio de los medios de prueba, ya que de conformidad con el artículo 337 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el derecho que se ejerce en ese escrito es el de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio, habida cuenta de que el ofrecimiento se hace en la audiencia intermedia, ante el juez de control, una vez que los medios han sido anunciados y descubiertos.

Pues bien, una vez anunciados los medios de prueba por escrito a las demás partes, la etapa que prosigue en el camino del medio demostrativo es su descubrimiento.

b) Descubrimiento probatorio

Como se ha sostenido en capítulos precedentes relativos a mi intervención en este trabajo, el descubrimiento probatorio es una figura que acogió el sistema penal acusatorio mexicano inspirado en el derecho colombiano, el cual contempla la figura de descubrimiento de la prueba, donde la defensa solicita al juez que la fiscalía le descubra un elemento material probatorio en específico o de alguna evidencia física de la cual tenga conocimiento; asimismo, la fiscalía tiene el propio derecho, con la salvedad de que la defensa le deberá descubrir todos los medios probatorios que llevará a juicio y, en mérito de ello, el órgano jurisdiccional velará porque esto se cumpla; todo ello en la audiencia de formulación de la acusación (CPPC, art. 44).

Como puede advertirse, en Colombia, la fiscalía no está obligada a descubrir todos los medios de prueba con los que cuente en la investigación, pero la defensa sí tiene esa obligación, lo que quiere decir que los sistemas colombiano y mexicano, en ese aspecto en específico, son diametralmente opuestos. El contexto de esto consiste primordialmente en que debe existir una defensa efectiva y no sólo encaminada a acompañar al acusado; por ello, ese sistema sudamericano establece expresamente un voto de desconfianza a la función de defensa, para el efecto de que el órgano jurisdiccional sea el encargado de verificar, desde etapas tempranas, si el abogado ha realizado su labor encomendada.

Asimismo, en el derecho colombiano existen ciertas restricciones al descubrimiento de la prueba, como pueden ser las conversaciones del abogado con el acusado, los apuntes tomados al respecto, información que afecte la seguridad del Estado (CPPC, art. 345), entre otros. En esa legislación, en caso de que alguna de las partes

omita descubrir el medio de prueba correspondiente, la consecuencia procesal será que no será tomado como prueba en el proceso y el órgano jurisdiccional estará obligado a rechazarlo; circunstancia ésta que no está considerada en México, esto es, no existe restricción alguna en el descubrimiento probatorio y sí, en cambio, existe la obligatoriedad de que los órganos acusadores descubran todo aquello que se investigó; por ello, se deja para la actividad de depuración de la audiencia intermedia aquellos medios de prueba que puedan ser ilícitos o ilegales, pero una vez que han sido descubiertos. Lo que quiere decir que un medio de prueba de cargo, aunque sea ilícito, deberá ser descubierto a la defensa, pero eso no significa que llegará a juicio, ante el control judicial que se ejercerá en la audiencia intermedia, donde ese tipo de elementos de convicción no pueden tener éxito en su ciclo de vida.

Ahora bien, el sistema penal acusatorio mexicano retomó esta figura de descubrimiento de la prueba colombiano y lo adoptó bajo la denominación de descubrimiento probatorio, con una esencia similar a la de ese país y matices que la hacen semejante, pero no idéntica.

Así es, en México, a diferencia de Colombia, la defensa no tiene por qué solicitar al juez de control que el Ministerio Público le descubra específicos y determinados medios de prueba, sino que aquél, bajo los principios de lealtad y objetividad, está obligado a hacerlo y no puede ocultar alguno, porque al ser el Ministerio Público una institución de buena fe, deberá recabar datos de prueba de cargo y también de descargo. Así, en ese devenir podrán existir algunos elementos que favorezcan a la defensa, pero de cualquier modo la fiscalía tiene que darlos a conocer, para respetar en toda su plenitud la objetividad que rige la investigación ministerial.

Esta obligación rige para todos los órganos de acusación, a saber, constriñe también a la víctima u ofendido, quienes en un aspecto procesalmente más moderado (que generalmente se relaciona con la reparación del daño) tienen una finalidad acusatoria; así, en caso de que alguno de esos dos sujetos procesales no descubriera todos los datos con los que cuente, el juez de control dará vista al superior jerárquico del Ministerio Público, para los fines conducentes y además impondrá una corrección disciplinaria a la víctima u ofendido.¹

Por otro lado, en cuanto hace a la defensa, bajo los principios de no autoincriminación y presunción de inocencia (que incluso prevalecen sobre la desconfianza que tiene el sistema colombiano en la labor pasiva del abogado), el defensor no está obligado a descubrir todo aquello que obtenga como fruto de su investigación paralela; por ello, por imperativo del numeral 340 del Código Nacional de Procedimientos

¹ Como dato curioso, el Código Nacional de Procedimientos Penales no prevé corrección disciplinaria alguna, por lo que corresponderá al juzgador armonizar esta sanción, a través de los medios de apremio que contempla el Código Nacional de Procedimientos Penales.

Penales, sólo descubrirá aquello que llevará a juicio; de esa manera, si el abogado, en su actividad indagatoria encuentra datos de prueba que le son perjudiciales, podrá prescindir de descubrirlos y en consecuencia directa, de llevarlos a juicio.

Así, este descubrimiento probatorio constituye el principio de contradicción plasmado en su máxima expresión en el sistema penal acusatorio, el mostrar las armas al contrincante (dicho en sentido figurativo), para el efecto de que esté en plena aptitud de ejercer sus pretensiones procesales en la etapa de juicio. Tiene como objetivo descubrir, de manera oportuna y completa, los elementos materiales probatorios (Bedoya, 2007). En palabras de Luigi Ferrajoli: para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes (Ferrajoli, 2014).

Ahora bien, en cuanto a la actividad de las partes, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece claramente una diferenciación entre el descubrimiento probatorio a cargo de la fiscalía y a cargo de la defensa.

En efecto, de conformidad con la reforma penal publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 17 de junio de 2016, tanto el concepto de descubrimiento probatorio, como la actividad misma de las partes en esa etapa sufrió modificaciones sustanciales, de tal manera que analizaremos cada una de ellas, comenzando por el concepto mismo de esta institución jurídica.

El numeral 337 reformado establece que por descubrimiento probatorio debemos entender la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas en el proceso, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio; lo que quiere decir que ya no sólo la etapa intermedia será sede de ese descubrimiento, sino además, en tratándose de la fiscalía, el descubrimiento abarcará todo el proceso, incluida la fase de investigación inicial.

En efecto, ese mismo numeral establece que, en el caso del Ministerio Público, el descubrimiento probatorio comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio, lo cual deberá realizarse en forma continua, a partir de los momentos establecidos en el párrafo tercero del artículo 218 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esto es, a partir de que el justiciable se encuentre detenido, sea citado para comparecer como imputado, o bien, sea sujeto de un acto de molestia y se pretenda recibir su entrevista; por ello, la institución ministerial deberá descubrir al justiciable todos los elementos de prueba con los que cuente y que eventualmente siga recabando con motivo de su función investigadora, con independencia de la naturaleza acusatoria o absolutoria que tengan.

En efecto, en México la fiscalía está obligada a investigar y recabar datos que sean de cargo y de descargo, tal como lo señala el numeral 129 del Código Nacional

de Procedimientos Penales, al establecer el deber de objetividad; empero, existen sistemas en los cuales esa cuestión está restringida; específicamente nos referimos al ya comparado derecho colombiano, pues anteriormente, la Fiscalía General de la Nación debía investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a su propia teoría del caso; no obstante, el derecho procesal se transformó, para dar cabida a que la fiscalía fuera un mero ente acusador y la defensa realizara efectivamente su labor, pues —considera el sistema colombiano— en caso contrario la labor de la defensa sería innecesaria.

En la sentencia C-1194 de 2005 la Corte Constitucional de Colombia resaltó que la inactividad de la defensa es un fenómeno propio del sistema penal acusatorio y, por ende, tiene obligación de recabar datos exculpatorios que en consecuencia no eran exigibles reunir a la fiscalía. No obstante, en México, donde existe un garantismo más ostensible en pro del imputado, los datos exculpatorios podrán ser recabados por todas las partes; esto es, la fiscalía, la víctima u ofendido y la defensa y todos ellos tendrán obligación de descubrirlos en el proceso; lo que guarda relación con una de las finalidades del sistema penal acusatorio, que es el esclarecimiento de los hechos y, bajo ese esquema, si los órganos acusadores advierten elementos de convicción que benefician la situación jurídica del imputado, a grado tal que pueda dar lugar a la clara inocencia del imputado, en términos de la fracción III del artículo 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales, podría dar lugar a un sobreseimiento en el proceso.

Ahora bien, es importante mencionar que la obligación del Ministerio Público y la víctima u ofendido se limita a descubrir todos los registros que consten en la carpeta, para que la defensa y el acusado los conozcan, pero eso no quiere decir que tengan que llevarlos necesariamente a juicio como medios de prueba, pues esa actividad ya correspondería a la defensa, en su interés procesal exculpatorio en cuanto tuviera conocimiento de ellos.

Citemos un ejemplo, si existiera el caso de que un dictamen de ADN demostró científicamente que el líquido seminal encontrado en el cuerpo de la víctima del delito de violación agravada no corresponde al imputado, pero para la fiscalía es insuficiente esa sola cuestión para tener por acreditada la inocencia del imputado, a grado de pedir el sobreseimiento en el proceso, tendrá sólo la obligación de develarlo a la defensa, pero no de llevarlo a juicio, ya que afectaría la teoría del caso ministerial. Así, será el defensor quien ofrezca ese medio de prueba para llevarlo a juicio y, si no lo hace, simplemente será un elemento de prueba descubierto, pero no ofrecido al juez de control para ser desahogado en la audiencia de debate y esa experticia ya no será perfeccionada nunca más en el proceso. En otras palabras será: un medio de prueba descubierto imperfecto.

Como se puede advertir, la finalidad del descubrimiento probatorio es la transparencia del juicio, pues a partir de ella se controla el material demostrativo y se evita la actividad sorpresiva de los litigantes, al presentar medios de prueba que no han sido conocidos por las partes, ya que si bien el sistema penal acusatorio está basado en el

principio de contradicción, esto es, en un litigio abiertamente horizontal, los sujetos procesales deberán estar bajo las mismas condiciones en el campo de batalla, a fin de poder ejercer sus pretensiones. En palabras de Luigi Ferrajoli: (2014) para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria la perfecta igualdad de las partes.

Así, cuando la fiscalía realiza su descubrimiento probatorio deberá atender lo siguiente:

- En primer término, deberá entregar copia de los registros de la investigación a la defensa. Dicho en palabras simples: extender copia fotostática de la carpeta de investigación, lo cual, desde luego, incluye la totalidad de ella, sin omisión alguna y, para efectos de dar certidumbre de ese actuar, deberá estar al menos foliada para verificar la identidad numérica entre la propia carpeta del fiscal con la extendida al abogado.
- Dar acceso a la defensa a las evidencias materiales recabadas durante la investigación; esto es, que el defensor físicamente pueda acceder a todas las personas, objetos e instrumentos relacionados con la indagatoria ministerial, para el efecto de que se imponga visual y materialmente de ellos, así como para realizar experticias en los objetos o formular entrevistas a las personas que estime pertinente para planear su teoría del caso.

Ahora bien, en el caso del acusado o su defensa, este descubrimiento consiste en entregar materialmente copia de los registros a la fiscalía a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia.

Por su parte, en cuanto a la defensa, el descubrimiento probatorio debe reunir los siguientes elementos:

- Deberá entregar física y materialmente a las demás partes, a costa de éstas, copia de sus medios de prueba y dar acceso a las evidencias materiales, con la salvedad del informe pericial, que puede ser descubierto a más tardar tres días antes del inicio de la audiencia intermedia, pero que haya sido anunciado previamente a ella.

Como puede advertirse, a partir de la reforma se le exige a la defensa que entregue copia de los registros con los que cuente; es decir, de manera expresa, el legislador, al reformar el numeral 337 (antes no le exigía esta carga), establece que el defensor llevará algo semejante a una carpeta de investigación, aunque no en los términos que se exigen a la institución ministerial, la cual está obligada a llevar un registro formal de los actos de investigación, en tanto se lo exige el numeral 217 del Código Nacional de Procedimientos Penales; precepto que además establece una serie de requisitos

formales con relación a los actos de investigación que lleve a cabo, ya que deberán constar en registros por separado, ser firmados por sus intervinientes e, incluso, en caso de que no puedan signar las personas su rúbrica o firma, se asentará la huella dactilar correspondiente. Asimismo, deberán señalarse el lugar, la fecha y la hora de su verificativo, el nombre y cargo de los funcionarios intervinientes y una breve descripción de la actuación.

Por ello, con relación a la defensa, en la práctica sería sumamente complicado que aquélla entregara físicamente al Ministerio Público, por ejemplo, una testimonial; de ahí que, en su generalidad, los defensores llevan algo semejante a una carpeta de investigación y el legislador, al modificar el referido numeral, así lo receptó, pues hay que recordar que la etapa de investigación complementaria también rige para la defensa y el imputado, en forma paralela; de modo tal que para efectos pragmáticos, el legislador consideró que es más viable dejar asentados los medios de prueba en un papel; esta última regla consuetudinaria y ahora formal de dejar constancia impresa, que ejercen tanto la fiscalía como la defensa (al margen de que el referido numeral 217 establezca que se podrán registrar los actos de investigación en cualquier medio que permita garantizar que la información recabada sea completa, íntegra y exacta, así como permitir en forma expedita su acceso a los demás sujetos procesales), resurge de la operatividad del sistema penal acusatorio y ¿por qué no decirlo? del apego al sistema escrito tradicional; sin embargo, se ha demostrado empíricamente que es más asequible asentar datos en documentos impresos y así poder manipularlos a manera de expediente, ante la facilidad física que permite tener un papel, a fin de ser trasladado en su contenido oralmente ante el órgano jurisdiccional.

Ello en el entendido de que la aplicación empírica del sistema ha obligado a que la fiscalía, mediante el uso de sellos y folio consecutivo en sus carpetas de investigación, garantice que la información ahí plasmada sea completa, íntegra y exacta y en consecuencia sea generalmente aceptada por su contraparte a través del medio escrito e impreso.

Ahora bien, llama la atención por qué el legislador le brindó la oportunidad a la defensa e incluso a la víctima u ofendido de poder descubrir (y no solamente anunciar) el informe pericial hasta tres días antes de la audiencia intermedia: la respuesta se encuentra en la práctica y en la ostensible complejidad temporal que puede generar la realización de un dictamen. En efecto, resulta evidente que si el defensor y el asesor jurídico de la víctima tuvieron acceso físico y material a los medios de prueba y los objetos de la fiscalía en último lugar, tienen que contar con un espacio temporal suficiente para poder elaborar sus informes periciales que, en muchos de los casos no representan una especial complejidad; empero, en otros sí, tal como acontece con un informe en materia de contabilidad, diverso en pureza de estupefaciente, disímil en materia bancaria, entre otros, y destacadamente porque la experticia a cargo de

la defensa, dependiendo de la teoría del caso, tendrá la finalidad de contrarrestar las conclusiones científicas del experto propuesto por el Ministerio Público o en su caso por el asesor jurídico victimal; tarea que no es nada fácil, pues no hay una actividad de litigación más difícil que la de contrarrestar las opiniones científicas de un perito e intentar desacreditarlo personalmente o a sus opiniones, sin acceso a la información básica, que es la que contiene un dictamen.

c) Ofrecimiento de los medios de prueba

Una vez que los medios de prueba han sido descubiertos por las partes, lo siguiente es que sean ofrecidos por los sujetos procesales. La etapa donde esto ocurre es la audiencia intermedia; es decir, específicamente en la fase oral de la etapa intermedia y, por supuesto, ante el juez de control. De ese modo, el anuncio de los medios de prueba se hace por escrito, el descubrimiento tiene una connotación material y el ofrecimiento se hará oralmente.

Así es, dado que el juez de control no tiene acceso en la audiencia intermedia a los registros de la investigación y tampoco a la actividad relacionada con el descubrimiento probatorio (ya que sólo es el rector de los plazos procesales en esa etapa), sólo le resta que las partes por vía oral le expongan —bajo un estricto control horizontal— si el desarrollo de la etapa intermedia en su etapa escrita fue cumplida cabalmente; para ello, en la propia audiencia intermedia el órgano jurisdiccional va a constatar, a través de la oralidad de las partes, si se cumplieron las reglas del descubrimiento probatorio; en caso de exponer alguna de ellas que no aconteció en esos términos, entonces el órgano jurisdiccional abrirá debate al respecto.

Aquí surge una interrogante, ¿qué sucede si el descubrimiento probatorio no se llevó en términos de ley? O ¿qué pasa si falta algún medio de prueba obligatorio por anunciar y descubrir por alguna de las partes y pretende ofrecerlo en la audiencia? Considero que la respuesta nos la otorga el artículo 99 del Código Nacional de Procedimientos Penales; esto es, la figura del saneamiento, ya que estamos ante un acto ejecutado en inobservancia de las formalidades de la ley, que puede subsanarse realizando el acto omitido. De esa manera, si algún medio de prueba no ha sido descubierto, estimo que esa omisión debe ser saneada. Ante ello, se deberá suspender la audiencia intermedia y ordenar a la parte omisiva que descubra ese elemento de prueba y permita eventualmente su acceso al sujeto procesal correspondiente. Saneado lo anterior, entonces se podrá volver a celebrar la audiencia intermedia, ya con la generalidad de haber descubierto todos los medios de prueba.

Ahora bien, en el caso de que se advierta que el descubrimiento probatorio se llevó a cabo en términos de ley y una vez que se han resuelto posibles incidencias y excepciones, y resuelto los acuerdos probatorios se procederá al ofrecimiento de medios de prueba en forma oral. A partir de la exposición de las partes, el órgano

jurisdiccional excluirá aquellos que no tengan relación con la investigación, generen efectos dilatorios, sean ilícitos, nulos, ilegales o se refieran a la conducta sexual previa de la víctima en un delito relacionado con esa índole (temas que se abordarán más adelante); en caso contrario, decretará su admisión.

d) Admisión y exclusión de los medios de prueba

Admisión. Como se indicó, si el juez de control no encontrare que los medios de prueba ofrecidos en forma verbal son impertinentes, generan efectos dilatorios, son ilícitos, nulos, ilegales o se refieran a la conducta sexual previa de la víctima, procederá a su admisión. Esta decisión evidentemente repercutirá en la etapa de juicio, pues sólo podrá desahogarse aquello que haya sido materia de depuración de la etapa intermedia. De esa manera, la admisión de esos medios de prueba es vinculante para el tribunal de enjuiciamiento, quien tendrá conocimiento de ellos a partir del auto de apertura a juicio oral que el juez de control dicte derivado de la actividad de las partes en la etapa intermedia.

Por ello, la admisión de los medios de prueba lleva aparejados los siguientes efectos:

- Se fija la *litis* probatoria al delimitar los medios de prueba que se desahogarán en juicio, a virtud de que éstos han seguido un camino que va desde su anuncio, hasta su descubrimiento y admisión en la etapa intermedia y que atenderán desde el hecho delictivo mismo, como la responsabilidad del acusado, la individualización de sanciones y la reparación del daño.
- Se individualizan los medios de prueba (es decir, se identifica plenamente a testigos, peritos y pruebas materiales y su forma de citación). Lo anterior, incluso en caso de haberse declarado por el órgano jurisdiccional como reservados, pues para ese momento ya no se podrá mantener ese sigilo, en términos del artículo 220 del Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Se establecen los acuerdos probatorios (excepción al principio de contradicción), los cuales no serán materia de prueba en la etapa de juicio, sino que sus alcances son aceptar como probados algunos hechos o sus circunstancias.
- Se cierra la fase probatoria en su etapa de preparación a juicio, para dar cabida sólo a su desahogo y su valoración.
- Se hace referencia a la prueba anticipada, para el efecto de que sea reproducida en juicio.

Desde luego, los medios de prueba que no hayan sido admitidos, pero que previamente fueron anunciados y descubiertos por las partes, estarán excluidos de la audiencia de debate, como se analiza a continuación.

Exclusión. La exclusión probatoria es una institución tan explorada como la prueba misma. En el ámbito internacional y específicamente en el derecho europeo se la conoce como prohibiciones de la prueba; en el derecho anglosajón es conocida como *exclusionary rule* o regla de exclusión. Fue Ernst Beling quien acuñó este tema con mayor trascendencia, hace más de 100 años, en su llamada teoría de la prohibición de la prueba (Beling, 1968), donde manifestaba que existían limitaciones a la averiguación de la verdad dentro del proceso, las cuales dependían de la posición que otorgaba el ordenamiento jurídico al individuo frente al poder estatal. Esta limitación surge frente al estado de derecho o más específicamente frente a los derechos fundamentales, sobre todo aquellos relacionados con la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad.

En estos casos el legislador estableció determinadas restricciones a la actividad probatoria, inicialmente libre, donde la admisibilidad de los medios de prueba no es viable e incluso resulta prohibida. Estas restricciones juegan un papel preponderante bajo un doble esquema de protección: tutelan al justiciable de que no se admitan medios de prueba ilícitos o ilegales en su contra, y preservan un componente colectivo, a través de la realización de un juicio justo, a fin de que sea juzgado en términos apegados a la constitucionalidad y la legalidad y que tampoco dicho gobernado los utilice contra las demás partes (la víctima u ofendido o la institución ministerial), esto es, la prueba ilícita supone la imposibilidad de admitirla y valorarla, o sea, su inutilizabilidad en el proceso (Gascón, 2012).

Bajo este aspecto y de acuerdo con los lineamientos del sistema penal acusatorio de nuestro país y lo ordenado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sólo será prueba aquello que se desahogue en presencia del tribunal de enjuiciamiento; por ello, en México las reglas de exclusión probatoria (desde luego, sólo en la etapa intermedia) tenderán a regular la prohibición de la producción de pruebas (y excepcionalmente la ya producida, como la intervención de comunicaciones privadas, la prueba anticipada, entre otras), en virtud de que aquéllas todavía no se obtienen, sino hasta que se perfeccionen en la etapa de juicio. De esa manera, el juez de control va a encargarse primordialmente de excluir aquellos medios de prueba que suponen una violación procesal o sustantiva en su etapa de producción (como podría ser la lectura íntegra en la etapa de juicio de un dictamen pericial), sin que esto suponga necesariamente que no se va a hacer cargo de aquella ya producida.

Lo anterior tiene sustento en que, desde luego, el derecho a valerse de pruebas en el proceso penal no es absoluto, ya que esa libertad probatoria, de la cual se goza inicialmente, debe ser regulada bajo aspectos rigurosos y bien determinados que permitan que la etapa de juicio sea llevada bajo una institución protectora de los derechos humanos, a fin de que el tribunal de enjuiciamiento no tenga que ocuparse de la calificación de los medios de prueba, sino que éstos sean previamente regulados por el

juez de control y, en esencia, la etapa de juicio se centre solamente en el desahogo y la valoración de esas pruebas previamente anunciadas, ofrecidas, admitidas e incluso excluidas.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece cinco bloques de reglas de exclusión:

- a. Pruebas que generan efectos dilatorios. Este primer rubro corresponde a los medios de prueba que atentan contra la celeridad e idoneidad del proceso (tiene sustento en el principio de pertinencia, conducencia, utilidad e idoneidad de la prueba) y, a su vez, se subdividen en sobreabundantes, impertinentes e innecesarios.
- b. Pruebas obtenidas con violación a los derechos fundamentales. El segundo bloque se compone de aquella construcción protectora de estos derechos.
- c. Pruebas nulas. El tercero se relaciona con la institución de nulidad de las pruebas por pronunciamiento judicial previo.
- d. Pruebas que recabadas en contravención a la ley. El cuarto se vincula con el debido cumplimiento de las formalidades de ley (los tres anteriores principios tienen su sustento en el diverso principio de licitud probatoria).
- e. Pruebas sobre conducta sexual anterior y posterior de la víctima. El último de ellos no es genérico como los anteriores, sino concretizado a los delitos de índole sexual, tendentes a indagar sobre la conducta, precisamente sexual de la víctima (tiene sustento en el principio de utilidad de la prueba, en tanto pone en tela de juicio la disponibilidad de la libertad sexual de una persona).

e) Desahogo de pruebas

Con respecto al desahogo de pruebas, es importante mencionar que el sistema penal acusatorio está diseñado, en esencia, para que las pruebas sean desahogadas en la etapa de juicio, pues es en ese momento en el que el tribunal de enjuiciamiento valora los elementos de prueba que han sido perfeccionados en su personalísima presencia.

No obstante lo anterior, centrándonos en las reglas del sistema penal acusatorio en México, no sólo existe la posibilidad de que las pruebas sean desahogadas en la audiencia de juicio, sino además en el plazo constitucional en el que se resuelve el auto de vinculación a proceso o de no vinculación a proceso, pues en esa etapa procesal el órgano jurisdiccional también va a analizar el fondo del asunto, aunque de manera temprana, para verificar si existen datos de prueba suficientes y que adviertan congruencia, que permitan continuar el proceso.

Ya se ha mencionado que existen sistemas acusatorios en distintos países, donde el órgano jurisdiccional analiza la suficiencia probatoria para que el proceso llegue a juicio, como es el caso del derecho anglosajón, con la llamada etapa de juicio pre-

liminar, y la diversa audiencia preliminar en El Salvador o la etapa intermedia en Guatemala. En esos sistemas, el juez analiza si existen medios de prueba suficientes para abrir la etapa de juicio; es decir, necesariamente analiza el fondo del asunto y la posibilidad de que prosiga el proceso con las pruebas hasta ese momento recabadas; incluso, en sistemas como el salvadoreño, si no existen medios probatorios suficientes, el órgano jurisdiccional los recabará de oficio.

En mérito de ello, podemos entonces establecer que existen dos momentos para el desahogo de pruebas tendentes a analizar el fondo del asunto, el primero de ellos, en etapas tempranas, que es el plazo constitucional puntualizado, donde se desahogan medios de prueba (llamados ya así, desde la reforma penal de 17 de junio de 2016) y se ofrecen y ponderan datos de prueba para resolver sobre la vinculación o no a proceso del imputado; el segundo momento se da en la etapa de juicio, donde de manera expresa se desahogan pruebas y consecuentemente se valoran o desvaloran por el tribunal de enjuiciamiento. En el primer momento, el estándar probatorio que se exige para un auto de vinculación a proceso es menor, mientras que el requerido para emitir una sentencia condenatoria evidentemente debe ser muy alto; no obstante, en ambos supuestos es claro que se desahogan elementos de convicción, tan es así, que el artículo 309 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en su parte final, al hacer referencia a los datos de prueba ofrecidos en el plazo constitucional, preceptúa que: En lo conducente se observarán las reglas previstas en este Código para el desahogo de los medios de prueba; de ahí que las reglas de desahogo de los datos son, en esencia, de naturaleza similar a los relativos a las pruebas en la audiencia de juicio (con sus casuísticas excepciones) y, en consecuencia, es ostensible que en el plazo constitucional también se perfeccionan elementos de prueba concordantes con esas etapas tempranas.

f) Valoración de las pruebas

En cuanto a la valoración de las pruebas en el sistema penal acusatorio, es un tema que amerita un estudio extenso al respecto y que incluso me hago cargo de él en diverso trabajo relacionado con la prueba libre y lógica, cuya edición corre también a cargo de este honorable Instituto de la Judicatura Federal; no obstante, dado que el presente trabajo sólo tiene como finalidad hacer referencia al *iter* de la prueba, nos ceñiremos a decir que al hablar de valoración de los elementos de convicción, necesariamente tenemos que hacer referencia a los momentos en que el órgano jurisdiccional realiza esta labor; esto es, a las diversas etapas procesales donde el juzgador realiza, en sentido amplio, una valoración o ponderación de suficiencia y razonabilidad de los elementos de convicción sometidos a su análisis. Así tenemos que un ejercicio inicial de los datos de prueba ocurre cuando se analiza el libramiento de una orden

de aprehensión por necesidad de cautela, así como para la calificación del control de detención, la imposición de medidas cautelares y para resolver la vinculación o no a proceso del justiciable, por citar etapas tempranas; mientras que la valoración de la prueba, en sentido estricto, acontecerá en la etapa de juicio, una vez que se ha producido la actividad probatoria en presencia del tribunal de enjuiciamiento.

Así, tenemos entonces que el ejercicio de ponderación y valoración de las pruebas en el sistema penal acusatorio, en términos generales, será libre y lógico, lo que quiere decir que inicialmente no requerirá de alguna tasación o regla estricta, sino que ésta se razonará en una libre apreciación; empero, esa facultad no es absoluta, ya que, a pesar de ser libre, se basa en directrices basadas en un sistema de sana crítica, donde ingresan a ese terreno de valoración la lógica dialéctica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, retomados de la Ley de Enjuiciamiento Civil española del siglo XIX. De esa manera, al ser libre la valoración, pero además lógica, se limita el paso de un sistema de íntima convicción, para dar cabida a la motivación y fundamentación de lo resuelto y así dar certeza al gobernado de las determinaciones judiciales.

IV. Soluciones alternas antes de concluida la etapa intermedia y procedimiento abreviado ¿Resulta procedente su admisión ante la preservación de la materia del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso?

Las soluciones alternas y el procedimiento abreviado constituyen figuras jurídicas que tienen por finalidad terminar alternativa o anticipadamente el proceso, al optar por hacer prevalecer la justicia restaurativa en el caso de las primeras y, en el caso del segundo, el beneficio de la imposición de penas menores a las mínimas, al aceptar el hecho materia de la acusación; sin embargo, ambas comparten una misma finalidad: evitar llegar a la etapa de juicio, donde las posibilidades de obtener las pretensiones procesales derivarán de la actividad probatoria y la estrategia del litigio, pero sin certidumbre cierta y determinada de salir victoriosos en esa contienda. De esa manera, dado que no se pretende llegar a juicio, antes de que culmine la etapa intermedia, por lógica procesal, las partes buscarán la obtención de estas figuras.

Ahora bien, en virtud de que el tema que se abordará en el presente apartado se ciñe a establecer si estas soluciones alternas y terminación anticipada del proceso serían procedentes ante la existencia de un juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso, donde además se otorgó la suspensión definitiva por parte del órgano de control constitucional, considero conveniente analizar estas dos figuras jurídicas por separado y, atendiendo a su naturaleza, darles un trato diferenciado en torno al tema planteado, por así requerirlo su peculiar connotación. De esa manera, comenzaremos por las soluciones alternas.

Las soluciones alternas

Con relación a estos mecanismos alternos de solución, es viable mencionar que encuentran sustento en el ámbito constitucional, ya que el artículo el artículo 17, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. Asimismo, establece que en la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán en los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Por su parte, el artículo 18, párrafo sexto, constitucional, hace mención de que las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente.

Como puede advertirse, existen dos figuras jurídicas que cobran vigencia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que son, por un lado, las soluciones alternas y, por otro, los mecanismos alternativos de solución de controversias. Será en sede del ámbito legislativo que se establecerá de manera clara su diferenciación.

En efecto, en primer término, el Código Nacional de Procedimientos Penales, bajo un enfoque de índole taxonómico, establece que las soluciones alternas —que constituyen formas de solución alternativas del procedimiento— son los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. Asimismo, la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal contempla a los mecanismos alternativos de solución de controversias y establece que éstos consisten en la mediación, la conciliación y la junta restaurativa; figuras jurídicas que no son en sentido estricto soluciones alternas, sino que constituyen el camino para llegar a ellas. Dicho en otras palabras, la mediación, la conciliación y la junta restaurativa tendrán como finalidad conducir a las partes procesales a obtener acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso, por lo que las primeras son el medio para conseguir los segundos.

En ese orden, las soluciones alternas serán materia de análisis de este primer tema, dado que los mecanismos alternativos de solución de controversias son sólo instrumentos de obtención de aquellas salidas, pero serán estas últimas las que tendrán repercusión jurídica frente al proceso y, desde luego, frente al juicio de amparo instado contra el auto de vinculación a proceso.

Así, el numeral 186 del Código Nacional de Procedimientos Penales se encarga de definir en qué consisten los acuerdos reparatorios, al establecer que son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

Por su parte, por suspensión condicional del proceso, de acuerdo con lo previsto en el artículo 191 del Código Nacional, 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 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.

Como puede advertirse, ambas figuras, en caso de cumplirse en sus términos, darán lugar a la extinción de la acción penal y al sobreseimiento en el proceso, que tendría efectos de sentencia absolutoria. En palabras de Chiara Díaz y Julio C. Báez: con el sobreseimiento se decide la finalización de un proceso, respecto a uno o varios imputados determinados, previamente al dictado de una sentencia definitiva, que le otorgue el carácter de cosa juzgada, y ello en virtud de la existencia de una causa expresamente fijada en la normatividad regulatoria de la materia, impidiéndose de esta manera, la prosecución del trámite contra el o los sujetos activos (Chiara, Báez y Esquivel, 2013).

Es importante mencionar que la oportunidad para promover aquellas soluciones alternas en el procedimiento penal es, en cuanto a los acuerdos reparatorios, desde que exista denuncia o querrela; mientras que la suspensión condicional del proceso se podrá solicitar a partir de que se dicte auto de vinculación a proceso. El límite procesal para la promoción de ambas figuras ocurre hasta que se emita el auto de apertura a juicio oral, con lo que finalizaría la etapa intermedia en sus dos fases.

Ahora bien, centrémonos en la interrogante inicialmente planteada y, para efecto de ser más ilustrativos, expongamos un ejemplo al respecto.

En un proceso penal se dicta auto de vinculación a proceso contra el imputado por determinado delito y, en consecuencia, aquél promueve juicio de amparo contra esa determinación y también solicita la suspensión del acto reclamado. El juez de amparo admite la demanda y, previo los trámites de ley, concede la suspensión definitiva al quejoso, para el efecto de que, entre otras cosas, el justiciable quede a disposición del juez de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad, pero a disposición del juez de control, para la continuación del proceso.

Es importante mencionar, que en virtud de que el acto reclamado es un auto de vinculación a proceso, la alegación de violaciones se relaciona estrechamente con los derechos fundamentales establecidos en el artículo 19 constitucional; de ahí que de conformidad con lo previsto en el artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, no es viable emitir determinación alguna en el proceso que haga que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones alegadas, pues conducirían a un cambio de situación jurídica que podría actualizar una causal de improcedencia, que a su vez originaría un sobreseimiento en el juicio constitucional.

Lo anterior pone de relieve que la intención del legislador al crear la porción normativa contenida en el artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley

de Amparo, fue la de mantener la materia del juicio constitucional ante una repercusión jurídica que se pudiera originar en el proceso, que incluso tiene la fuerza de suspenderlo una vez concluida la etapa intermedia; ello, desde luego, para no abrir la siguiente etapa en la que se podría dictar sentencia que dejaría sin materia al juicio constitucional.

De este último tópico deriva la interrogante planteada: si lo que el legislador de amparo busca es que se preserve la materia del juicio y que con motivo de ello no se llegue a la etapa de juicio en tanto se resuelva la litis constitucional, entonces, ¿las soluciones alternas que de facto conllevan una modificación de la sustancia del amparo son procedentes en el proceso? Ello, porque eventualmente, al darles cabida procesal y tener el alcance de extinguir la acción penal, una vez que fueran perfeccionadas, ya no habría proceso en el cual se pudiera dar cumplimiento a la ejecutoria protectora de derechos fundamentales (ante la extinción de la acción penal) y, en consecuencia, inminentemente la materia de amparo se vería modificada.

Como ya lo anticipé, considero que sí es procedente darle cabida a las soluciones alternas, al margen de que se hubiera promovido juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso, lo que conllevará a que su perfeccionamiento en el proceso, al dar lugar a la extinción de la acción penal, tendrá la fuerza procesal de originar el sobreseimiento en el juicio de amparo. Lo que considero en razón de lo siguiente.

El legislador, al establecer el imperativo legal de proteger la materia del juicio de amparo, preceptuó la inviabilidad de que se pudiera emitir una sentencia definitiva contra el justiciable, atendiendo a la objetiva incertidumbre de que esta resolución pudiera ser en sentido de condenar o absolver, pero en ambos supuestos, el gobernado estaría a expensas de la determinación judicial del juez de origen y, ante ello, el legislador consideró que debe prevalecer el interés de analizar en el juicio de amparo posibles violaciones a los derechos fundamentales en el auto de vinculación a proceso y además que el dictado posterior de una sentencia no hiciera nugatorio este análisis constitucional.

Ahora bien, en las soluciones alternas no existe esa incertidumbre; esto es, no se coloca al gobernado en un estado de inseguridad jurídica en el cual pudiera dictarse una sentencia condenatoria en su contra, lo que es más, las soluciones alternas ni siquiera son determinaciones que agraven la situación jurídica en que se encuentra el imputado en el proceso, porque de conformidad con lo previsto en el tercer párrafo del artículo 189 y el diverso 198 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en caso de que se revoquen los acuerdos probatorios o la suspensión condicional, el proceso seguirá su marcha como si no se hubieran celebrado aquellas figuras y, adicionalmente, de acuerdo con lo establecido en el párrafo cuarto del numeral 189 y el último párrafo del artículo 196 de la codificación mencionada, toda información que se genere con motivo de un acuerdo reparatorio o la suspensión condicional del proceso no podrá ser utilizada en perjuicio del imputado en el proceso penal.

De esa manera, la situación jurídica del imputado, con motivo de la procedencia, tramitación y eventual cumplimiento de aquellas figuras no agrava su situación jurídica ni lo coloca en incertidumbre, pues debe reiterarse que, en caso de su incumplimiento o falta de perfeccionamiento, el proceso seguirá tramitándose en los mismos términos en que estaba antes de admitir la procedencia de aquellas figuras y, en el mejor de los panoramas, esto es, de que se cumplan íntegramente, llevará a la extinción de la acción penal.

Por ello, la sola procedencia y tramitación de acuerdos reparatorios o suspensión condicional del proceso no afecta en forma alguna la materia del juicio de amparo y las condiciones que prevalecerían para ese momento y, para efectos del amparo, serían las mismas como si no se hubieran solicitado. En mérito de eso, considero que sí es viable admitir en el proceso la procedencia de esas soluciones alternas.

Ahora bien, establecida la viabilidad de su procedencia, resta decir los efectos que conllevaría el cumplimiento íntegro de aquellas figuras, con relación al juicio de amparo.

Pues bien, como se ha expuesto, el artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo establece que cuando se aleguen violaciones al artículo 19 constitucional (como sería el caso del auto de vinculación a proceso), “solamente la sentencia de primera instancia hará que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones para los efectos de la improcedencia”; lo que indica que sólo la sentencia definitiva del proceso tendría la fuerza procesal necesaria para considerar irreparablemente consumadas las violaciones ahí alegada; esto es, de acontecer de esa manera, eventualmente se actualizaría la hipótesis prevista en el propio numeral, pero en su fracción XVI, “Contra actos consumados de modo irreparable”, que en términos del precepto 63, fracción V, de la Ley de Amparo, conllevaría al sobreseimiento en el juicio.

No obstante lo anterior, eso no quiere decir que durante la secuela del juicio de amparo no pueda actualizarse distinta causal de sobreseimiento por sobrevenir alguna causa de improcedencia, originada directamente por el proceso que le dio origen al auto de vinculación a proceso. Dicho de modo más concreto: las soluciones alternas en el proceso que dan lugar a la extinción de la acción penal.

Así es, en caso de extinguirse la acción penal las soluciones alternas darían lugar al sobreseimiento en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 327, fracción VI, del Código Nacional de Procedimientos Penales, que de quedar esta determinación firme tendría efectos de sentencia absolutoria, como lo establece el numeral 328 de ese código procesal y, en consecuencia directa e inminente, el auto de vinculación a proceso cesaría en sus efectos, ya que la acción penal y el proceso que le dieron origen estarían extintos y, por ende, la vinculación a proceso dejaría de existir en la realidad jurídica-procesal.

De conformidad con lo anterior, existiría repercusión directa en el juicio de amparo, ya que se actualizaría una causal de improcedencia, pero no la relativa a la consumación de modo irreparable de las violaciones alegadas, sino la relativa a la cesación de efectos del acto reclamado, prevista en el artículo 61, fracción XXI, de la Ley de Amparo, que conduciría al sobreseimiento en el juicio, en correspondencia a lo establecido en el precepto 63, fracción V, de esa legislación.

En efecto, si bien el numeral 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo pretende conservar la materia de amparo, para efectos de no dejar las violaciones del auto de vinculación a proceso irreparablemente consumadas, las soluciones alternas no tienen ese alcance, sino que, por el contrario, conducen a que esas posibles violaciones ya no tengan efectos jurídicos contra el gobernado y, al extinguirse la acción penal y decretarse el sobreseimiento en el proceso no existiría ya repercusión alguna en la esfera jurídica del justiciable, quien se vería beneficiado con aquellas figuras y su implacable repercusión que tienen en el proceso a favor del gobernado.

Por ello, las soluciones alternas no riñen con el juicio de amparo ni dejan sin materia el análisis constitucional del acto reclamado, sino que, por el contrario, eventualmente conducen a una finalidad que se equipara a la mayor protección que se puede obtener en el juicio de amparo promovido contra el auto de vinculación a proceso, que es la protección lisa y llana, con efectos de absoluta libertad, ya que el sobreseimiento en el proceso tiene efectos de sentencia absolutoria.

Derivado de lo anterior, con relación a las soluciones alternas frente a la promoción del juicio de amparo, se concluye que:

- a. Sí son procedentes las soluciones alternas, al margen de que se hubiera promovido juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso, y
- b. El perfeccionamiento de los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del proceso en su integridad, al dar lugar a la extinción de la acción penal, tienen la fuerza procesal de originar el sobreseimiento en el juicio de amparo.

Ahora bien, a continuación se analizará la figura jurídica del procedimiento abreviado frente al juicio de amparo.

El procedimiento abreviado

De conformidad con el artículo 185 del Código Nacional de Procedimientos Penales, este procedimiento constituye una forma de terminación anticipada del proceso.

Tiene sus bases constitucionales en el artículo 20, apartado A, fracción VII, en cuanto establece 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. 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”.

Por su parte, el numeral 201 del Código Nacional en comento establece los requisitos de procedencia y la verificación que realizará el juez ante una solicitud de esa terminación anticipada, los cuales, *grosso modo*, se hacen consistir en que debe existir una petición ministerial, la cual deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño; asimismo, establece que además debe existir reconocimiento (y no confesión)² del acusado, con respecto a los eventos materia de la acusación (con el conocimiento de su derecho de acudir a la etapa de juicio, a la cual renunciaría y además deberá aceptar ser juzgado con los medios de convicción existentes); finalmente, no debe existir oposición fundada de la víctima u ofendido al respecto.

Pues bien, como puede advertirse, el procedimiento abreviado, si bien de acuerdo con el artículo 201, fracción I, del Código Nacional de Procedimientos Penales se insta a petición del Ministerio Público, para que resulte procedente su admisión es necesaria la aceptación plena e informada del imputado, ya que no solamente va a reconocer los hechos materia de la acusación, sino que además, de manera expresa, deberá renunciar al derecho de la etapa de juicio, consentir la aplicación del procedimiento abreviado y aceptar ser sentenciado con los medios de convicción que exponga el Ministerio Público en su acusación. En palabras de Avella Franco, la terminación

² La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1619/2015, cuyo ponente fue el señor Ministro José Ramón Cossío Díaz, estableció que: “La aceptación de la responsabilidad en los ilícitos atribuidos no constituye una prueba, que como tal solo puede serlo la confesión formal de los hechos por parte del indiciado y que en su caso deberá rendirse en juicio oral, no en el procedimiento abreviado. Así, cuando el inculpado admite, ante autoridad judicial, su responsabilidad en la comisión del delito atribuido, en las modalidades y circunstancias expuestas por el Ministerio Público en el escrito de acusación, no está emitiendo una declaración libre y espontánea de lo que considera su participación en la comisión de los hechos ilícitos como sucede en el caso de la confesión”.

anticipada del proceso “se ubica en las posibilidades de justicia premial, en la medida de que el imputado puede aceptar los hechos, persuadido de los beneficios punitivos que el acto comporta” (Avella, 2007).

Es aquí, en esta aceptación plena e informada del acusado, que se centra el *quid* del tema que se analiza en este apartado, es decir, ¿ante la promoción del juicio de amparo y la concesión de la respectiva suspensión definitiva, es posible la procedencia de un procedimiento abreviado?; en el entendido de que al dar cabida a su prosecución existe la alta e inminente posibilidad de que esa terminación anticipada se perfeccione en sus términos y, en consecuencia, se dicte sentencia condenatoria contra el justiciable.

La postura que erijo en torno al tema es que sí es procedente dar lugar a la procedencia de ese procedimiento, así como a su perfeccionamiento y efectos correspondientes, con independencia de la promoción del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso y la concesión de la suspensión definitiva. Lo que así considero de conformidad con lo siguiente.

En primer término, es evidente que la promoción del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso conlleva necesariamente la voluntad del quejoso, a fin de que sean analizadas las posibles violaciones a sus derechos fundamentales y de manera destacada los establecidos en el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con lo que buscará que eventualmente le sea concedida la protección constitucional. De esa manera, como se puntualizó en párrafos precedentes, de conformidad con lo previsto en el artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, no es viable emitir determinación alguna en el proceso que haga que se consideren irreparablemente consumadas las violaciones alegadas, pues conducirían a un cambio de situación jurídica que podría actualizar una causal de improcedencia que, a su vez, originaría un sobreseimiento en el juicio.

De ello se advierte, como ha quedado puntualizado, que la finalidad del legislador de amparo fue establecer mecanismos jurídicos, a fin de mantener la materia del juicio constitucional, frente a lo que pudiera representar una repercusión jurídica que se origine en el proceso, que es el dictado de una sentencia de juicio; por ello, la promoción de la instancia de amparo contra el auto de vinculación a proceso tiene la fuerza de suspender el proceso una vez concluida la etapa intermedia.

De lo anterior es evidente que se tiende a proteger la inviabilidad de que se pudiera emitir una sentencia definitiva contra el justiciable, quien al no optar por salidas alternas o terminación anticipada durante el desarrollo del proceso, es evidente que luchó porque no fuera demostrada su culpabilidad y no le importa llegar a juicio para conseguirlo.

Ahora bien, centrémonos en una institución que aunque parezca similar, es diametralmente diversa a la sentencia definitiva que se dicta en la etapa de juicio: esta institución es el procedimiento abreviado.

En efecto, la sentencia que se dicta en este procedimiento abreviado conlleva una circunstancia evidentemente diversa a la que se dicta en la etapa de juicio, ¿cuál es esa disimilitud?, puede decirse de manera sencilla: en la etapa de debate el justiciable fue vencido en juicio y en el procedimiento abreviado él decidió darse por vencido y aceptó, de manera informada, voluntaria y con conciencia de los alcances de su propia voluntad, los efectos de una sentencia condenatoria.

El hecho de aceptar el procedimiento abreviado puede obedecer a múltiples factores personales, familiares, laborales o incluso sociales. En la generalidad de casos, las personas vinculadas a proceso pretenden evitar proseguir un procedimiento que redunde en modificación a su vida cotidiana, al estar supeditados a la agenda judicial, los lineamientos cautelares que se le han fijado o, en muchos de los casos, a la privación de su libertad personal. Por ello, ante la posibilidad informada por su defensa de que pueden obtener una sentencia condenatoria, aun acudiendo a la sede del juicio, decide terminar anticipadamente el proceso y reconocer el evento atribuido, con las consecuencias que esto conlleva; dicho en palabras de Luigi Ferrajoli, optó por una de las finalidades más importantes del derecho penal, que es la solución del conflicto (Ferrajoli, 1995).

Además, el reconocimiento del hecho punible y las consecuencias de un procedimiento abreviado no siempre son perjudiciales para el justiciable, pues dependiendo de sus necesidades personales y la ponderación de circunstancias que realice en torno a los hechos que redundan en su situación jurídica, en muchos de los casos los acusados prefieren ser declarados penalmente responsables y asumir las consecuencias que esto genere, que seguir privados de su libertad; esto, porque debe recordarse que no todas las sentencias condenatorias se tienen que cumplir en prisión, ante la existencia de figuras del derecho ejecutivo penal, como son los sustitutivos y beneficios que, dependiendo de su naturaleza, permiten a la persona compurgar una pena pública en libertad.

Ante ello, si el juez de control que se erige como rector del proceso decide no darle cabida al procedimiento abreviado, so pretexto de que existe la promoción del juicio de amparo y su correspondiente suspensión definitiva, está (en mi opinión) fácticamente limitando el acceso a la justicia en el proceso del gobernado, pues la intención de él es contundente, clara, plena e informada: quiere terminar anticipadamente el procedimiento.

Ilustremos lo anterior con un ejemplo: a una persona, en el ámbito federal, le fue dictado auto de vinculación a proceso por el delito de uso de documento público falso, por lo que es susceptible de que, en caso de que se dicte sentencia condenatoria en su contra, obtenga una pena de cuatro a ocho años de prisión y de 200 a 360 días multa. En la audiencia inicial, en el momento de valorar la teoría del riesgo de sustracción de la justicia del imputado, el juez de control determina imponer prisión preventiva como medida cautelar, habida cuenta que el justiciable no presenta arraigo en la enti-

dad federativa de la circunscripción territorial del órgano jurisdiccional, ya que reside en diverso estado; incluso señaló un domicilio falso en la entidad de competencia territorial del juzgador, con la finalidad de demostrar ese posible arraigo; asimismo, en el momento de ser detenido opuso resistencia al acto de autoridad y, además, cuenta con el respaldo económico de poder viajar a cualquier parte del país o al extranjero en el momento que lo desee. Así, contra ese auto de vinculación a proceso el justiciable promueve juicio de amparo y le es concedida la suspensión definitiva, para el efecto de que, entre otras cosas, quede a disposición del juez de amparo, sólo en lo que se refiere a su libertad, pero a disposición del juez de control, para la continuación del proceso.

La persona —asistida por su defensa técnica durante todo el proceso— ante los datos de prueba que le fueron narrados por la institución ministerial en la audiencia de vinculación a proceso, realiza (junto con su abogado) un ejercicio de ponderación de la actividad probatoria y llega a la conclusión de que existe un alto grado de posibilidad de que sea declarado penalmente responsable de ese hecho punible en la etapa de juicio, pues además no cuenta con elementos de convicción eficientes para contrarrestar la teoría del caso de la fiscalía; por ello, el defensor en la etapa intermedia, decide optar por un procedimiento abreviado y negociar la pena con la institución ministerial.

Todo ello, con la certeza informativa de que la pena mínima por el delito en comento es de cuatro años y, en mérito de ese tópico, logra conseguir la garantía del fiscal, en el sentido de que éste solicitará al juez de control la disminución de la pena mínima en un tercio; por ello, la sanción, ya bajo esa operación tranzada, quedaría en dos años ocho meses de prisión. En ese orden, la defensa evidencia una alta probabilidad de que su patrocinado obtenga los sustitutivos y el beneficio penal contemplados respectivamente en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, ya que el imputado no presentó ingresos previos a prisión y tiene un modo honesto de vida. Asimismo, parte de la negociación se hizo consistir en que en la audiencia de lectura de explicación de la sentencia de procedimiento abreviado, las partes renunciarían a los plazos y el derecho de interponer recurso de apelación, a fin de que el justiciable obtenga esas figuras jurídicas de inmediato, ya que evidentemente su prioridad es salir de prisión.

Sin embargo, la defensa del imputado cometió un error, que se hizo consistir en no haber desistido del juicio de amparo instado contra el auto de vinculación a proceso, el cual apenas estaría por resolverse. Ante ello, el juez de control que rige el proceso y que recibe la solicitud de la fiscalía para la procedencia del procedimiento abreviado emite un proveído en el cual no le va a dar cabida a esa forma de terminación anticipada del proceso, so pretexto que de hacerlo así, dejaría sin materia el juicio de amparo, al quedar irreparablemente consumadas las violaciones alegadas.

Las preguntas que resurgen aquí son: ¿realmente el juez de control, al actuar de esa manera está velando por tutelar los derechos fundamentales del imputado?; asi-

mismo, ¿es jurídicamente más importante el análisis del juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso, que la obtención inmediata de libertad de la persona? Si tuviéramos la oportunidad de preguntar estos cuestionamiento al justiciable, seguramente se inclinaría en que sus necesidades e interés inmediato es salir de prisión, sin esperar que un órgano de control constitucional analizara si el auto de vinculación a proceso fue o no dictado con apego a la constitución o a las leyes secundarias y, destacadamente, porque el análisis del juicio de amparo no es garantía de que se concederá la protección constitucional y que en consecuencia el quejoso obtenga su libertad; de ahí que la única posibilidad que tiene al alcance para recuperar su libertad es el procedimiento abreviado.

En mérito de ello, estimo que los jueces debemos atender a los intereses del justiciable y ponderar mayormente la procedencia del procedimiento abreviado, sin concluir indiscriminadamente que la sentencia de procedimiento abreviado es igual a la sentencia de juicio (que en términos de la Ley de Amparo esta última es la sentencia de primera instancia), porque —como se ha puntualizado— ambas tienen una naturaleza diversa, lo que incluso se hace más ostensible, si la lectura del artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, advertimos que el camino que traza ese numeral, consiste en suspender el proceso finalizando la etapa intermedia; esto es, se trata de una institución jurídica disímil y que no puede equipararse al procedimiento abreviado, en tanto éste procede antes de finalizar la etapa intermedia, lo que pone de manifiesto que la institución jurídica a la que se refiere el invocado numeral 61, fracción XVII, párrafo segundo, es la sentencia que se emite concluida la etapa intermedia, que evidentemente sólo es la de juicio y no otra más.

Así, resumiendo lo anterior, podríamos concluir que existe una serie de notorias diferencias entre las sentencias de procedimiento abreviado y la de juicio, las cuales permiten concluir que no pueden ser equiparables para determinar la improcedencia de esa vía anticipada ante la promoción del juicio de amparo; dichas disimilitudes esencialmente serían las siguientes:

- En la sentencia dictada en la etapa de debate, el acusado fue vencido en juicio, ya que su interés preponderante es que no sea declarado penalmente responsable del hecho punible y así demostrar su inocencia, mientras que en el del procedimiento abreviado, el imputado decide darse por vencido y reconocer su intervención en el hecho.
- En la sentencia de juicio ya se concluyó la primera instancia, mientras que en el procedimiento abreviado no se concluye la instancia, pues ni siquiera se abre la etapa de juicio; por ello, haciendo una interpretación literal del referido artículo 61, fracción XVII, párrafo segundo, de la Ley de Amparo,

la llamada sentencia de primera instancia tendría que ser emitida precisamente al finalizar la primera instancia, pero no en la sede de procedimiento abreviado, que se dicta cuando la instancia aún no ha culminado en todas sus fases, sino que, por el contrario, anticipadamente se terminó.

- En la sentencia de juicio, el justiciable tuvo la oportunidad durante todo el proceso de optar por su terminación anticipada o incluso por obtener salidas alternas y no lo quiso, lo cual pudo obedecer a múltiples factores, como el hecho de auto conceptualizarse inocente, conocer que la teoría del caso y la actividad probatoria de la fiscalía es endeble; o bien, ante la imponente pena de prisión que lleva aparejada el delito materia de la acusación; por ello se deben analizar todos los medios de impugnación y juicios constitucionales que promueva en ese devenir.
- En la sentencia de debate se desahogaron pruebas ante el tribunal de enjuiciamiento, mientras que en el procedimiento abreviado sólo se ponderó la suficiencia y congruencia de medios de convicción, narrados oralmente y referenciados en la carpeta de investigación.
- En el procedimiento abreviado, el justiciable optó por esta vía, ante el beneficio de conlleva la imposición de penas menores a las mínimas establecidas para ese delito y que eventualmente redundará en su favor, al tener la certeza más o menos aproximada de obtener sustitutivos o beneficio penales. En la sentencia de juicio existe la posibilidad de que incluso las penas a imponer sean mayores a las mínimas.
- En la vía de terminación anticipada se opta por culminar tempranamente el proceso, con todos sus efectos, incluyendo el que genera el auto de vinculación a proceso, por lo que implícitamente no existe interés del gobernado en que se analice dicha determinación por cualquier órgano jurisdiccional; mientras que en la sentencia de juicio el justiciable hace valer cualquier cantidad de medios de impugnación y juicios de amparo para demostrar sus intereses procesales.

De esa manera, puedo concluir que, ante la petición del justiciable de acceder a la vía anticipada de terminación del proceso, se debe privilegiar su voluntad, al margen de la existencia de un juicio de amparo contra el auto de vinculación a proceso pendiente de resolver; lo que conllevaría al sobreseimiento en el juicio constitucional, en términos del artículo 63, fracción V, de la Ley de Amparo, por existir un cambio de situación jurídica, en términos del numeral 61, fracción XVII, de esa misma legislación, pero a virtud de la voluntad expresa, plena, informada y asistida del quejoso.

V. Referencias bibliográficas

1. Libros

- AVELLA FRANCO, Pedro Oriol, 2007, *Estructura del proceso penal acusatorio*, Colombia, Fiscalía General de la Nación.
- , Pedro Oriol, 2007, *La estructura del proceso penal acusatorio*, Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2007, p. 117.
- BEDOYA SIERRA, Luis Fernando, 2007, *La prueba en el proceso penal colombiano*, Colombia, Fiscalía General de la Nación.
- BELING, Ernst, 1968, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Alemania, Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- CASTILLO ALVA, José Luis, 2013, *La motivación de la valoración de la prueba en materia penal*, Perú, Editora Jurídica Grijley. Colección derechos & Tribunales.
- CHAIA A., Rubén, 2013, *Derecho Procesal Penal. Jurisdicción y competencia*, Argentina, Astrea.
- CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto, et al., 2013, *Medios anormales de terminación del proceso*, Argentina, Astrea.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando, 1997; *Teoría General del Proceso*, Argentina, Editorial Universidad.
- DUCE J. Mauricio, 2013, *La prueba Pericial*, Argentina, Ediciones Didot, Ubijus. Colección Litigación y enjuiciamiento penal adversarial.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho Penal Mínimo*, Chile, Editorial Jurídica Cono Sur Limitada.
- , Luigi, 2014, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, España, Trotta.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, 2012, *Cuestiones probatorias*, Colombia, Universidad Externado de Colombia.
- HESSE, Konrad, 2011, *Escritos de Derecho Constitucional (selección)*, España, Centro de Estudios Constitucionales.
- LA ROSA, Mariano, 2013, *Derecho Procesal Penal. La negación o contradicción y el derecho de defensa*, Argentina, Astrea.
- RIVERA MORALES, Rodrigo, *La Prueba. Un análisis racional y práctico*, Argentina-España, Marcial Pons.
- ROXIN, Claus, 2000, *Derecho Procesal Penal*, Argentina, Editores del Puerto.
- TARUFFO, Michele, 2012, *Teoría de la Prueba*, Perú, Ara Editores.
- VIGO, Rodolfo Luis, 2006b, *La Interpretación Jurídica*, México, Rubinzal Culzoni Editores.

2. Legislación

Código de Procedimiento Penal de Colombia (CPPC).

CAPÍTULO IV

ETAPA DE JUICIO

Jorge Arturo Gutiérrez Muñoz

I. Técnicas de litigación desde la óptica del juzgador; desahogo de pruebas testimoniales, periciales, documentales y materiales

1. El Juicio como escenario probatorio

La prueba se produce en juicio. La fracción III, del apartado A, del numeral 20 constitucional determina la regla general, al indicar que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. Asimismo, la propia Constitución, en el mismo precepto, define la excepción al concluir que la ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo.

Como lo señala Ferrajoli (1995), la principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad, expresada en su axioma 7, *nulla culpa sine iudicio*. También esta garantía, como su correlativa de legalidad, puede ser entendida en dos sentidos —en sentido estricto y en sentido lato— según vaya o no acompañada de otras garantías procesales. En sentido lato puede expresarse con su tesis 72, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis, nulla necessitas, nulla iniuria, nulla actio, nulla culpa, sine iudicio*; en sentido estricto con su tesis, *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*. Según el primer principio, el juicio viene simplemente requerido por el conjunto de las garantías penales o sustanciales; conforme al segundo es el juicio por su parte el que reclama todo el conjunto de las otras garantías procesales o instrumentales.

Para Horvitz y Masle (2004), reconocer que el juicio oral constituye la exclusiva oportunidad para la rendición de la prueba, conlleva, como primera y obvia consecuencia, afirmar que las actuaciones de la etapa de investigación no tienen el carácter de prueba. En efecto, reaccionando ante el modelo procesal anterior, que asignaba valor probatorio a los antecedentes reunidos durante la investigación, el nuevo procedimiento penal no sólo impone al tribunal el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, sino que agrega, por regla general, que no se podrán incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el debate, a los registros y demás documentos que den cuenta de actuaciones realizadas por la Policía o el Ministerio Público en la investigación, con excepción de los supuestos expresamente previstos (art. 385 CNPP).

De acuerdo con Cafferata (2012), el debate es el núcleo central del juicio, que se lleva a cabo en forma oral, pública, continua y contradictoria y con la presencia conjunta y permanente de los integrantes del tribunal, el fiscal, el imputado, su defensor y las demás partes, haciendo realidad las reglas de la inmediación y la identidad física del juez. Tiene como fin que se conozca la acusación; se dé oportunidad para el ejercicio de la defensa material del acusado; se proceda a la recepción de las pruebas ofrecidas y admitidas, con vigencia del contradictorio y resguardo del derecho de defensa; y se produzcan los alegatos, tendientes a demostrar el fundamento de la pretensión que han ejercido o la falta de fundamentos, total o parcial, de la pretensión contraria, de conformidad a las probanzas colectadas en el mismo y los argumentos jurídicos pertinentes.

Por otro lado, en la construcción probatoria, la contradicción es elemento *sine qua non* a satisfacer. Sobre ello, García Ramírez (2004) indica que con carácter general, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para “que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio”.

Al abundar sobre la contradicción, la propia Carta Magna, en las fracciones IV y V del referido apartado A, del artículo 20 constitucional, ordena que la presentación de los argumentos y los elementos probatorios se desarrollen de manera pública, contradictoria y oral; de la misma forma, determina que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, respectivamente. Sobre este principio, al resolver la contradicción de tesis 412/2010, la Primera Sala del Alto Tribunal determinó que del primer párrafo del numeral 20 Constitucional se advierte que el sistema procesal penal acusatorio y oral se sustenta en el principio de contradicción que contiene, en favor de las partes, el derecho a tener acceso directo a todos los datos que obran en el legajo o carpeta de la investigación llevada por el Ministerio Público (exceptuando los expresamente establecidos en la ley) y a los ofrecidos por el imputado

y su defensor para controvertirlos; participar en la audiencia pública en que se incorporen y desahoguen, presentando, en su caso, versiones opuestas e interpretaciones de los resultados de dichas diligencias; y controvertirlos o bien hacer las aclaraciones que estimen pertinentes, de manera que tanto el Ministerio Público como el imputado y su defensor puedan participar activamente inclusive en el examen directo de las demás partes intervinientes en el proceso, tales como peritos o testigos. Por ello, la presentación de los argumentos y contraargumentos de las partes procesales y de los datos en que sustenten sus respectivas teorías del caso (vinculación o no del imputado a proceso), debe ser inmediata, es decir, en la propia audiencia, a fin de someterlos al análisis directo de su contraparte, con el objeto de realzar y sostener el choque adversarial de las pruebas y tener la misma oportunidad de persuadir al juzgador; de tal suerte que ninguno de ellos tendrá mayores prerrogativas en su desahogo.

En la producción probatoria, de acuerdo con Gómez Colomer (1985), "...el principio de inmediación supone formalmente, que el tribunal que dicta sentencia es el que actúa por sí mismo, de ahí que tenga que proceder a la práctica de las pruebas, y materialmente, que tiene que extraer los hechos por sí mismo de las fuentes inmediatas, de ahí que tenga que interrogar a los testigos..." La inmediación impone que el juez se haga partícipe de los hechos y de las pruebas, que aprecie los hechos sin intermediarios y de esta forma tenga una noción clara del objeto percibido y del alcance jurídico, material o formal que se le debe conceder de conformidad con las reglas probatorias. El juez directamente percibe a las partes —inmediación subjetiva— y los hechos y cosas —inmediación objetiva— (USAID, 2003).

Sobre el principio de inmediación que enuncia el párrafo inicial del precepto 20 del Código Político Federal cabe decir que la fracción II, del apartado A, del referido numeral, lo potencia, al detallar que toda audiencia se desarrollará en presencia del juez, sin que pueda delegar en ninguna persona el desahogo y la valoración de las pruebas, la cual deberá realizarse de manera libre y lógica. A decir de Baumann (1986), el afán de dar al tribunal una impresión lo más fresca y directa posible acerca de las personas y de los hechos (en contraposición con el proceso del derecho común) dio lugar al principio de la inmediación. Se trata de dos exigencias: la inmediación debe imperar en las relaciones entre quienes participan en el proceso y el tribunal y, además, en el ámbito de la recepción de la prueba. Pero estas exigencias se combinan entre sí e incluso le incumbe a la mediación personal la tarea de servir a la obtención de la verdad material.

Otro de los aspectos torales en la producción probatoria es la naturaleza pública del juicio, con base en el cual, de acuerdo con Levene (1993), la publicidad de los juicios, es decir, la extensión de sus momentos fundamentales a un número indeterminado de personas distintas de los sujetos del proceso y sus auxiliares, en tanto manifestación del régimen republicano de gobierno, se verifica cada vez que se permite el

acceso del público en general a los actos procesales de naturaleza verbal que se llevan a cabo, lo cual no es obstaculizado porque se realicen en un lugar físico distinto ni por controles o autorizaciones que se implementen para ordenar el acceso del público, salvo que lo reducido del espacio burle la publicidad debida o que las actividades de verificación y de control impliquen una prohibición de acceso.

Asimismo, no se debe perder de vista la necesidad de contar con un juez natural, del cual, Fernando Silva García señala que su existencia y competencia deriva de la ley, la que ha sido definida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes” (OC-6/86, 1986)(...). Ahora bien, el fuero no necesariamente entra en colisión con el derecho al juez natural, si aquél se halla expresamente establecido y definido por el Poder Legislativo y atiende a una finalidad legítima, como antes se manifestó. De esta forma, no sólo se respeta el derecho en cuestión sino que el juez de fuero se convierte en el juez natural del aforado. Si, por el contrario, la ley no consagra el fuero y éste es establecido por el Ejecutivo o por el propio Poder Judicial, distrayéndose así al individuo del tribunal que la ley consagra como su juez natural, se vería vulnerado el derecho a ser juzgado por un juez competente (CoIDH, 2009). Es requisito constitucional que el juicio se celebre ante un juez que no haya conocido del caso previamente (artículo 20, apartado A, fracción IV). Asimismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 350, determina que los jueces que hayan intervenido en alguna etapa del procedimiento anterior a la audiencia de juicio no podrán fungir como tribunal de enjuiciamiento; inclusive, al considerar tal situación, como impedimento (artículo 37, fracción IX, CNPP) y como supuesto de reposición del juicio (artículo 482, fracción IX, CNPP). Sobre este punto, Natarén y Caballero (2014) consideran que el poder reformador de la Constitución fortalece una característica fundamental del proceso, como es la imparcialidad judicial al establecer parámetro de exigencia muy alto, o sea, la imparcialidad objetiva.

El proceso moderno se estructura básicamente en “dos posiciones procesales distintas y enfrentadas y de un juzgador que, situado por encima de ellas, presencia y dirige una posible controversia entre quienes ocupen esas posiciones” (Natarén y Caballero, 2014). Así, la imparcialidad del juzgador es una de las principales características con que se le ha investido tradicionalmente; incluso se puede señalar que antes de la configuración moderna del proceso siempre ha estado presente la idea de encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda surgida entre dos intereses particulares.

De acuerdo con lo anterior, se puede afirmar que estamos ante una nota esencial a la actividad jurisdiccional y, en consecuencia, también que cuando la imparcialidad

del juez no exista o esté erosionada no podemos hablar propiamente de proceso. La imparcialidad se encuentra estrechamente relacionada con la independencia judicial, tanto que se ha llegado a afirmar que “la imparcialidad es una manifestación de la independencia judicial en un caso concreto” (Arias, 1999).

Antes de abordar el concepto de imparcialidad objetiva, se debe reconocer que en la fracción III del apartado A del artículo 20 de nuestra Constitución, no se menciona expresamente el derecho al juez imparcial. Esta ausencia no es un caso único, ya que exceptuando al artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, las Constituciones se limitan a proclamar la independencia judicial.

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos el derecho fundamental al juez imparcial se encuentra expresamente garantizado, así se encuentra en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York en diciembre de 1966 y en vigor desde el 3 de marzo de 1976. De igual forma lo encontramos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, del 4 de noviembre de 1950 y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 y aprobada por el Senado de la República de nuestro país el 18 de diciembre de 1980.

Ahora bien, el concepto de imparcialidad objetiva es una construcción influida por la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,¹ específicamente en relación con su interpretación del ya multicitado artículo 6.1 del Convenio de Roma, por lo que comentaremos las líneas generales de lo que el Tribunal de Estrasburgo entiende por imparcialidad, teniendo como referencia la sentencia al caso Castillo-Algar contra España, de 28 de octubre de 1998.

En primer término observamos que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos inicia afirmando que, de acuerdo con el artículo 6.1 del Convenio de Roma, la imparcialidad debe apreciarse desde dos puntos de vista, por un lado un criterio subjetivo, que trata de averiguar la relación personal de un juez concreto con un determinado caso, y por otro lado un criterio objetivo, tendente a ofrecer las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto (*Vid. Incal vs. Turquía*: 1998).

¹ Se trata de un claro ejemplo de los efectos indirectos de las sentencias de los tribunales supranacionales, en este caso del TEDH, denominado generalmente de “cosa interpretada”. Es decir, cuando el Tribunal de Estrasburgo resuelve un caso concreto lo hace interpretando y definiendo el alcance de las disposiciones del Convenio de Roma con efectos sobre todos los Estados Partes. Sobre el tema y su recepción de acuerdo con la Constitución Española de 1978, *cf.* Bujosa Vadell, Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 262.

Tratándose del aspecto subjetivo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que “la imparcialidad personal de un magistrado se presume salvo prueba en contrario”.²

En lo que respecta a la imparcialidad objetiva, ésta consiste en preguntarse si, independientemente de la conducta personal del juez, determinados hechos verificables permiten sospechar acerca de su imparcialidad. Para el tribunal en esta materia, “incluso las apariencias pueden revertir importancia”. En su opinión, es muy importante que los tribunales de una sociedad democrática inspiren confianza a los justiciables y, especialmente, a los procesados.

Como consecuencia lógica de lo anterior, “debe recusarse todo juez del que pueda legítimamente sospecharse una pérdida de imparcialidad”. Sin embargo, el tribunal matiza que para pronunciarse sobre la existencia de una razón legítima para temer en un juez una falta de imparcialidad, la opinión del acusado debe tenerse en cuenta, pero no juega un papel decisivo. Se concluye entonces que, “el elemento determinante consiste en saber si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados”. Más adelante, en la misma sentencia Castillo-Algar se plantea la pregunta, ¿cuándo sí pueden considerarse las dudas sobre la imparcialidad del juez como objetivamente justificadas?, y en opinión del tribunal la respuesta deberá variar según las circunstancias de la causa y señala para el caso concreto, que “el simple hecho de que un juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede en sí mismo, justiciar las aprehensiones en cuanto a su imparcialidad”, epígrafe 46 de la sentencia que comentan Natarén y Caballero (2014), donde el mismo tribunal señala como referencia la sentencia Hauschildt de 10 de octubre de 1998.

Ahora bien, partiendo entonces de la jurisprudencia comentada, valdría la pena considerar las circunstancias del proceso penal en México. En este modelo procesal el órgano jurisdiccional realiza valoraciones sobre las etapas preliminares de la investigación para decidir si es procedente o no su continuación, por lo que ocurre que el juez adquiera ciertas opiniones acerca de los hechos investigados.

Este fenómeno nada dice en contra del ánimo o intención con que la investigación se dirija: puede ser, en todo momento, de la máxima imparcialidad y objetividad. Pero parece del todo natural, inevitable, que en el trascurso de la supervisión de la investigación se forje una idea concreta de los hechos, adquiera una prevención o prejuicio, porque el avance del proceso implica enjuiciamientos provisionales sobre conductas.

Con el propósito de que lo que decida el contenido de la sentencia definitiva sea el fruto de una limpia e igualitaria contienda procesal, contemplada y valorada por el

² Además de pronunciarse en este sentido en la sentencia Castillo-Algar, de donde Natarén y Caballero extraen la cita, lo hace en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del 24 de mayo de 1989.

tribunal sentenciados con garantías de plena imparcialidad objetiva, se dispone, en los casos referidos, que los juzgadores que intervinieron con decisiones sobre el desarrollo de la investigación no pueden intervenir en la decisión sobre el fondo del asunto. Ésta parece ser la posición del poder reformador de la Constitución.

Finalmente, en palabras de Rodríguez Rescia (2016), existe un principio que atiende a la identidad física del juzgador, conforme al cual la sentencia debe ser dictada por los mismos jueces que intervinieron en el debate desde su inicio hasta el final. Este principio también tiene que ver con el derecho del imputado a conocer quién o quiénes son sus juzgadores, ya que lo asiste el derecho de poder recusarlos en caso de que se produzcan las causales que la ley establece para esos fines. Ello nos lleva a un tema difícil de tratar en estos tiempos: el de los llamados “tribunales sin rostro”, institución muy común en la actualidad para proteger la integridad de los jueces que resuelven sobre delitos de terrorismo y narcotráfico o la combinación de ambos —narcoterrorismo, como se ha empezado a llamar a esta figura—.

Evidentemente, la figura de los tribunales sin rostro representa un obstáculo al derecho del procesado de recusar a su juzgador. Si bien ante la Corte Interamericana se ha alegado dicha figura como violación a la Convención Americana (CoIDH, 1996), esta no se refirió *in extenso* al punto concreto, pero (...) sí se hizo un análisis general sobre el principio de juez natural.

2. La producción probatoria como actividad de partes sujetas a tutela del tribunal

En opinión de Cafferata (2012), la actividad probatoria es el esfuerzo de todos los sujetos procesales tendientes a la producción, recepción y valoración de elementos de prueba. En esa tesitura, Baytelman y Duce (2004a), son puntuales al señalar que la prueba no habla por sí sola. La producción de la prueba se realiza por las partes con base en elaborados mecanismos generados para tal propósito. Como lo mencionan los referidos autores (Baytelman y Duce, 2004a), a veces una porción de su valor es autoevidente, pero prácticamente nunca lo es en todo el aporte que la prueba puede hacer al caso de una parte; de un lado, la prueba siempre consiste en versiones, relatos subjetivos y parciales, compuestos por un conjunto de información heterogénea en cuanto a su origen, amplitud y calidad (de manera que no hay tal cosa como asumir que la prueba simplemente ‘revela la verdad’); de otra parte, la prueba tiene su máximo aporte de información y de peso probatorio en relación con la totalidad del caso y con el resto de la evidencia, de manera que sólo en la medida que esas relaciones sean relevadas la prueba aporta al caso toda la extensión —en cantidad y calidad— de la información que posee. Como contracara, no importa cuán valiosa sea la información que una prueba contiene en relación con el caso si es entregada de una forma tan estratégicamente torpe y defectuosa que su contribución disminuya ostensiblemente,

allí donde dicha información realmente ayudaba a reconstruir los hechos. Concebir al juicio como un ejercicio estratégico no consiste en distorsionar la realidad, sino en presentar la prueba del modo que más efectivamente contribuya a reconstruir lo que realmente ocurrió. Lo que nos interesa destacar a estas alturas es que concebir al juicio estratégicamente importa asumir que la prueba no habla por sí sola, sino a través de los litigantes; y los litigantes pueden presentarla de manera que ella revele en toda su plenitud la información que posee, o bien pueden hacerlo de un modo que dicha información naufrague en un mar de detalles insignificantes, pase inadvertida por otras miles de razones, pierda credibilidad, omita información o la entregue de un modo que no convoque adecuadamente la atención del tribunal.

La expresión “producción de la prueba” obedece a una nueva concepción de construir la información. La construcción de la información apta para sentenciar se realiza en el seno del tribunal. En efecto, la prueba no se construye en la investigación. En la primera etapa del procedimiento ordinario, la investigación, se obtienen o recaban los medios de prueba. En la segunda etapa, la intermedia, se depuran. En la tercera etapa, el juicio, se desahogan para producir la prueba. Se puede afirmar, como regla general, que la prueba se produce en el tribunal, para el tribunal y con la constatación del tribunal.

Si el tribunal será quien constate la forma en que las partes construyen la prueba con el desahogo de los medios que para tal efecto llevan al juicio, podemos concluir que el cambio es radical: la producción probatoria se realiza en el acto procesal y no en el acto de investigación. El paradigma probatorio del anterior procedimiento penal partía de la idea de que la prueba apta para sentenciar, como regla general, se construía en la investigación y excepcionalmente en el proceso.

¿Por qué la prueba se verifica en actos procesales y no en actos de investigación? la respuesta es clara: porque producir prueba implica *a fortiori* la actualización del principio de contradicción. Este principio se materializa en los actos procesales con la intervención del juez. La contradicción es el elemento fundante del décimo de los axiomas ferrajolianos (Ferrajoli, 1995), *nulla probatio sine defensione*.

La fórmula anterior se acoge puntualmente el artículo 372 del Código Nacional de Procedimientos Penales, al regular el desarrollo de los interrogatorios. En efecto, en lo tocante a la emisión de las preguntas, el referido numeral establece que, otorgada la protesta y realizada su identificación, el juzgador que presida la audiencia de juicio concederá la palabra a la parte que propuso el testigo, perito o al acusado para que lo interroge, y con posterioridad a los demás sujetos que intervienen en el proceso, respetándose siempre el orden asignado. La parte contraria podrá inmediatamente después conainterrogar al testigo, al perito o al acusado.

En lo que respecta a la emisión de las respuestas, el mencionado precepto determina que los testigos, peritos o el acusado responderán directamente a las preguntas

que les formulen el Ministerio Público, el defensor o el asesor jurídico de la víctima, en su caso.

Nos damos cuenta que se suprime la precalificación de las preguntas, propia del anterior procedimiento, cuando el arábigo en comentario indica que el órgano jurisdiccional deberá abstenerse de interrumpir dicho interrogatorio salvo que medie objeción fundada de parte o bien resulte necesario para mantener el orden y decoro necesarios para la debida diligenciación de la audiencia.

El tipo de intervención interrogadora del tribunal se reduce a la emisión de preguntas aclaratorias, cuando el multicitado numeral puntualiza que, el órgano jurisdiccional podrá formular preguntas para aclarar lo manifestado por quien deponga, en los términos previstos en la ley. Como lo manifiestan Blanco, Decap, Moreno y Rojas (2005), “estimamos que la reforma sólo permite a los jueces formular preguntas aclaratorias... de modo que son las partes las llamadas a controlar el contenido de las declaraciones, en conformidad al modelo acusatorio y adversarial como el implementado en Chile. Los litigantes son los encargados de introducir la información necesaria para que el tribunal adquiera su convicción, la que expresará en la sentencia”.

A solicitud de algunas de las partes, el tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio a los testigos que ya hayan declarado en la audiencia, siempre y cuando no hayan sido liberados; al perito se le podrán formular preguntas con el fin de proponerle hipótesis sobre la materia del dictamen pericial, a las que el perito deberá responder atendiéndose a la ciencia, la profesión y los hechos hipotéticos propuestos. Sobre este punto, las palabras de Baytelman y Duce (2004a) tienen especial relevancia, cuando establecen el deber de cuidado con confundir la línea de contraexamen con el argumento. La línea de contraexamen es el insumo fáctico para el argumento. No es que siempre sea fácil distinguirlos ni que sea siempre imprescindible hacerlo. Esto no se trata de depuración conceptual. El punto es que la presentación de la prueba no es un ejercicio argumentativo, sino uno de obtención de información. Confundir ambas cosas nos va a llevar frecuentemente a la tentación de pretender que el testigo nos diga la conclusión que tenemos en mente y vamos a hacer “la pregunta de más”, cuando en realidad somos nosotros los que debemos —y queremos— ofrecer dicha conclusión en el alegato final.

Finalmente, el numeral 372 CNPP establece que después del contrainterrogatorio el oferente podrá repreguntar al testigo en relación con lo manifestado. En la materia del contrainterrogatorio la parte contraria podrá recontrainterrogar al testigo respecto de la materia de las preguntas.

Blanco, Decap, Moreno y Rojas (2005) ubican a las objeciones entre las reglas más importantes destinadas a cautelar el juego justo. Estas reglas están diseñadas para que el aporte que los litigantes realicen al tribunal para fundar una determinada decisión de absolución o condena sea construida con material aceptable y no contamina-

do. Sobre los límites a la formulación de preguntas, las reglas contenidas en el Código Nacional son breves. Al respecto, el numeral 373, con el título Reglas para formular preguntas en juicio, determina que toda pregunta deberá formularse de manera oral y versará sobre un hecho específico. En ningún caso se permitirán preguntas ambiguas o poco claras, conclusivas, impertinentes o irrelevantes o argumentativas, que tiendan a ofender al testigo o peritos o que pretendan coaccionarlos. Las preguntas sugestivas sólo se permitirán a la contraparte de quien ofreció al testigo, en contrainterrogatorio.

Los autores en comento (Blanco *et al.*, 2005) consideran que la lógica que subyace a las reglas de objeciones descansa en la idea de que los testigos y peritos que aportan información para la resolución de un determinado caso deben hacerlo sobre la base de su conocimiento de los hechos y no de la opinión o versión que el abogado que los presenta posee del caso. Esta información debe ser aportada libre y espontáneamente, exenta de presiones o coacciones que puedan resultar intimidantes para el testigo, pues esto último pudiera moverlo a responder en un determinado sentido. Esta información debe provenir de una cabal comprensión que el testigo o perito posee en relación a los temas que se le preguntan y no fruto de un artificio mañoso del abogado, que pretenda confundir o influir sobre el testigo.

En el último párrafo del numeral 373 del CNPP el legislador puntualiza el alcance de las preguntas en los interrogatorios, al señalar que las partes sólo podrán hacer preguntas a los testigos, peritos o al acusado, respecto de lo declarado por ellos previamente en la investigación cuando conste en los registros, de lo declarado en juicio, cuando tengan como finalidad acreditar su dicho o cuando se pretenda ofrecer prueba de refutación respecto de hechos propios que resulten pertinentes para la materia de juicio. Sobre este tópico, con énfasis en el contrainterrogatorio, Alejandro de Castro González (2008) realiza diversas conclusiones sobre el comportamiento que deben asumir las partes procesales y el juzgador. Sobre el comportamiento de las partes, considera que por regla general el contrainterrogatorio debe limitarse a los temas abordados durante el interrogatorio.

La determinación por el juez acerca de cuáles fueron los temas abordados durante el interrogatorio se soporta en un criterio amplio en el que no es determinante el exacto lenguaje empleado por el testigo. La anterior regla encuentra excepción en cuanto a la credibilidad del testigo, pues por regla general el contrainterrogatorio puede abordar cualquier tema cuando se orienta a cuestionar la credibilidad.

Si a quien contrainterroga no se le permite preguntar determinados temas por no haber sido abordados en el interrogatorio, puede optar por convocar a declarar al testigo adverso como soporte de su caso, evento en el cual debe examinarlo bajo las pautas del interrogatorio, a menos que en el curso del examen se demuestre la hostilidad del testigo y el juez autorice interrogarlo con base en preguntas sugestivas, en términos del numeral 375 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Cuando se objetan las preguntas del contrainterrogatorio so pretexto de que abordan temas que exceden el alcance del interrogatorio directo, el juez deberá resolver de plano la objeción, por considerar obvia la procedencia de la pregunta, de conformidad con el numeral 374 Adjetivo.

En relación con el desahogo de los medios de prueba de naturaleza documental y material, es preciso tener en cuenta el contenido del numeral 383 del Código Nacional de Procedimientos Penales. El referido numeral establece que los documentos, objetos y otros elementos de convicción, previa su incorporación a juicio, deberán ser exhibidos al imputado, a los testigos o intérpretes y a los peritos, para que los reconozcan o informen sobre ellos. Sobre tal punto, indica que sólo se podrá incorporar a juicio como prueba material o documental aquella que haya sido previamente acreditada.

El artículo 380 del CNPP establece que se considerará documento a todo soporte material que contenga información sobre algún hecho, de tal manera que, como prueba documental, hoy no sólo se hace referencia a los textos manuscritos, mecanografiados o impresos, sino que acorde con los tiempos, también se incluyen grabaciones magnetofónicas, discos, películas cinematográficas, fotografías, ecografías y otros similares (USAID, 2005).

De acuerdo con el artículo 380 del CNPP, el órgano jurisdiccional, a solicitud de los interesados, podrá prescindir de la lectura íntegra de documentos o informes escritos, o de la reproducción total de una videograbación o grabación, para leer o reproducir parcialmente el documento o la grabación en la parte conducente. Sobre este punto, María Inés Horvitz (2004) considera que los documentos deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. En consecuencia, no cabe “acompañar” dichos documentos al juicio, esto es, presentarlos al tribunal para su posterior lectura privada. El Código es claro y preciso en el sentido de establecer que la incorporación al debate de los mismos es a través de su exhibición y lectura, aunque el documento fuere extenso, pues sólo se podrá valorar por el tribunal aquello que fuere leído en la audiencia.

Finalmente, de acuerdo con el mencionado numeral 380 del CNPP, quien cuestione la autenticidad del documento tendrá la carga de demostrar sus afirmaciones. No obstante esta cláusula, una lectura distinta pareciere presentar un aparente conflicto, con la fórmula inserta en el numeral 383, en correspondencia con la fracción IV, del artículo 346 del CNPP, que establece como supuesto de exclusión probatorio aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en la ley para su desahogo —por ejemplo, que no se ofrezcan los testigos de acreditación de documentos—.

En efecto, el contenido del numeral 380 CNPP, relativo a la autenticidad, no tiene correspondencia en comparación con el derecho extranjero, específicamente en latitudes en donde se han generado reglas de evidencia. Como ejemplo, cabe citar el capítulo IX de las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, destinado por completo a desarro-

llar los diferentes esquemas existentes. Sobre tal punto, el mencionado ordenamiento extranjero desarrolla generosamente la precisión de los requisitos de autenticación e identificación (regla 901), la llamada autenticación *prima facie* (regla 902) —con base en la cual no se requiere evidencia extrínseca de autenticación como condición previa a la admisibilidad— y los testigos instrumentales (regla 903). La legislación mexicana tiene una situación similar a la colombiana, que a decir de Acevedo Vargas (2011), “es deficitaria en materia de reglas de evidencia”.

En rigor, como lo informan Baytelman y Duce (2004a), no hay realmente diferencia que valga la pena hacer entre “documentos” y estos “otros medios” (como se ha planteado en algunas discusiones en nuestro país). Desde el punto de vista de la litigación, se comportan de la misma manera: se trata de continentes de información, relevante para el caso. Esa información debe ser reproducida en el juicio, lo cual puede tener lugar de los más diversos modos dependiendo de la naturaleza del continente (si está escrita, se lee; si es un video, se reproduce). Como sea que esa información esté registrada, debe zanjarse la cuestión de la acreditación, lo cual tiene infinitamente más que ver con el medio probatorio en concreto y las proposiciones fácticas que se pretenden acreditar a través de él, que con la pertenencia a las categorías de documento u otros medios de prueba.

3. Conclusión

La necesidad de tutela judicial ante el tribunal, en la producción probatoria como actividad de partes, se funda en el segundo elemento de la epistemología garantista de Ferrajoli (1995), llamado cognoscitivismo procesal y estricta jurisdiccionalidad. Según el jurista florentino, este requisito afecta, naturalmente, a aquella parte única de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus “motivaciones”, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. El principio de estricta jurisdiccionalidad, exige dos condiciones: la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis acusatorias en virtud de su carácter asertivo y su prueba empírica en virtud de procedimientos que permitan tanto la verificación como la refutación.

Para el mencionado autor, para que la desviación punible no sea constituida, sino regulada por el sistema penal, no es suficiente, en efecto, que esté prefigurada por reglas de comportamiento. Comportamientos como el acto obsceno o el desacato, por ejemplo, corresponden a figuras delictivas, por así decirlo, “en blanco”, cuya identificación judicial, debido a la indeterminación de sus definiciones legales, se remite, mucho más que a pruebas, a valoraciones del juez inevitablemente discrecionales que de hecho convierten en vano tanto el principio formalista de la legalidad como el empirista de la factualidad de la desviación punible. Para que estos mismos principios

resulten satisfechos es necesario además que no sólo la ley, sino también el juicio penal, carezcan de carácter “constitutivo” y tengan carácter “recognoscitivo” de las normas y “cognoscitivo” de los hechos regulados por ellas.

En consecuencia, como quiere la primera de tales concepciones, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial según la fórmula *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias, como exige la segunda condición, sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas según la máxima *nullum iudicium sine probatione*.

A diferencia de Ferrajoli, para el lombardo Michele Taruffo (2013), la función de la prueba en el contexto del proceso se define en modos distintos según la concepción del proceso y la finalidad hacia la cual se orienta, la que se adopta de vez en vez. Eso es válido para cada tipo de proceso (civil, penal, administrativo o constitucional), puesto que cada uno puede ser construido —por las normas que lo regulan— de maneras diferentes y puede ser objeto de distintas perspectivas teóricas.

Taruffo habla de una primera concepción ritualista del proceso, según la cual éste se considera como un rito que se celebra con determinadas modalidades, en lugares específicos y con sujetos normalmente vestidos de maneras extrañas (con togas negras o de colores, encajes, pelucas), a veces se dice que en realidad el proceso no es sino una especie de representación teatral, y eso conlleva consecuencias relevantes.

Por un lado, la función de la representación consiste esencialmente en legitimar la decisión ante los ojos del público que presencia el rito, de modo que esa decisión sea aceptada socialmente (en este sentido van las numerosas tesis propuestas, por ejemplo, recientemente, por Garapon, Chase; antes, por Luhmann y los teóricos de la *procedural justice*). Según este enfoque, lo que cuenta de verdad no es la calidad o el contenido de la decisión, que no son ni siquiera tomados en cuenta, sino el procedimiento (es decir, el rito) que se concluye con la decisión. Es el procedimiento, no la decisión, lo que determina la formación del consenso social sobre la resolución de la controversia.

En el ámbito de esta concepción, la prueba no es nada más que una parte —aunque muy importante— del rito. El interrogatorio de los testigos en la audiencia, frecuentemente —sobre todo en el proceso penal— realizado en presencia del público, a veces ante un jurado de ciudadanos designado por el juez o por parte de los abogados (si se adopta el sistema de *cross examination*), es una parte de la representación ritual o teatral que constituye el centro del proceso. En esta perspectiva, parece evidente que la función de la prueba es ritual y entonces retóricamente persuasiva hacia el público:

sirve para mostrar y hacer creer que la decisión final sobre los hechos no es arbitraria, no se toma arrojando los dados o aventando al aire la moneda, sino, precisamente, al final de un rito legitimador.

En otras palabras, como lo menciona Taruffo, el procedimiento de creación y asunción de la prueba sirve para crear una apariencia, de un modo sustancialmente no distinto de lo que sucede en una representación teatral.

Naturalmente, este fenómeno también puede ser considerado positivo: si el teatro judicial funciona bien, incluso por lo que se refiere a las pruebas, se forma un consenso social positivo, ya que el público se convence de que la justicia es bien administrada, y todos saben que es importante que *justice be seen to be done*. Sin embargo, reclama el autor de Vigevano, esta forma de pensar deja a un lado la consideración del contenido y de la calidad de la decisión. Un rito eficaz puede legitimar cualquier decisión, incluso la condena de un inocente —como a menudo ocurre— o la absolución de un culpable —como también pasa a menudo—. Pero si el rito es eficaz, la decisión es aceptada y esto es todo lo necesario.

En un segunda postura, el autor italiano establece que el proceso se puede concebir como una competencia verbal en la que se contraponen varias narraciones relativas a los hechos de la causa y que termina con la victoria del narrador que ha sido mejor y más eficaz —como afirman las teorías narrativas radicales a propósito del proceso y de la decisión sobre los hechos—, implica adoptar una concepción retórica de la prueba. En la práctica, la prueba sería un instrumento de persuasión del que los abogados de las partes se sirven en el proceso para convencer al juez (o al jurado) de dar razón a sus clientes. La narración más persuasiva es la que determina la victoria y condiciona la decisión, pero la eficacia persuasiva de una narración es determinada esencialmente por la eficacia persuasiva de las pruebas que la atañen.

Esta concepción es bastante difundida y no es particularmente extraña; en realidad, es típica de los abogados, quienes participan en la competencia procesal con el fin de influir en la decisión en un sentido favorable, porque en ese caso el abogado obtiene un objetivo consistente en la victoria de su cliente sobre el adversario.

También esta concepción del proceso y de la relacionada función de la prueba deja de lado completamente el contenido y la calidad de la decisión. Si la finalidad que se persigue, al participar en la competencia es la victoria, se torna particularmente relevante que la decisión sea justa o injusta, veraz o no veraz. En un proceso ocurre, no rara vez, que la victoria de una parte esté definida por una decisión injusta y jurídicamente infundada. Pasa a menudo, además, que la victoria vaya a la parte que desarrolló la mejor narración por ser retóricamente más eficaz y persuasiva, sin detectar la eventualidad de que ésta no tenga nada que ver con la realidad de los hechos que dieron origen a la controversia. En un contexto de este tipo, la función de la prueba es puramente retórica, de apoyo a la eficacia persuasiva de una narración.

Como se ha dicho, la evaluación de la prueba deberá realizarla un tribunal imparcial, sobre lo cual comparto la opinión de Parra Quijano (1998), cuando señala que “la prueba merece su nombre cuando es producto de un diálogo frente a un imparcial. Cuando es manifestación del poder pierde su esencia”.

II. *Los testigos de referencia*

1. *Introducción*

El llamado testigo presencial es quien tuvo conocimiento directo del hecho, a decir de Ugaz Zegarra, por lo que aparece como primera fuente de información en la investigación. Por el contrario, el llamado testigo de referencia sabe de los hechos de modo indirecto o mediato. Este testigo debe indicar todo lo relacionado con la obtención de la información, principalmente la identidad de su informante. En el caso peruano, si no otorga esto último, su testimonio no podrá ser utilizado (art. 166. 2 del Código Procesal Penal de Perú). No obstante, el Código no excluye siempre las declaraciones del testigo de referencia cuando no se consiguió la identidad de su fuente. El numeral 2 del art. 158 del ordenamiento peruano en mención, las admite siempre que se encuentren otras pruebas que corroboren su testimonio. Miranda Estrampes (2006) cree que esta última norma se debió condicionar sólo a los casos en los que es imposible obtener la declaración del testigo principal. Por nuestra parte, se estima que ambos artículos no provocan una antinomia y que su redacción no perjudica el desarrollo del proceso.

Sobre la base de los sentidos, Moras Mom (2004) divide a los testigos en: a) de vista; y b) de oídas. El primero como testigo directo, el segundo como indirecto, al que se le pide que indique la fuente. Pero, en realidad, esta división es insuficiente. El testigo lo es de todo lo que perciba por sus propios sentidos: ya lo que vio, lo que oyó, lo que gustó, lo que palpó, lo que soportó en orden térmico, etc., pero siempre a través de sus propios sentidos. Éste es el directo. Al otro le contaron; es por ello que tiene que decir quién lo hizo, para poder citarlo e inquirirle, a su vez, por sus propias percepciones.

La regla que establece la necesidad de que el testigo de referencia manifieste la fuente también la encontramos en el segundo párrafo numeral 166 del Código Procesal de Perú, de 2004, al indicar que si el conocimiento del testigo es indirecto o se trata de un testigo de referencia, debe señalar el momento, el lugar, las personas y los medios por los cuales lo obtuvo. Se insistirá, aun de oficio, en lograr la declaración de las personas indicadas por el testigo de referencia como fuente de conocimiento. Si dicho testigo se niega a proporcionar la identidad de esa persona, su testimonio no podrá ser utilizado.

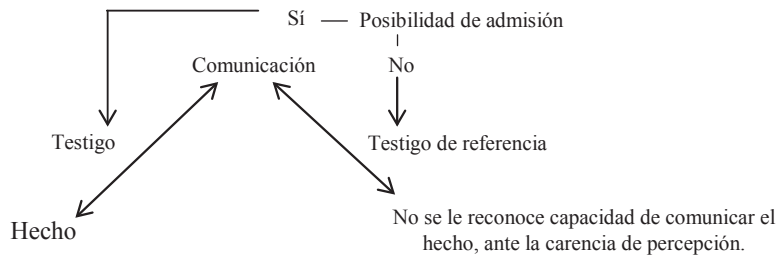
En la experiencia hondureña, Cuéllar Cruz ha sostenido que el testigo ha percibido sensorialmente, de forma personal y directa, lo ocurrido, o parte de ello, y lo traslada al Tribunal de Sentencia; sin que se oponga a estas consideraciones la admisión del testigo de referencia (de oídas; el *hearsay* angloamericano), que es, en realidad, testigo de un testimonio, testigo de las manifestaciones que hace el que lo fue directamente del hecho enjuiciado; de ahí el escrúpulo que suscita la fiabilidad de este testimonio impropio.

El salvadoreño Quiñones Vargas (2003) entiende como prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, aquel en que un testigo suministra información que no le consta de propio y personal conocimiento, sino que la supo por referencia de otro, en otras palabras, porque otra persona se lo contó.

2. Posturas procesales sobre el testigo de referencia

A. Las que predicán la inadmisibilidad

En los sistemas jurídicos extranjeros nos damos cuenta, como lo informa Velayos Martínez (1998), de que cuando se trata de testigos de referencia el punto de partida ideológico es su inadmisibilidad.



No obstante, en palabras de Duce y Baytelman (2004a), la falta de adaptación de los textos extranjeros sobre litigación a las particularidades de los procesos de reforma en la región, ya sea en inglés o en castellano, hace que porciones muy significativas de estos no sean relevantes o aplicables a las necesidades de litigación en los sistemas procesal penales de la región. Pensemos, por ejemplo, en el conjunto de actividades de litigación que tienen que ver con la selección del jurado, propias del sistema norteamericano, o un conjunto de cuestiones que se vinculan a la detallada regulación que tienen las reglas de evidencia en dicho país (por ejemplo, la prohibición del *hearsay* o testimonio de oídas y sus múltiples excepciones y contraexcepciones). Ellas ocupan porciones importantes de dichos textos y guían muchas de las recomendaciones

estratégicas y de litigación que se forman en los mismos. Tomarlas sin considerar las diferencias de contexto puede llevar a cometer varios errores.

La postura de inadmisibilidad la asume Quiñones Vargas (2003), cuando indica que en el proceso acusatorio adversativo es principio cardinal el que las partes tengan la oportunidad de confrontarse con las pruebas del contrario, especialmente cuando se trata de la prueba contra el acusado. Es lo que en El Salvador se le ha denominado el derecho a la contradicción. Para el mencionado doctrinario, la prueba de carácter referencial, también conocida como prueba de oídas, como norma general no permite que se le dé cumplimiento a dicho principio. Al respecto, explica la situación a través de un caso de homicidio, en donde un testigo declara que su vecino, el cual no testificará en la vista pública, le dijo que fue al acusado a quien él vio matando al occiso. Si esta declaración se permitiera en el proceso se estaría dejando huérfano al acusado para poder confrontar esa aseveración, ya que quien la hizo, con supuesto conocimiento personal, no está presente en la vista para poder ser confrontado. Es decir, la credibilidad que está en controversia es la de una persona que no está presente en el juicio y su comportamiento y forma de declarar podrán ser observados por el juzgador.

Lo mismo ocurriría cuando un testigo de defensa declara algo que constituye la prueba de carácter referencial, ya que se le estaría privando al fiscal de contrainterrogar a la persona que realmente tiene el conocimiento directo de la aseveración que se pretende introducir como prueba en el caso.

Hay que aclarar, que de acuerdo al derecho probatorio del sistema anglosajón, para que lo manifestado sea considerado como testimonio de referencia, y por tanto inadmisibile a menos que caiga bajo alguna de las excepciones estipuladas en el Código Probatorio (Reglas de Evidencia), la manifestación debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso, y que dicha manifestación, al ser transmitida al tribunal por el testigo que la oyó, se produzca para probar la verdad o la falsedad de lo manifestado. Es decir, tiene que ser una aseveración: sea ésta positiva o negativa. Una oración interrogativa, es decir, una pregunta (p. ej., ¿Qué día es hoy?), no es verdadera ni falsa. Lo mismo que una orden o mandato (p. ej., ¡Coloca esas cajas en la bodega!). Por tanto, no serían consideradas prueba referencial.

Esto es importante tenerlo claro, ya que los jueces, fiscales y abogados defensores pueden inclinarse a considerar que todo lo que un testigo exprese que alguien le haya dicho es prueba de carácter referencial. Basta que el testigo diga “Fulano me dijo...” para que se produzca de inmediato una objeción y enseguida el pronunciamiento del juez: “ha lugar”.

De acuerdo con Quiñones Vargas, veamos cómo el Tribunal Supremo de Puerto Rico, utilizando unos ejemplos sencillos, aclaró el concepto básico de la prueba de carácter referencial.

El testigo declara: “Juan me dijo que me fuera para mi casa”. Esa manifestación de Juan no implica la expresión de algo cierto o de algo falso, y no es por tanto, al ser relatada por el testigo, prueba de referencia.

El testigo declara: “Juan me dijo que Pedro hurtó el dinero”. Lo manifestado por Juan —Pedro hurtó el dinero— puede ser cierto o puede ser falso. Ahora bien, debe determinarse con qué propósito se reproduce esa manifestación ante el tribunal, pues de ello dependerá si es o no prueba de referencia.

Si lo que se trata de probar es quién hurtó el dinero, sería prueba de referencia, y por tanto, inadmisibile. Pero si sólo se quiere probar que Juan hizo esa manifestación —no si lo dicho por Juan es o no cierto—, no es prueba de referencia.

Dos ejemplos ilustran este punto: supongamos, en primer lugar, que se le celebra juicio a Pedro por haber agredido a Juan. El fiscal presenta un testigo que declara haber visto cuando Pedro agredió a Juan. Se le pregunta: “¿En qué momento agredió Pedro a Juan?” El testigo responde: “Cuando Juan dijo que Pedro hurtó el dinero”. Mediante ese testimonio se establece el móvil de la agresión, a saber, la imputación hecha por Juan a Pedro. Lo manifestado por Juan no es, en ese primer supuesto, prueba referencial, pues no se presenta para probar que Pedro hurtó el dinero.

Tampoco lo es en el siguiente supuesto: Pedro está acusado de haber hurtado determinado dinero. Un policía que investigó el hurto entrevistó a Juan y éste le dijo que Pedro hurtó el dinero, y que lo sabe porque él lo vio. En la audiencia, el fiscal llama a declarar a Juan para que testifique lo que dijo al policía, pero Juan dice no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía no es en ese momento presentado al tribunal para probar que Pedro hurtó el dinero, ya que sería inadmisibile para ese propósito. Sería admisible únicamente para desacreditar a Juan, es decir, demostrar que Juan mintió cuando declaró como testigo y dijo no saber quién hurtó el dinero. El testimonio del policía a este efecto no es prueba de referencia. Es prueba de un hecho: que Juan le dijo que Pedro hurtó el dinero.

En resumen, para que la manifestación que se pretende introducir como prueba se considere prueba de carácter referencial o testimonio de referencia, debe tener algún contenido que pueda ser cierto o falso, y que la misma se reproduzca para probar la verdad o falsedad de lo aseverado o manifestado.

En el caso español, Manuel Jaén Vallejo, al invocar la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1988 recordaba que la doctrina procesal europea ha formulado serias reservas respecto de la admisibilidad de testimonios de esta naturaleza, que llegan a conocimiento de la audiencia por medio de otro testigo, e incluso, añade la Sentencia del Tribunal Supremo, las opiniones más estrictas niegan sin excepciones que tales testigos puedan ser tomados en cuenta por el tribunal como fundamento de su convicción, pues ante estos declarantes ausentes no es posible al acusado y a su defensor ejercer el derecho de interrogar que acuerda el art. 6.3 d) de la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

En el mencionado orden de ideas, el mismo Jaén considera interesante la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1999 (49), que pone de manifiesto la falta de valor probatorio de las diligencias policiales y del testimonio de referencia de los funcionarios policiales. En particular, en cuanto a la validez probatoria de las diligencias policiales, recuerda que la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/1995 dejó establecido que tales diligencias sólo podrán considerarse como auténtica prueba de cargo cuando por concurrir circunstancias excepcionales que hagan imposible la práctica de prueba en la fase instructora o en el juicio oral con todas las garantías, sea admisible la introducción en el juicio de los resultados de esas diligencias a través de auténticos medios de prueba, practicados, éstos sí, con arreglo a las exigencias mencionadas con anterioridad. De otro modo, dichas diligencias no pasarán de constituir un mero medio de investigación que permite iniciar las averiguaciones del hecho perseguido, pero no constituirán por sí mismas prueba válida acreditativa de la comisión y autoría del hecho delictivo.

B. Las que no reconocen eficacia en la valoración probatoria

En el *Semanario Judicial de la Federación* una primigenia noción de testigo de referencia está relacionada con la de testigo de oídas (Jurisprudencia VI.2o. J/69). Al respecto, se ha entendido que testigo de oídas es aquel que no conoce por sí mismo los hechos sobre los que depone, sino que es informado de ellos por una tercera persona, en cambio, testigo presencial es aquel que declara respecto de hechos que percibió, habiendo sido su fuente de información directa y personal.

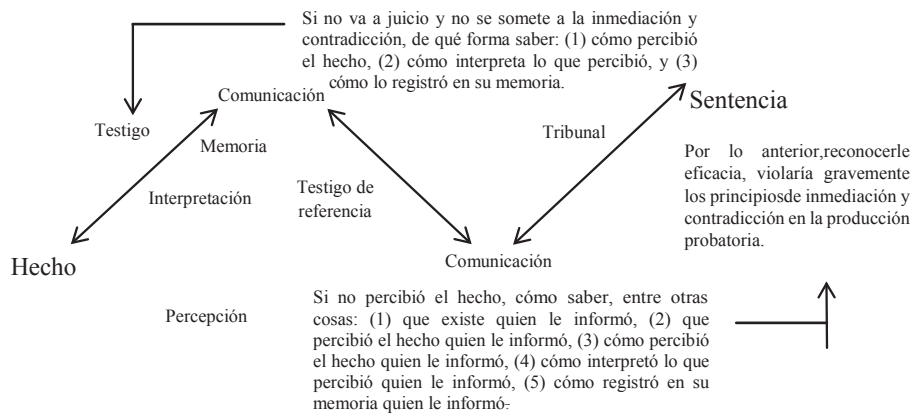
No obstante, ha evolucionado el concepto. En efecto, en la tesis II.2o.P.248 P, el tribunal que la emite, considera que los llamados “testigos de oídas” (cuya denominación técnica realmente viene a ser “declarante por referencia de terceros”), en realidad no pueden considerarse como testigos de aquello que no presenciaron, por tanto, es obvio y de lógica elemental que sus declaraciones no tienen valor convictivo alguno ni aquéllos el carácter de testigos, sencillamente porque no lo son.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el criterio 1a./J. 81/2006, que surge al resolver la contradicción de tesis 133/2005-PS, con base en el paradigma procesal penal mexicano anterior, definió los lineamientos de valoración de la prueba testimonial, cuando los hechos se conocen por referencia de terceros. Sobre tal punto, el Alto Tribunal, al analizar el artículo 289 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que para apreciar la prueba testimonial el juzgador debe considerar que el testigo: a) tenga el criterio necesario para juzgar el acto; b) tenga completa imparcialidad; c) atestigüe respecto a un hecho susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que lo conozca por sí mismo y no por inducciones o referencias de otro sujeto; d) efectúe la declaración de forma clara y precisa, sin dudas

ni reticencias sobre la sustancia del hecho ni sobre las circunstancias esenciales; y, e) no haya sido obligado por fuerza o miedo ni impulsado por engaño, error o soborno.

En congruencia con lo anterior, la Primera Sala concluye que, cuando en una declaración testimonial se aportan datos relevantes para el proceso penal, unos que son conocidos directa o sensorialmente por el deponente y otros por referencia de terceros —y que, en consecuencia, no le constan—, el relato de los primeros, en caso de cumplir con los demás requisitos legalmente establecidos, tendrá valor indiciario y podrá constituir prueba plena derivado de la valoración del juzgador, cuando se encuentren reforzados con otros medios de convicción, mientras que la declaración de los segundos carecerá de eficacia probatoria, por no satisfacer el requisito referente al conocimiento directo que prevé el citado numeral.

Podemos darnos cuenta que el anterior criterio jurisprudencial surge de la interpretación de las directrices enmarcadas en el numeral 289 del Código Federal de Procedimientos Penales. Tales directrices no guardan correspondencia con el principio de valoración libre y lógica que establece la fracción II del apartado A, del artículo 20 Constitucional y los preceptos 259, 265 y 402 del Código Nacional de Procedimientos Penales.



Podemos apreciar que la tónica generalizada en diversos criterios publicados en el *Semanario Judicial de la Federación* ha sido la de no reconocerle eficacia demostrativa a los llamados testigos de referencia. Para el tribunal que emite la tesis II.2o.P.248 P, mencionada con antelación, no quiere decir que una narración ante la autoridad ministerial de aquello que se supo por referencia de terceros, no puede ser útil para construir la *notitia criminis* y, por ende, incentivar el inicio de una averiguación previa, sobre todo tratándose de un delito de persecución oficiosa, toda vez que sería ilógico

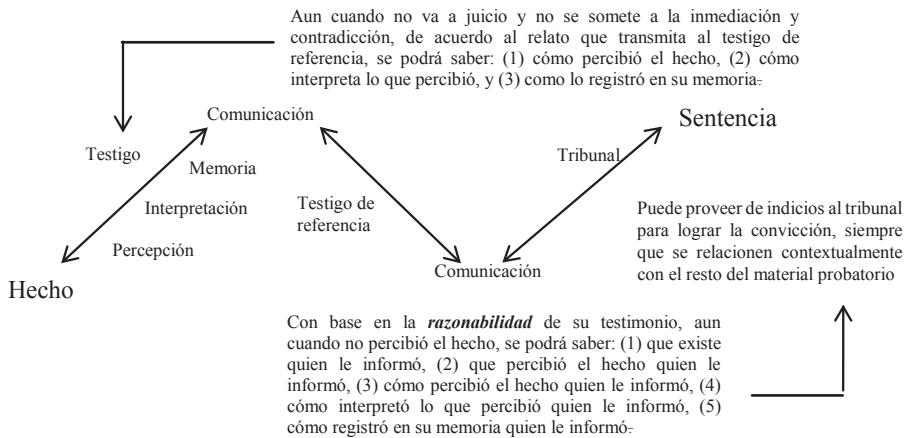
pensar que por no ser testigo presencial en sentido estricto puede controvertirse la racionalidad de tal planteamiento, cuando no es así, sino por el contrario, precisamente dicho criterio diferenciador aclara que en tales supuestos no se está ante la presencia de un verdadero testimonio, pero por tal razón es que sólo puede apreciarse a tal tipo de declaraciones (respecto de referencias de terceros), como un dato o indicio genérico derivado de la existencia de tal declaración como diligencia formal emitida ante una autoridad, sin mayor alcance que ese y sin pretensión de equiparación a un verdadero testimonio. En consecuencia, si la autoridad responsable, al dictar la resolución reclamada, no le asigna al dicho del denunciante valor de testimonio auténtico (pues nunca lo dijo de esa manera) y utiliza incorrectamente la expresión “testigo de oídas”, resulta inconcuso que tal determinación no causa agravio al quejoso, toda vez que dicho error de lenguaje (testigos de oídas) se traduce en una cuestión meramente terminológica que en nada le afecta.

Asimismo, la diversa tesis XXI.2o.13 P, al establecer que si bien el testimonio singular constituye un indicio y para que adquiera valor probatorio es necesario que se robustezca con otros medios de prueba, este último supuesto no se actualiza cuando se pretende apoyar con un testigo de oídas o referencial que su única fuente de conocimiento, lo es precisamente el testigo singular; consecuentemente carece de valor probatorio. En el mismo sentido, en la tesis XX.9 P se estima que el dicho de un testigo de oídas no puede tenerse como declaración bajo protesta de persona digna de fe, para los efectos de dictar un auto de prisión preventiva, en razón de que su exposición no es sobre hechos que le consten por vivencias propias, sino referidas por un tercero, tampoco ese dicho puede tomarse como “datos suficientes” para fincar la probable responsabilidad de un inculpado, pues por tales datos debe entenderse pluralidad de indicios, cuando menos dos, circunstancia que no se actualiza con el dicho de un testigo, y menos si es de oídas.

La misma línea jurídica sigue la materia civil. Al respecto, la jurisprudencia I.8o.C. J/24, definió que, aunque el valor de la prueba testimonial queda al prudente arbitrio del juzgador, ello no debe violar las reglas fundamentales sobre la prueba, pues no puede admitirse que por el hecho de que los testigos fueron uniformes en sus declaraciones sobre determinado hecho, tenga que otorgársele valor probatorio pleno a sus dichos, pues la prueba debe ser valorada en su integridad, como lo es que los testigos coincidan tanto en lo esencial como en lo incidental del acto; conozcan por sí mismos los hechos sobre los que declaran y no por inducción ni referencia de otras personas; que expresen por qué medios se dieron cuenta de los hechos sobre los que depusieron aun cuando hubieren sido tachados por la contraparte; que justifiquen la verosimilitud de su presencia en el lugar de los hechos; que den razón fundada de su dicho y que coincida su ofrecimiento con la narración de los hechos materia de la *litis*.

C. Las que toleran la existencia de eficacia indiciaria en la valoración probatoria

Contrario a lo sostenido en las anteriores posturas, existen diversos criterios que sí le han reconocido eficacia indiciaria al testigo de referencia. Esta postura la recoge la jurisprudencia VI.2o. J/98, según la cual las declaraciones de los testigos de oídas deben tenerse como indicios cuando existen en actuaciones otros elementos que les den validez; como también la jurisprudencia VI.2o. J/108, del mismo tribunal, acorde a la cual, aunque se trate de testigos de oídas, no por ello dejan de constituir elementos de prueba, por más que su fuerza no sea plena. La misma tesis se asume en la tesis XXVII.1o. (VIII Región) 9 P (10a.), que determina, en lo que interesa, que en caso de que la deposición provenga de un testigo indirecto (“de oídas”) su valor se reducirá a un indicio débil. Otro criterio en este sentido es el que se advierte en la tesis XV.2o.10 P, conforme a la cual los testimonios “de oídas” si bien no merecen plena eficacia probatoria, es dable otorgarles valor jurídico de indicio, por lo que no deben valorarse en forma aislada sino en relación con el resto del material probatorio que obre en la causa penal de origen; lo anterior, en virtud de que aun cuando los testigos no presenciaron los hechos delictivos en forma directa, sus deposiciones, en cuanto a las circunstancias que refieren en torno a los hechos, forman convicción mediante la integración de la prueba circunstancial.



Regresando a la experiencia española, Jaén Vallejo, al abordar el valor del testimonio de referencia de los funcionarios policiales que habían presenciado la identificación fotográfica del recurrente, recuerda que tiene igualmente establecido el Supremo Tribunal Constitucional que sólo será admisible en supuestos de situaciones

excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal (...), siendo medio de prueba poco recomendable, pues en muchos casos supone eludir el oportuno debate sobre la realidad misma de los hechos y dar valor a los dichos de personas que no han comparecido en el proceso (STC 217/1989). Concluyendo que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en los casos de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral (...). En este punto, nos sigue diciendo el proceso STC 35/1995, fundamento jurídico 3º, y reitera el proceso STC 131/1997, fundamento jurídico 2º, este tribunal sigue el canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que tiene declarado contrario al artículo 6 del Convenio la sustitución del testigo directo por el indirecto sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado, priva al Tribunal sentenciador de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poder confrontarlo con el directo y, de otro, y sobre todo, vulnera el derecho del acusado de interrogar y contestar a los testigos directos (TEDH, 1990), (TEDH, 1991), (TEDH, 1991b).

En el caso concreto, la sentencia del Tribunal Constitucional considera que la ausencia injustificada de la testigo/denunciante en el juicio oral no implica la circunstancia excepcional de imposibilidad de práctica de la prueba ante la autoridad judicial y con las debidas garantías de contradicción e intermediación que nuestra jurisprudencia exige para que el reconocimiento que realizó en sede policial pudiera considerarse como medio probatorio válido de extremo alguno, y en cuanto al testimonio de referencia proporcionado por uno de los agentes policiales, éste en ningún modo podrá sustituir al testimonio directo de la denunciante en las circunstancias del supuesto, pues no existió ningún tipo de imposibilidad, ni siquiera dificultad más o menos grave, para que ese testimonio directo efectivamente se produjera en las condiciones constitucionalmente exigibles, por lo que otorga el amparo.

También aborda la cuestión de la prueba de referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1999. En esta ocasión el recurrente en amparo había sido condenado por el juzgado de lo penal como autor de un delito de robo con intimidación, siendo confirmada la condena en apelación por la Audiencia Provincial. Los únicos elementos de prueba del intento de apropiación de dinero habían consistido en la lectura en el juicio oral de las declaraciones del denunciante y en la del policía local que declaró en el juicio, que respecto de dicho intento de apropiación sólo relató lo que sobre el particular le había dicho el propio denunciante, tratándose, pues, de un simple testigo de referencia o indirecto.

Pues bien, en cuanto a esta última declaración, en palabras de Vallejo, de un simple testigo de referencia, dice la Sentencia del Tribunal Constitucional que la jurisdic-

prudencia (STC 303/1993, 35/1995 y 7/1999) no ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, afirmando que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral, supuestos que no se dan en el presente caso. Por lo demás, el rechazo de la validez del único testimonio de referencia no es sino la aplicación del canon hermenéutico proporcionado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha declarado contraria a lo dispuesto en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos la sustitución del testigo directo por el indirecto, sin causa legítima que justifique la inasistencia de aquél al juicio oral, por cuanto, de un lado priva al Tribunal sentenciador de la posibilidad de formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto, al no poder confrontar con el directo, y de otro, y sobre todo, vulnera lo dispuesto en el art. 6.1 y 3 del CEDH, que consagra el derecho que al acusado asiste de interrogar a los testigos de cargo (...)

3. Conclusión

La segunda postura, la que inhibe le posibilidad de reconocerle eficacia convictiva a la información que proporciona un testigo de referencia, es la que encuentro más sólida en nuestro país. De considerar eficaz esa información para fundar decisiones judiciales, se violarían irremediablemente la inmediación y contradicción, como ejes rectores en la producción probatoria. Si la persona se informó del hecho, pero no lo percibió, simplemente no es testigo, encontrándose inhibido de probar sobre ello.

Con base en el criterio de valoración libre y lógica de la prueba, definida constitucional y legalmente, podemos concluir que el contenido de la narración del testigo, consistirá en haber visto, oído o, en general, percibido alguna cosa, que puede ser el hecho consistente en el delito y sus circunstancias o una prueba del mismo. Como ocurre con el derecho chileno, esta distinción no hace relación con la admisibilidad de la declaración testimonial, pues nuestra legislación no excluye expresamente al testimonio de oídas (a decir de López Masle (2004), lo acepta —criterio que no comparto llanamente—), sino que tendrá que atenderse en la valoración probatoria. El deber de dar razón circunstanciada de los hechos que declara constituye el único modo de verificar la capacidad de percepción, la solidez y coherencia de su relato.

No obstante, considero que lo anterior no riñe con la postura que tolera reconocerle eficacia indiciaria al testigo de referencia para fundar líneas de investigación y no resoluciones judiciales.

III. *Uso de declaraciones anteriores*

1. *¿Qué debemos entender por declaraciones previas?*

Como lo señala Leticia Lorenzo (2014), consideraremos declaración previa a cualquier tipo de manifestación que una persona haya realizado con anterioridad a la audiencia del juicio con relación a su conocimiento de los hechos que se juzgan. En términos generales, estas declaraciones tendrán lugar en el curso de la investigación y en función a ello probablemente se hagan constar en la carpeta de investigación que el fiscal lleve para constatar permanentemente sus avances, su teoría del caso y la posibilidad real de ir a juicio. La misma autora considera que lo anterior no es regla, toda vez que una declaración previa puede encontrarse, por ejemplo, en la declaración dada por un testigo a un medio de comunicación a través de una entrevista, una carta enviada a un conocido, en un correo electrónico, etc. No existe una regla que establezca que para ser considerada como “declaración previa” la misma deba haber sido efectuada al interior de un proceso judicial y cumpliendo con formalidades determinadas. De lo que se trata es que el contenido de la declaración dada tenga relación con los hechos que se juzgan y, en función de ello, puedan vincularse a lo declarado en juicio.

En el caso chileno, de acuerdo con Horvitz y López (2004), una posición sostiene que las declaraciones anteriores a la audiencia del juicio efectuadas por testigos, peritos o imputados que constaren en registros policiales podrían ser leídas en el juicio para apoyar o refrescar la memoria del declarante, fundándose en el tenor literal del inciso I del artículo 334 del Código Procesal Penal de Chile (-Ley 19696), que excluye de la restricción al artículo 332 del citado cuerpo legal. Sin embargo, este mismo precepto legal admite únicamente la lectura para apoyo de memoria de las declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, con lo cual se excluyen tácitamente las declaraciones prestadas ante la policía.

Otra posición sostiene que la declaración del imputado prestada ante la policía que no es impugnada o en que la impugnación es desvirtuada por el Ministerio Público, puede ser utilizada de dos formas: como parte de la declaración de los policías en el juicio o como apoyo de memoria, una vez que el acusado haya prestado declaración. Se señala que “para aplicar este artículo (el artículo 332) es necesario sostener que la declaración prestada sin presencia del fiscal fue tomada bajo su delegación y, por lo tanto, debe entenderse que produce los mismos efectos”.

Para los referidos autores, este planteamiento es rechazable porque en su voluntarismo promueve una interpretación *contra legem*. En efecto, no puede sostenerse que la prohibición de la utilización de la declaración policial prescrita por el inciso I del artículo 334 en relación al artículo 332 CPP sólo rige cuando ella hubiere sido obtenida con violación de garantías fundamentales, pues tal hipótesis se contempla

expresamente en el inciso 2o del art. 334 CPP. El legislador declaró generalmente inadmisibles los registros que dieran cuenta de actuaciones o diligencias realizadas por la policía y prohibió la sustitución de la declaración del policía por el registro policial. No podría pretenderse que el artilugio de equiparar la declaración prestada ante la policía por “delegación” del Ministerio Público a la prestada directamente ante el fiscal para así “legitimar” su introducción al juicio pueda tomarse en serio: la ley permite a la policía tomar declaración voluntaria al imputado “bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal” (art. 91 CPP). Esta norma sólo tiene por finalidad determinar la imputación de las responsabilidades que pudieren producirse con ocasión de la realización de la diligencia, no introducir una especie de mandato o representación del ministerio público sobre la policía.

No queda clara la razón de la no inclusión en la prohibición del art. 334 CPP de los registros o documentos que dan cuenta de las actuaciones o diligencias realizadas ante los jueces de garantía.

En el desarrollo de sus ideas, Baytelman y Duce (2004a) se preguntan: ¿Qué constituye una declaración previa? Ello, porque lo primero que es necesario despejar, antes de revisar los usos que tienen las declaraciones previas en juicio, es saber en qué consiste una declaración previa. Para estos autores, una declaración previa es cualquier exteriorización del fuero interno de una persona realizada con anterioridad y que consten en algún soporte, cualquiera que éste sea. Así, las declaraciones previas pueden haber sido hechas en cualquier momento o ante cualquier instancia, pública o privada: durante una audiencia judicial anterior al juicio, en la etapa de investigación ante la policía o el Ministerio Público, una declaración de impuestos, un cuestionario municipal, una carta a una tía lejana del testigo, etc. Todas estas manifestaciones son, técnicamente, declaraciones previas. Éstas pueden estar registradas en papel —como el acta de la audiencia (en Chile) o del interrogatorio del fiscal, pero también los pensamientos que el testigo escribió en el boleto del autobús— o bien de cualquier otra manera, como los pensamientos que talló en la banca de la plaza.

Por supuesto, no es inocuo, desde el punto de vista de nuestras posibilidades de probar la existencia de dichas declaraciones y su contenido, cuál de estas versiones hayan adoptado, pero esa es otra cuestión: técnicamente, cualquier exteriorización de voluntad del sujeto, como sea que haya quedado registrada, es una declaración previa.

No obstante que, en teoría, todo podría ser considerado declaración previa, el código chileno hace una limitación explícita de qué debemos considerar para estos efectos. Así, el artículo 332 considera básicamente que se pueden ocupar —para los efectos de refrescar la memoria o manifestar inconsistencias— las declaraciones prestadas por el acusado o los testigos ante el juez de garantía o ante el Ministerio Público. Agrega, además, que tratándose de los peritos la declaración previa por excelencia de los mismos es el informe pericial que deben redactar en el momento de practicar su pericia.

Un problema que se ha planteado en la interpretación del artículo 332 es si es posible considerar como declaración previa, para los efectos de este mismo, la declaración prestada por el acusado o por un testigo ante la policía. No es oportunidad de detallar el intenso debate que existe sobre la materia, ya que ello nos alejaría de los objetivos de estos materiales. Con todo, baste mencionar que las posiciones son básicamente dos. La primera niega la posibilidad que las declaraciones tomadas por la policía puedan ser usadas para los efectos del artículo 332, invocando precisamente su redacción y la norma general contenida en el artículo 334, que contiene una regla de prohibición para el uso, como medio de prueba en juicio oral, de los registros de la policía. Una segunda interpretación señala que sí podrían ocuparse dichas declaraciones previas, particularmente por el hecho que cuando la policía toma declaración al acusado debe hacerlo previa delegación de funciones (bajo responsabilidad) del fiscal. En ese contexto, los autores en mención sostienen que debe interpretarse que las declaraciones prestadas por el acusado ante la policía son equivalentes a las tomadas por los fiscales que están expresamente permitidas.

Detrás de estas interpretaciones normativas existe un intenso debate político criminal acerca de los valores que se encuentran en juego detrás de cada una de esas opciones. Nos alejaríamos (como se señala por los autores) de los objetivos de estos materiales si nos detuviéramos a revisar ese debate. Para lo que nos importa en este momento, el litigante debe tener presente que eventualmente podría utilizar las declaraciones prestadas ante la policía con el objeto de refrescar la memoria o manifestar inconsistencias, pero para ello deberá realizar algún tipo de ejercicio de argumentación normativa que le permita fundar dicha posibilidad ante el tribunal oral.

Sobre este punto, el paradigma mexicano se aproxima más al argentino que al chileno, al no señalar restricciones ni crear formalizaciones como lo hace la ley chilena. En efecto, el numeral 376 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio del acusado, del testigo o del perito podrán leer parte de sus entrevistas, manifestaciones anteriores, documentos por ellos elaborados o cualquier otro registro de actos en los que hubiera participado, realizando cualquier tipo de manifestación, cuando fuera necesario para apoyar la memoria del respectivo declarante, superar o evidenciar contradicciones, o solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con el mismo propósito se podrá leer durante la declaración de un perito parte del informe que él hubiere elaborado. Este segundo párrafo del mencionado precepto 376 del Código mexicano hace correspondencia con lo que señala Duce (2013), al mencionar que el informe es equivalente a una “declaración previa” del perito, que en consecuencia en la lógica de sistemas acusatorios podría ser utilizado legítimamente para dos fines: refrescar la memoria del perito y manifestar inconsistencias relevantes entre las declaraciones actuales con el informe.

2. *¿Por qué se utilizan?*

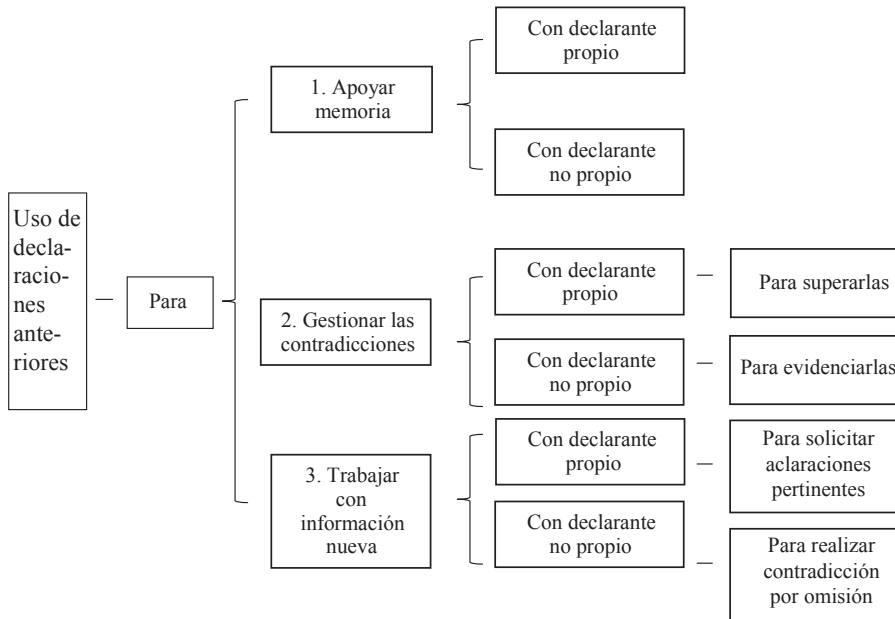
El juicio es el escenario de la prueba. Entre el juicio y la investigación suele transcurrir mucho tiempo. Y el tiempo hace su efecto. El artículo 20, apartado A, fracción III constitucional, define normativamente al juicio como escenario procesal para la producción probatoria, cuando establece que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán como prueba aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia de juicio. La ley establecerá las excepciones y los requisitos para admitir en juicio la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo. De lo anterior surgen necesidades a atender cuando el declarante: 1. Dice no me acuerdo; 2. Se contradice respecto a su declaración anterior; y 3. Adiciona información respecto a su declaración anterior. ¿Cómo satisfacer esa necesidad? Se satisface con el uso de declaraciones anteriores. No obstante, no debemos olvidar que no sustituye la declaración de la persona en juicio.

Para ir a juicio, la preparación es fundamental. En el caso de los peritos, Romero Guerra (2014) considera que, una vez que ya tenemos al perito —sea que lo hayamos seleccionado o no—, lo siguiente será prepararlo. Esta parte es muy importante y debe ser realizada con precisión y una visión estratégica. Lo primero es distinguir claramente a qué va el perito a juicio; esto dependerá de nuestra teoría del caso. Debemos tener muy claro el objetivo del desahogo de la prueba pericial para no desviarnos durante el examen directo.

Es primordial reunirse con el perito y determinar de qué va a hablar y, sobre todo, de qué no va a hablar. Un error que puede cometerse en la audiencia de juicio oral es que el o la perito hablen de más sobre el caso, el peritaje, su experiencia, etcétera. Esto puede distraer la atención del órgano jurisdiccional o confundirlo. Como lo dice la autora en comentario, yo mismo ya lo había señalado en diverso texto (Gutiérrez, 2013), al mencionar que las fallas en la memoria son resultado natural y directo de la falta de preparación (sin que sea dable confundir preparación con aleccionamiento) del órgano de prueba.

Hay que delimitar el tema a través de una práctica de preguntas y respuestas. En esta misma se podrá observar si con este perito en particular es conveniente utilizar preguntas abiertas o cerradas, si se le debe ayudar en términos de concentración o nerviosismo, o si necesitará apoyo para refrescar su memoria. No debemos olvidar, como nos dicen Blanco, Decap, Moreno y Rojas (2005), que las declaraciones prestadas por el acusado, la víctima, los peritos o los testigos, ante el fiscal o el juez de garantía, no constituyen prueba para los efectos del juicio, no pueden incorporarse como documentos y sólo pueden utilizarse para el refrescamiento de la memoria de quien se encuentra prestando declaración o para evidenciar contradicciones en que ha incurrido en la declaración que acaba de prestar durante el juicio.

El siguiente cuadro permite graficar los objetivos del uso de las declaraciones anteriores:



3. ¿Cómo se utilizan?

La misma Lorenzo (2014) manifiesta que, si se ha decidido utilizar la declaración previa, lo primero que el litigante deberá hacer en el examen al testigo será generar la base, establecer la existencia de tal declaración previa. En ese sentido deberá preguntarle directamente al testigo si recuerda haber prestado una declaración anterior, si recuerda haber hablado del caso anteriormente, si alguien lo entrevistó previamente al juicio, en definitiva, cualquier fórmula que considere apropiada para que el testigo responda que sí ha dado una declaración anterior sobre el caso.

De acuerdo a cada utilidad que se le dé a la declaración anterior (apoyo de memoria, gestión de contradicciones, trabajo con información nueva), se consideran diversos aspectos para realizar el ejercicio.

Los aspectos a considerar son los siguientes:

1. Cuando se apoya la memoria.

1.1. Con declarante propio.

- a. Declarante propio: no me acuerdo.
- b. Legitimar declaración anterior.
- c. Puente.
- d. Tribunal (apoyo de memoria).
- e. Contraparte.
- f. Reconocimiento de declaración previa.
- g. Lectura (voz baja).
- h. Preguntar.
- i. Fin.

1.2. Con declarante de la contraparte.

- a. Declarante de la contraparte: no me acuerdo.
- b. Legitimar la declaración anterior.
- c. Tribunal (apoyo de memoria).
- d. Contraparte.
- e. Reconocimiento de declaración previa.
- f. Lectura (voz alta).
- g. Fin del ejercicio.

2. Cuando se gestionan contradicciones.

2.1. Con declarante propio: para superar.

- a. Legitimar la declaración anterior.
- b. Tribunal (superar la contradicción).
- c. Contraparte.
- d. Reconocimiento de la declaración previa.
- e. Lectura (voz baja).
- f. Preguntar. Contenido previo.
- g. Solicitar explicación.
- h. Fin del ejercicio.

2.2. Con declarante de la contraparte: para evidenciar.

- a. Confirmar la información actual.
- b. Legitimar la declaración anterior.
- c. Tribunal (evidenciar la contradicción).
- d. Contraparte.
- e. Reconocimiento de la declaración previa.
- f. Lectura (voz alta).
- g. Fin del ejercicio.

3. Cuando se trabaja con información nueva.

3.1. Con declarante propio: para solicitar aclaración pertinente.

- a. Nueva información en el juicio.
- b. Legitimar la declaración anterior.
- c. Preguntar sobre el registro de información en la declaración previa.
 - i. No registrada: pedir justificación.
 - ii. Sí registrada o “no sé” o “no me acuerdo”.
 - Tribunal (aclaración pertinente).
 - Contraparte.
 - Reconocimiento.
 - Lectura.
 - Justificación.
 - Fin del ejercicio.

3.2. Con declarante de la contraparte: para realizar contradicción por omisión.

- a. Nueva información en el juicio.
- b. Confirmar la información en el juicio.
- c. Legitimar la declaración anterior.
- d. Preguntar sobre el registro de información en la declaración previa.
 - i. No registrada: fin del ejercicio.
 - ii. Sí registrada o “no sé”, o “no me acuerdo”.
 - Tribunal (contradicción por omisión).
 - Contraparte.
 - Reconocimiento.
 - Lectura.
 - Fin del ejercicio.

Sobre la utilización de declaraciones anteriores, Baytelman y Duce (2004a) consideran que desde el punto de vista del litigante, el uso de las declaraciones previas presenta tres desafíos importantes. El primero se refiere al desarrollo de un procedimiento que le permita al litigante anticipar a los jueces que se pretende utilizar la declaración para el fin legítimo de refrescar la memoria, y evitar así objeciones de la contraparte en este primer nivel de admisibilidad; el segundo problema tiene que ver con acreditar suficientemente la declaración previa, a manera de evitar objeciones a este segundo nivel de admisibilidad. Estas primeras dos cuestiones son más bien procesales (problemas de admisibilidad). La tercera cuestión tiene que ver con darle un uso efectivo a la declaración previa, esto es, refrescar efectivamente la memoria y hacerlo con el menor costo posible. Estas dificultades hacen conveniente que el

litigante internalice un procedimiento estándar para su utilización cada vez que se enfrente a una situación en la que sea necesario refrescar la memoria de un testigo. De esta forma, el litigante se evita tener que pensar cómo y qué debe hacer en el caso concreto, perdiendo valiosos segundos en el juicio oral y, probablemente, perdiendo el punto y oportunidad en la que era urgente intervenir.

4. ¿Cuándo se utilizan?

Sobre el momento de llevar a cabo la utilización de declaraciones anteriores, en la práctica se ha discutido al respecto. Para Blanco, Decap, Moreno y Rojas (2005) la duda consiste en dilucidar si es posible utilizar la declaración anterior una vez que el testigo haya terminado de prestar declaración, o si acaso se refiere en el momento siguiente en que se ha constatado el olvido o la contradicción.

El sentido de esta disposición es otorgar una herramienta a los litigantes para trabajar durante la declaración de un testigo o perito, por lo que para que resulte útil necesariamente se debe utilizar una vez que se ha constatado el olvido o se ha evidenciado la contradicción. Interpretar de otra manera el artículo implica no entender el sentido del mismo, puesto que si se tuviese que esperar hasta el final de la declaración, se vería difícil la reconducción del testigo hasta el punto impreciso. Es más funcional al sistema y facilita la recepción de los mensajes que se pretenden transmitir que se aproveche la técnica en el momento mismo en que se produce el olvido o se evidencia la contradicción.

Como los autores en comento, comparto el criterio con base en el cual las declaraciones no tienen por qué ofrecerse en la audiencia intermedia, sino que se debe llevar directamente la declaración para ser utilizada durante el juicio por cada litigante. Lo anterior, porque las declaraciones que sirven para los propósitos del numeral 376 Adjetivo, no son medios de prueba, y en consecuencia no tienen susceptibilidad de ser admitidos. Basta la admisión del medio de prueba (testigo o perito), para estar en aptitud de utilizar cualquier declaración por ellos otorgada, con independencia de su forma de registro.

¿Cuáles son las declaraciones de testigos o peritos que sirven para los efectos del apoyo de memoria? En relación con esta materia se ha levantado un interesante debate, del que parece necesario hacerse cargo. Se discute si se puede utilizar la declaración prestada ante la policía. En opinión de los autores aludidos, el legislador optó por excluir esa posibilidad al no mencionar expresamente a la policía, en parte para proteger al imputado (eliminando cualquier atisbo de “tentación” en la policía por alcanzar una “confesión” del sujeto). Desde luego, ha de considerarse la triste historia de abusos policiales registrados, de manera que no son partidarios de ampliar la posibilidad de hacer referencia a estas declaraciones en el momento de refrescar la memoria de un acusado que declara en el juicio oral.

Tratándose de testigos, en cambio, tal prohibición carece de todo sentido. No hay en juego allí un tema de protección de garantías constitucionales a favor del imputado, ni el riesgo de excesos policiales en búsqueda de alguna confesión. Lo que sí hay es una evidente utilidad práctica del eficiente aprovechamiento de los recursos públicos en la persecución del delito, al racionalizar la actividad investigativa evitando duplicidad de tareas entre la policía y los fiscales adjuntos en la obtención de declaraciones de dichos testigos.

Sobre el control del uso de declaraciones anteriores, los litigantes son los encargados de introducir la información necesaria para que el tribunal adquiriera su convicción, la que expresará en la sentencia. Esto significa que son los litigantes los encargados de controlar la incorporación de información al juicio y, por lo mismo, son ellos los que deben efectuar esta labor a propósito de una declaración anterior, objetando lo que corresponda. La declaración anterior no es medio de prueba, sino el testigo que se encuentra prestando la declaración. El tribunal nada tiene que hacer viendo la mencionada declaración, por cierto, menos aún puede comenzar a leerla, porque ello significaría el reemplazo del testimonio actual del testigo por esa declaración anterior.

En algún curso de capacitación hemos tenido oportunidad de escuchar una interpretación que indicaba que la declaración debía ser leída en voz alta por el litigante, de manera que todos pudieran escucharla. Como lo dicen los autores en comentario (2005), es erróneo, en la medida en que ninguna regla se refiere a este punto de manera tan restringida. Continúan, al manifestar que, cuando el artículo 332 del Código de Chile (numeral 376 de nuestro Código Nacional) señala “podrán leer”, no está diciendo que esa lectura deba hacerse en voz alta y por alguien en particular. Sólo dice que se autoriza a que se efectúe la acción de dar lectura al documento en donde consta la declaración anterior. Quién lo lee, cómo lo lee y lo que lee es una decisión estratégica del litigante, con base en los niveles de riesgo que quiera asumir y la eficacia que pretenda otorgar.

Así, si se trata del examen directo, lo habitual es que el litigante persiga que su testigo recuerde alguna información que ha olvidado, por lo que le pedirá que lea para sí el párrafo que seleccione el litigante y luego le repetirá la pregunta efectuada (o le consultará si, habiendo leído la declaración anterior, recuerda mejor). Por el contrario, si estamos en el contraexamen, se perseguirá dejar en evidencia la contradicción o inconsistencia, por lo que el litigante le pedirá al testigo que lea en voz alta.

Baytelman y Duce (2004a) consideran que una memoria privilegiada que le permite al testigo acordarse de todos los detalles, incluso de los más insignificantes, puede atentar contra su credibilidad, pues suele resultar inverosímil que una persona, especialmente en las condiciones en que los delitos se cometen, recuerde hasta los más ínfimos detalles sobre los hechos ocurridos. En este sentido, los detalles pueden ser considerados un arma de doble filo. El litigante debe tener en cuenta ambos extre-

mos y su estrategia deberá conseguir un equilibrio entre ellos, de manera de asentar la credibilidad del testigo. Así, si éste en efecto recuerda abundantes detalles acerca de los sucesos, el abogado deberá desplegar un esfuerzo por explicar por qué la memoria sobreabundante resulta, en este caso, creíble.

Los referidos autores (Baytelman y Duce, 2004a) consideran que las preguntas cerradas también pueden ser empleadas para refrescar la memoria y para interrogar testigos poco aptos, como aquellos que son muy jóvenes, tímidos o los que se confunden con preguntas abiertas.

En el contexto de un sistema oral acusatorio, en opinión de Baytelman y Duce (2004a), a las declaraciones previas al juicio oral se les puede dar un uso legítimo y efectivo. Al respecto, consideran que tienen dos objetivos básicos; (a) refrescar la memoria del testigo o perito y (b) evidenciar inconsistencias del testigo o perito.

En ambos casos, la declaración previa no se utiliza con el objeto de sustituir la declaración actual del testigo, sino que con el fin de contribuir a que la declaración actual sea completa o con el objeto de entregarles elementos al tribunal para pesar la credibilidad de los testigos o peritos. En consecuencia, en ambos casos las declaraciones previas no constituyen prueba en el juicio. La prueba sigue siendo la declaración que en el mismo presenta el testigo o perito.

En consecuencia, la primera idea que los doctrinarios destacan es que la información que comparece al juicio puede ser inadmisibles en tanto prueba, pero admisible para otros usos, tales como refrescar la memoria del testigo o demostrar inconsistencia con declaraciones previas. La diferencia que existe en que una declaración sea utilizable como prueba o sólo para los efectos del art. 332 no es en absoluto baladí: sólo si es admisible como prueba podrá ser utilizada para acreditar la o las proposiciones fácticas que contiene; sí, en cambio, la declaración es utilizada para los efectos del artículo 332, la prueba sigue siendo el testimonio, con el impacto en credibilidad —cualquiera que sea su grado— que haya sufrido a resultas de la declaración previa.

Antes de entrar al análisis de estos usos de las declaraciones previas, parece necesario mencionar un tercer uso de las declaraciones previas. Este tercer uso puede parecer obvio, pero es indispensable para la litigación en juicios orales. Las declaraciones previas siempre constituyen el material de trabajo básico que permite a los litigantes preparar el examen directo y el contraexamen de testigos y peritos. Éste es el uso común de tales declaraciones y, como resulta lógico, no encuentra regulación normativa en ningún código. En este sentido, una de las principales justificaciones de los sistemas de registro de las actividades de investigación en las etapas preliminares en los sistemas acusatorios tiene que ver precisamente con permitir, tanto a la parte que registra como a la contraparte, tener material de trabajo sobre el cual preparar sus actividades de litigación en el juicio.

5. *¿Qué efectos produce su utilización?*

De inicio, el uso de declaraciones previas implica desventajas. Por ello, deben utilizarse cuando el abogado lo considere estrictamente necesario. La lógica de las desventajas, para Leticia Lorenzo (2014) estriba en que la información que es introducida, luego de haber sido leída por el testigo, tiene un impacto mucho menor al que genera una información que es incorporada en forma espontánea a través de la respuesta a una pregunta realizada por el litigante.

Por lo anterior, como lo dice la autora en mención, hay que limitar el uso de las declaraciones previas a lo estrictamente necesario: sólo a los casos en que resulta esencial que ese testigo incorpore esa información y habiendo intentado todos los medios, no queda más remedio que recurrir a la declaración previa.

Si en lugar de utilizarse de forma restringida, el litigante hace un uso abusivo de él, trayendo la declaración (o declaraciones) anterior cada vez que el testigo duda o varía un poco su respuesta original, estará generándose un problema de difícil resolución, ya que el tribunal tomará en consideración esa actividad a la hora de valorar la credibilidad del testigo y no será en forma positiva, precisamente.

En la misma tónica se pronuncian Baytelman y Duce (2004a), al señalar que hay que tener cuidado con este uso de las declaraciones previas. No toda duda u olvido merece ser refrescado, el procedimiento para refrescar memoria tiene siempre algún impacto negativo en la credibilidad de un testigo (después de todo, es un reconocimiento explícito de que el testigo no recuerda el punto con precisión, y los jueces no son ningunos ingenuos: están viendo que el testigo está declarando a partir de un registro escrito que le está mostrando el abogado). A veces ese impacto es menor y vale la pena asumirlo por las ganancias que tendrá la información que obtendremos del testigo si éste supera las dudas que tiene. Otras veces, en cambio, el impacto negativo es tan alto que no valdrá la pena hacer ningún esfuerzo por refrescar la memoria.

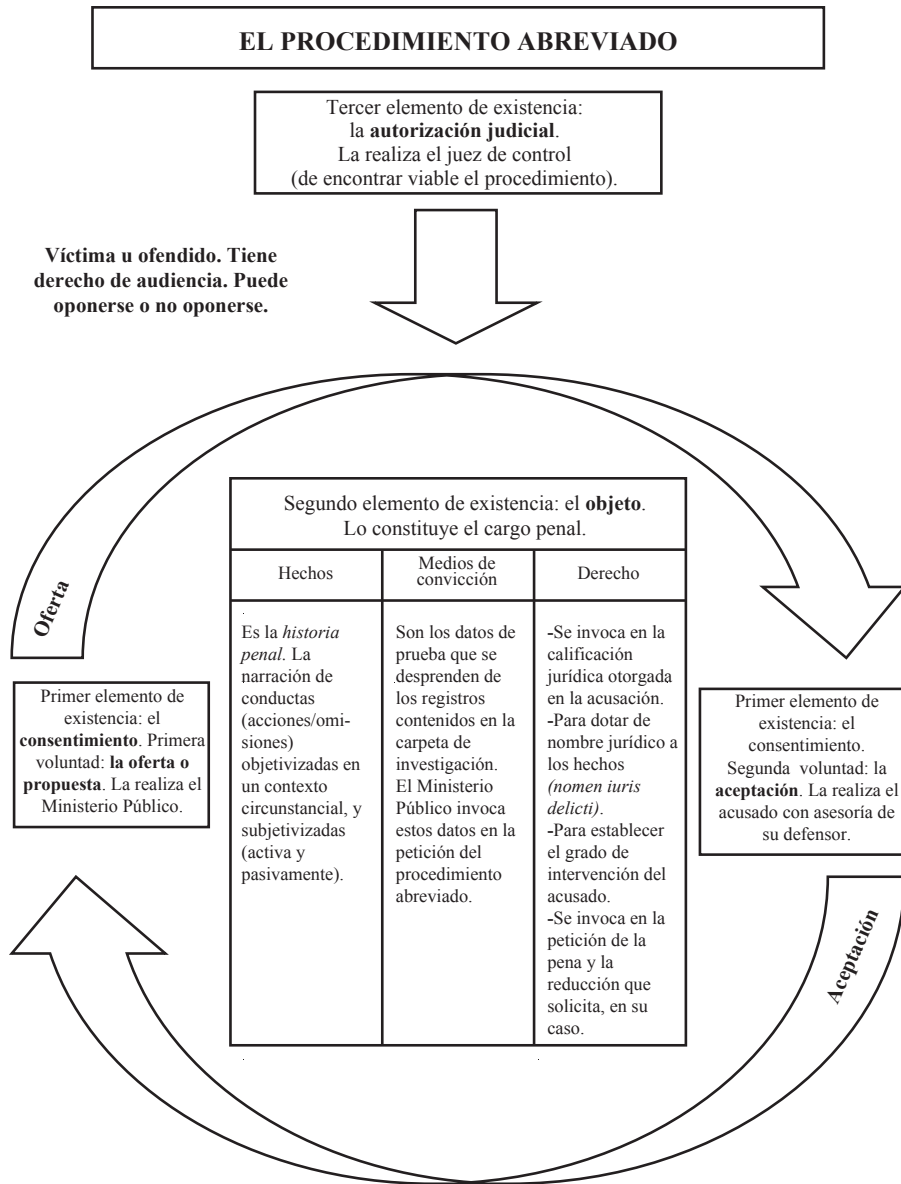
El impacto que en la credibilidad del testigo tiene el uso de declaraciones anteriores para apoyar su memoria, gestionar contradicciones o trabajar con información nueva, es directamente proporcional a la razonabilidad que resulte en el olvido, la inconsistencia o la novedad, con base en la naturaleza de la información que se le está preguntando, dadas las máximas de la experiencia y el sentido común.

IV. Procedimiento abreviado. Deber del juez de tutelar el acuerdo que celebran el ministerio público y el acusado

1. Consideraciones previas

El procedimiento abreviado no es un instituto procesal contencioso; sino un acuerdo de voluntades. Es un mecanismo generador de sentencias, sin juicio, sin prueba, sin debate. La innecesidad del juicio surge por la ausencia de litis. La ausencia de litis es lo que entera este procedimiento, toda vez que se trata de un allanamiento al cargo penal. El cargo se compone de los hechos, la evidencia y el derecho invocado y aplicable. Para reconocerle eficacia al acuerdo de voluntades, previa audiencia a la víctima u ofendido para que se oponga o no, el juez de control debe verificar que las voluntades que integran el mencionado acuerdo sean capaces; que además, esas voluntades sean libres de vicios como el error o la intimidación; que el objeto sobre el cual recae el acuerdo se componga de hechos sustentados en datos de prueba de la investigación y que el derecho invocado sea el correcto; para finalmente autorizar el procedimiento abreviado y arribar a la emisión de la sentencia.

El siguiente esquema nos presenta gráficamente el procedimiento abreviado como acuerdo de voluntades sujeto al control judicial.



Cuando hablamos de sentencia sin juicio, Horvitz y López (2004) son de la opinión que “el derecho al juicio oral es renunciable bajo determinadas condiciones. Esto sucede, fundamentalmente, cuando el acusado manifiesta su consentimiento con la aplicación del procedimiento abreviado”.

Por su parte, sobre la innecesidad de la prueba, Leticia Lorenzo (2014) estima que “por la naturaleza del procedimiento no es necesario fundamentar sobre la prueba, ya que se trata de un mecanismo simplificado, fundado principalmente en la admisión de culpabilidad, por tanto, se dará la enunciación de los elementos probatorios reunidos durante la investigación, sin necesidad de producirlos en audiencia (de producirlas, la audiencia se convertiría en una audiencia de juicio, lo cual elimina la calidad de “abreviado” al procedimiento”.

Cafferata Nores (2012) sostiene que existe una tendencia para preservar el juicio común, oral y público, con tribunal colegiado, para aquellos casos que, por su complejidad o importancia, realmente justifiquen el compromiso de recursos humanos y materiales que su desarrollo importa. Si así no ocurriera, se propone recurrir a modelos de juicio simplificados, o abreviados por acuerdo de partes, o a cargo de tribunales unipersonales.

Para Álex Carocca (2005), el procedimiento abreviado tiene lugar cuando se produce un acuerdo entre el fiscal del caso y el imputado, en virtud del cual este último acepta los hechos descritos por el primero y los antecedentes de la investigación recopilados por aquél, todo lo cual se presenta al juez de garantía quien debe pronunciar su sentencia definitiva, sin que pueda exceder la pena solicitada por el fiscal, aunque sí podría rechazar la solicitud de aplicación de este procedimiento por estimar que no se ajusta en cualquier aspecto a la ley.

En el derecho norteamericano, el *plea bargaining* es el parangón del procedimiento abreviado. Con base en una explicación que del *plea bargaining* se realizó en Colombia (USAID, 2003), se advierte que la figura consiste en concesiones que el fiscal hace a cambio de la aceptación de responsabilidad del imputado, aceptación que significa la renuncia al juicio. Las concesiones pueden consistir en la imposición de una condena leve por el hecho efectivamente cometido o bien en la imputación de menos cargos o un cargo menor que el efectivamente cometido, o una combinación de ambos. El beneficio para el imputado es una pena menor que la que obtendría si el jurado lo declarara culpable, pues la decisión de ir a juicio aumenta la pena en un porcentaje promedio que hace unos años era de 40 por ciento.

2. El arribo al procedimiento abreviado

En palabras de Carlos Natarén Nandayapa y Beatriz Ramírez Saavedra (2011), la decisión de acudir a un procedimiento (juicio, en palabras de los autores; lo que no

se comparte, por el carácter no contencioso del procedimiento) abreviado es una de las más difíciles que enfrenta un litigante en materia penal, ya que necesariamente implica una condena para su cliente, aunque a cambio se obtiene una disminución significativa de la sanción probable. La decisión final que debe corresponder al acusado tiene que estar fundada en una valoración precisa de las posibilidades reales de éxito si se llega a la audiencia de juicio oral.

Sobre la existencia y arribo al procedimiento abreviado existen posturas en contra, como las de Juan Bustos y Hernán Hormazábal (1997), quienes anotan que en el procedimiento penal también es constatable una tendencia que bajo el amparo de la búsqueda de la eficacia y el exceso de carga de los tribunales, en último término ha venido a significar una pérdida de garantías para el inculpado.

En esta línea cabe inscribir las últimas reformas procedimentales introduciendo procedimientos llamados abreviados y dentro de ellos la posibilidad en la práctica de llegar a acuerdos. Estos procedimientos chocan frontalmente con principios garantistas básicos, como la oralidad y publicidad del proceso en tanto que se realizan con prudencia y discreción y también con el principio de legalidad, cuando la decisión no está decidida conforme al derecho penal material sino por la valoración oportunista del estado del procedimiento, sin perjuicio de que el que se niegue a cooperar se pueda ver expuesto a un tratamiento más duro, con lo que se vería lesionado el principio de igualdad.

Como ocurre en los casos colombiano (artículos 351, 352, 356 - 5 y 367, inc. 3º, del Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004) y costarricense (artículos 373 – 375 del Código Procesal Penal, Ley No. 7594), desde el inicio del sistema penal acusatorio en nuestro país no se han tenido limitaciones para la apertura del procedimiento abreviado, por cuanto hace al tipo de delito que puede sustanciarse y resolverse a través del mismo. Lo anterior no se aprecia, a nivel de ejemplo, en países como Chile, Argentina o República Dominicana, en donde el legislador sí definió limitaciones para poder abrir el procedimiento, con base en los límites máximos de la pena prevista para el delito de que se trate.

Ahora bien, en el rubro de lo que en México se han denominado “formas de terminación anticipada” (donde sólo encontramos el procedimiento abreviado, ante la supresión del procedimiento simplificado, que preveía el dictamen de octubre de 2013 —lo que explica el plural empleado en el capítulo—). Tan solo Chile (Código Procesal Penal, Ley 19696, arts. 388 a 399, y 406 a 415) considera el procedimiento simplificado (respecto de los hechos constitutivos de simple delito para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo), monitorio (en relación a faltas respecto de las cuales el fiscal pidiere sólo pena de multa —art. 392—) y abreviado (se aplica para conocer y fallar, los hechos respecto de los cuales el fiscal requiriere la imposición

de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera que fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas —art. 406—).

Por su parte, República Dominicana (Bautista, 2001) cuenta con procedimientos abreviados de acuerdo pleno o parcial. El primer capítulo del abreviado se denomina “acuerdo pleno” (arts. 363 a 365); el segundo capítulo tiene por nombre “acuerdo parcial” (arts. 366 a 368). Hay acuerdo pleno cuando el Ministerio Público y el imputado acuerdan que este último admitirá la culpabilidad y que el primero fijará el monto tope de la pena. Los casos de acuerdo pleno son conocidos y resueltos por el juez de instrucción. Es posible hacer uso de este procedimiento cuando se reúnen las condiciones establecidas por el artículo 363, que son: 1. Que se trate de un hecho punible que tenga prevista una pena máxima igual o inferior a cinco años, o una sanción no privativa de libertad; 2. Que el imputado admite el hecho que se le atribuye y consiente la aplicación de este procedimiento, acuerda sobre el monto y tipo de pena sobre los intereses civiles; 3. Que el defensor acredite, con su firma, que el imputado ha prestado su consentimiento de modo voluntario e inteligente sobre todos los puntos de acuerdo. En los casos que haya más de un imputado el procedimiento puede aplicarse a todo o alguno de ellos. Todo procedimiento penal abreviado, mediante acuerdo pleno, puede verificarse a solicitud del Ministerio Público, en cualquier momento previo a que se ordene la apertura de juicio. El acuerdo parcial opera de manera distinta, pues sólo abarca el juicio sobre la culpabilidad y aplica en todos los casos en que las partes lleguen a un acuerdo exclusivamente sobre los hechos y solicitan un juicio sobre la pena. El acuerdo parcial puede verificarse en cualquier caso y no sólo en los previstos por el numeral 1 del artículo 363. Por ello es posible aceptarlo en casos cuya pena máxima sea mayor de cinco años. La solicitud es ponderada por el juez o tribunal de juicio; la misma contiene el ofrecimiento de prueba. El juicio se sustenta de conformidad a las reglas de la división del juicio (artículos 348 al 353). Concluida la audiencia, el tribunal declara la culpabilidad o absolución del imputado y fija el día en que se conocerá el debate sobre la pena.

Ahora bien, en el caso argentino, de conformidad con el inciso 1 del numeral 431 bis, de Código Procesal Penal, Ley 23.984, si el ministerio fiscal, en la oportunidad prevista en el artículo 346, estimare suficiente la imposición de una pena privativa de libertad inferior a seis años, o de una no privativa de libertad aún procedente en forma conjunta con aquélla, podrá solicitar, al formular el requerimiento de elevación a juicio, que se proceda según este capítulo. En tal caso, deberá concretar expreso pedido de pena.

De conformidad con el artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la audiencia en la que se ventile el arribo al procedimiento abreviado puede ser

la misma audiencia inicial (una vez dictado el auto de vinculación a proceso), una audiencia incidental *ex professo* generada para ello (que puede realizarse en la fase complementaria de la etapa de investigación o en la fase escrita de la etapa intermedia), o en la misma audiencia intermedia.

Como lo señalan Blanco, Decap, Moreno y Rojas (2005), en el caso chileno, al abordar la oportunidad para celebrar el procedimiento abreviado, algunos sostienen que dado el tenor literal de los artículos 406 y 407 del Código de aquel país, los que discurren sobre la idea que la investigación está concluida, sólo sería procedente plantear esta posibilidad, sea por escrito en la acusación o mediante solicitud verbal en la audiencia de preparación del juicio oral, estando vedado a los intervinientes plantearlo en otro momento, como sería en la Audiencia de Formalización de la Investigación'. Como lo indican: "Creemos en todo caso que el desincentivo para utilizar este procedimiento en la etapa de formalización no dice relación con la discusión señalada, sino con el hecho que si el fiscal opta por este procedimiento y luego fracasa, dado que el tribunal no acoge que los hechos se conozcan en virtud de ese procedimiento, el fiscal ya no puede reanudar su investigación y recopilar mayores antecedentes con vista a un futuro juicio oral, pues para plantear la posibilidad de ir a este procedimiento se debe decretar el cierre de la investigación" (Blanco, *et al.*, 2005: 132).

Si la solicitud fuere formulada verbalmente en la misma audiencia, la ley faculta al fiscal y al querellante, si lo hubiere, para proceder a modificar los términos de su acusación y la solicitud de pena, con el propósito de permitir la aplicación del procedimiento abreviado. Resulta recomendable que el fiscal formule su planteamiento de manera verbal en la audiencia, y como consecuencia de la aceptación del mismo, modifique su acusación; y no que lo haga en el escrito de acusación, conformando ésta a los términos del abreviado, pues en este último caso, si fracasa la negociación, el fiscal no podrá modificar los términos de su acusación.

No obstante, los doctrinarios en cita (Blanco, 2005) son de la opinión que una lectura tan rígida del Código atenta contra la flexibilidad buscada por los autores del nuevo sistema, en especial en la fase de investigación, donde se ha autorizado que el sentido original de una audiencia pueda ser transformado en otros objetivos, según lo revelen los intereses de las partes. A través del elemento lógico-sistemático de interpretación judicial es perfectamente posible llegar a sugerir que las partes pueden solicitar en cualquier momento de la investigación que se proceda en conformidad a las reglas del procedimiento abreviado. Incluso si esta petición se plantea en la audiencia de formalización de la investigación, mediante la solicitud de juicio inmediato, ha de transformarse el objetivo de la audiencia en la consecuente preparación del juicio oral, debiendo el fiscal acusar verbalmente y solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, si así lo ha acordado previamente con el imputado. No comparten esta opinión otros autores, para quienes debe primar el tenor literal del artículo 407 y

porque consideran que debe existir una investigación agotada que permita al tribunal pronunciarse sobre la solicitud.

En nuestro país, dentro del marco de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia penal, al abordar la fracción VII, del apartado A, del numeral 20 de nuestra Carta Magna (fundamento constitucional del procedimiento abreviado), se dijo que, “no obstante se pretende que el desarrollo y la culminación del proceso sean lo más abreviado posible, dicha circunstancia por sí, tiene como consecuencia la aceptación llana de la responsabilidad del acusado —para obtener una sentencia benévola—, lo que contraviene la garantía del debido proceso, ya que dicha confesión deberá ser corroborada por los otros medios de convicción” (SCJN, 2008).

El incentivo para arribar al procedimiento abreviado debe ser objetivo y evidente. Sin embargo, en nuestro país lo anterior no ha sido siempre una constante. Alcalde y Lebovits (2015) señalan que el procedimiento abreviado ha sido usado ampliamente en las entidades federativas donde ya se implementó el sistema acusatorio; no obstante, muchas veces los beneficios otorgados al imputado a cambio de renunciar a su derecho a juicio oral son muy reducidos, lo que nos hace cuestionar la labor de asesoría de los defensores en estos casos. Sobre este tópico, Fairén Guillén (1992) sostiene que en lo que toca a los procesos abreviados, será preciso cuidar de que no prescindan de garantías indispensables, en aras de la celeridad.

García Ramírez (2000) no comparte la idea de negociar para concluir el proceso a través de un procedimiento como el abreviado. Sobre ello, opina que es conveniente abrir la posibilidad de procesos abreviados, que se funden en supuestos objetivos: por ejemplo, la relativa facilidad de obtener pruebas suficientes o la levedad de las sanciones previstas por la ley para el delito del que se trate. Nada de esto supone las penosas negociaciones de las que habla: no se “negocia” la responsabilidad penal ni se modifica la sanción; no existe allanamiento. Sólo se acelera el proceso precisamente porque es objetivamente posible despacharlo con mayor rapidez.

En la misma tónica se encuentra el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA, 2008), al señalar que la amplia utilización de la prisión preventiva por períodos prolongados sumada al uso extensivo del juicio (sic) abreviado acordado con el caso ya elevado a juicio, en algunos casos con el debate en un horizonte lejano o inclusive en otros en las vísperas del mismo, ha funcionado en la provincia como un cóctel explosivo que resulta claramente violatorio de derechos fundamentales de los imputados. Con razón se ha sostenido, inclusive por los mismos operadores del sistema, que funciona de manera extorsiva.

Distinto piensa Marcelo Castañeda Paz (2000), cuando considera que es de destacar que a partir de la introducción de la *probation* (suspensión del proceso a prueba, o suspensión condicional del proceso) y el juicio (sic) penal abreviado, le cabe al Ministerio Público Fiscal un rol más que importante, para que estos nuevos institutos

puedan entrar en funcionamiento, tal como alguna vez se les soñó. Aapunta que la ecuanimidad de los jueces será, en definitiva, la que avale la “negociación” entre fiscal y defensor al homologar el convenio. He aquí, entonces, dónde debe operar el verdadero cambio de mentalidad que producen no sólo estos institutos sino todo nuestro derecho positivo, que va transformándose día a día. Como señala Hernández Suárez (2013) al mencionar que el procedimiento abreviado es todo un proceso de análisis de la defensa y el imputado, es un estire y encoje de las diferentes circunstancias que rodean el proceso, como por ejemplo, la pena a imponer, los testigos que vendrían a declarar, la forma en que se produjo la detención y las posibilidades de salir airoso en el proceso. Algunos críticos de este procedimiento a veces ignoran que el imputado es un ser racional, inteligente y que también tiene derecho hacer uso de la defensa material. Nadie más que él sabe en las circunstancias en las que se encuentra y por ello, entre los males a los que se enfrenta tiene la posibilidad de buscar el que menos lo afecte, y ello también se le debe respetar.

En el caso mexicano, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la sesión celebrada el 9 de abril de 2014, por mayoría de cuatro votos resolvió el amparo directo en revisión número 4491/2013. El recurso de revisión fue promovido por el representante legal de una empresa, tercero interesado en el juicio de amparo. Se impugnó la sentencia emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Segundo Circuito, del 31 de octubre de 2013. En la sentencia de amparo se concedió la protección constitucional al quejoso. De esta forma, el Tribunal Colegiado revocó la sentencia emitida por la Segunda Sala Colegiada Penal de Texcoco, en la que el acusado fue condenado por la comisión del delito de robo calificado cometido en agravio de la persona moral referida. En la sentencia resuelta por la Primera Sala se analizó la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado sobre el artículo 20, apartado A, de la Constitución Federal (Amparo directo en revisión 4491/2013). El amparo directo en revisión se resolvió en el sentido de confirmar la sentencia recurrida y conceder el amparo al quejoso, al determinar que la interpretación realizada por el Tribunal Colegiado fue correcta.

En la sentencia aprobada por la mayoría se afirmó que el Tribunal Colegiado correctamente resolvió que del artículo 20 de la Constitución Federal, interpretado con los artículos 383, primer párrafo; 384, primer párrafo; y 385 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México se desprende que aun tratándose del procedimiento especial abreviado (como se ha dicho, los códigos mexicanos previos al Código Nacional de Procedimientos Penales ubicaron al procedimiento abreviado dentro de los llamados procedimientos especiales) el juez está obligado a apreciar libremente los elementos aportados por el Ministerio Público, para otorgarles el valor que estime prudente. Para la mayoría de los integrantes de la Primera Sala, el Ministerio Público debe demostrar la existencia del delito y la responsabilidad penal del imputado para

justificar su solicitud de condena en un procedimiento abreviado. En la sentencia se destacó que el proceso penal se rige por los principios de publicidad, contradicción, continuidad e inmediación; los cuales se deben observar con independencia del resultado del fallo (amparo directo en revisión 4491/2013). A partir de estos argumentos, en la sentencia de mayoría se afirmó que la carga de la prueba corresponde a la parte acusadora y que el juez debe valorar las pruebas de forma libre y lógica. De manera que es el Ministerio Público quien tiene la obligación de acreditar plenamente el delito y la culpabilidad del acusado, mientras que el análisis de valoración de las pruebas corresponde al juez. Así, se sostuvo que aunque el imputado admita su participación en la comisión del delito, ello no excluye la obligación del Ministerio Público de presentar pruebas suficientes y tampoco implica que el juez necesariamente tenga que condenar al imputado. También se precisó que el fin de la reforma penal es cumplir con los objetivos del sistema penal acusatorio. Sobre esta premisa se determinó que el Tribunal Colegiado realizó una correcta interpretación constitucional, porque en el procedimiento especial abreviado el juez tiene la obligación de apreciar y valorar libremente las pruebas que presente el Ministerio Público, pues sólo de esta manera puede dictar sentencia. Para la mayoría de los integrantes de la Primera Sala el hecho de que el imputado acepte el procedimiento especial abreviado no significa que el juez tenga la obligación de declarar procedentes las pretensiones del Ministerio Público, pues el debido proceso que debe observarse en el sistema procesal penal acusatorio implica reconocer el derecho a la libertad del acusado, que deriva del principio de presunción de inocencia (amparo directo en revisión 4491/2013).

Al respecto, el ministro José Ramón Cossío Díaz formuló voto particular. El disenso lo fundó en una concepción distinta sobre el procedimiento abreviado. Sobre el mismo, el ministro estimó que el procedimiento abreviado se instauró precisamente para privilegiar el acuerdo entre las partes y evitar la instrucción innecesaria de un juicio oral, donde se desahoguen pruebas para demostrar hechos que las partes no tienen interés en cuestionar, pues lo único que tiene relevancia es la determinación de las penas que pueden imponerse. Cossío Díaz considera que el acuerdo entre las partes naturalmente excluye, por ser innecesario, el desahogo de pruebas, debido a que la admisión de la culpabilidad (de conformidad con la norma mexicana; no así en el ámbito nacional, toda vez que, con base en el artículo 20, apartado A, fracción VII, parte final, de la Constitución Federal, y el numeral 201, fracción III, inciso d del Código Nacional de Procedimientos Penales, al acusado se le exige admisión de responsabilidad) releva al juez de la acreditación tradicional de los hechos probados (amparo directo en revisión 4491/2013).

Por tanto, para el disidente, aceptar como válida una interpretación como la que realizó el Tribunal Colegiado recurrido conduce a desconocer la naturaleza del procedimiento especial abreviado y, lo que es más grave, pretende que se valoren como

si fueran pruebas elementos que no lo son, en virtud de que no se han desahogado en juicio bajo los principios de contradicción e inmediación; de ahí que apenas alcance el rango de dato de prueba por tratarse de un antecedente de la investigación. Es por ello que el problema de la interpretación adoptada por la mayoría es que parte de una premisa errónea y, con ello, genera una equívoca concepción de la naturaleza y finalidad que tiene el procedimiento especial abreviado. En este sentido, la mayoría parten de la idea de que el procedimiento abreviado es parte del sistema procesal penal acusatorio de reciente incorporación al orden jurídico. Por tanto, concluye que se rige por los mismos principios procesales del debido proceso que son observables para el procedimiento penal ordinario de juicio oral. Cossío considera que, la anterior aseveración es totalmente errónea. A pesar de que el procedimiento abreviado se haya incorporado en el contexto de implementación legislativa del sistema procesal penal acusatorio, ello no significa que tenga la misma naturaleza jurídica y deba regirse por las mismas reglas del procedimiento penal ordinario de juicio oral. La analogía entre ambos procedimientos, realizada en la sentencia de mayoría, termina por sobreponer los elementos procedimentales que rigen al juicio oral ordinario sobre el especial abreviado. Lo trascendental de esta decisión es que anula el objetivo del procedimiento especial y genera un obstáculo para que sea utilizado como herramienta para la terminación anticipada de la controversia jurídico penal (amparo directo en revisión 4491/2013). El ministro Cossío estima que la aceptación de culpabilidad por parte del 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 (amparo directo en revisión 4491/2013).

Desde la perspectiva del elaborador del voto disidente, 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 (Amparo directo en revisión 4491/2013).

Contrario a la postura anterior, Zamora Pierce (2015) es de la opinión que 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 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 inculcado cuando acepte su responsabilidad”.

Del mismo modo, el mencionado autor se erige como detractor de la existencia de un convenio existente entre el acusador y el acusado. Sobre este punto, manifiesta que el supuesto convenio no aparece mencionado en la Constitución, ni en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Señala que el concepto mismo de negociación entre el Ministerio Público y el inculcado es un absurdo. La negociación sólo puede darse entre iguales. El Leviatán no negocia con sus súbditos, les impone su voluntad (Zamora Pierce, 2015). Insiste en que antes de copiar la institución del *plea bargaining* bueno sería estudiar los resultados que ha tenido en su país de origen. Indica que 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 trabajo de manera rápida, efectiva y sin riesgo de que su resolución sea revocada en apelación (Zamora Pierce, 2015).

Este autor considera que 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 (Zamora Pierce, 2015).

Para el autor en cita, 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 — dice— 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 (Zamora Pierce, 2015). Considero que esta opinión es desatinada porque el discurso del juez que sentencia no resulta aplicable, habida cuenta que en caso de transitar al juicio, será un tribunal distinto quien conozca y resuelva; además, sin sustento estadístico, parte de una postura desleal y utilitarista de las partes, particularmente

del defensor, sobre todo si es público. Asimismo, indica que el *plea bargaining* ha tenido fuertes críticas. Los conservadores afirman que favorece a los criminales. Los liberales critican que condenan inconscientemente, por rutina (Zamora Pierce, 2015). Considera que 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 (Zamora Pierce, 2015). De ahí que, en palabras de Castaño Vallejo (2013), podría clasificarse a la justicia penal negociada como una especie del Derecho Penal premial, dirigida a la compensación punitiva en los procedimientos abreviados por negociación o por allanamiento de los cargos.

3. Conclusión

Como lo informa el título de este capítulo, al juez le corresponde tutelar el acuerdo que celebren el Ministerio Público y el acusado. No se pasan por alto las consideraciones de los diversos autores que se erigen como detractores del procedimiento abreviado, los argumentos que vierten son salvables por completo, a través de la tutela jurisdiccional atinada y rigurosa en la examinación de los elementos necesarios para autorizar el acuerdo de voluntades.

En el procedimiento abreviado, la máxima expresión de la jurisdicción estriba en la verificación concienzuda de la viabilidad del consentimiento y objeto base del acuerdo. Que las voluntades integrantes del primero, sean capaces y libres de vicios; que en el segundo, sea viable en los hechos, en los elementos de convicción que lo soporten y en el correcto derecho invocado en la acusación (tanto en la calificación de los hechos, como en la petición de las consecuencias jurídicas respectivas —incluida la reducción de éstas, en su caso—). Lo anterior podrá enterar al juez que el asunto en concreto amerita ser autorizado para evitar el juicio y arribar al procedimiento abreviado, sin violaciones al debido proceso.

El derecho de libertad del acusado tiene un papel protagónico ante el ejercicio de un *ius optandi* informado y estratégico. La base de la decisión de aceptar una oferta ministerial de esta índole debe ser el análisis de los niveles de riesgo que el acusado está dispuesto a asumir, al tenor de las expectativas probatorias de su contraparte procesal, de tal manera que le permitan saber en honestidad, las posibilidades de su éxito en juicio. Eliminar la posibilidad de ello, y ocluir el procedimiento penal, para culminarlo solamente sobre la lógica de la mejor evidencia y del mejor argumento, resulta por mucho limitativo de una adecuada resolución del conflicto que el procedimiento

abreviado ofrece a través de actividad de las partes, técnica y éticamente correctas. He ahí donde debe centrarse la principal labor del juez.

V. Referencias bibliográficas

1. Libros

- ACEVEDO VARGAS, Carlos Mario, 2011, *Reglas de evidencia, de Norteamérica a Colombia*, tesis de especialidad, Colombia, Universidad de Medellín.
- ALCALDE LUJÁN, Bertha María, y LEBOVITS, Gerald, 2015, *La transformación del papel del abogado defensor en el nuevo sistema de justicia penal mexicano*, en ABA ROLI MÉXICO (coord.), *Dilemas Contemporáneos sobre el Ejercicio de la Abogacía en México*, México, ABA ROLI.
- ARIAS DOMÍNGUEZ, Joaquín, 1999, *La abstención y recusación de jueces y magistrados*, España, Edersa.
- BAUMANN, Jürgen, 1986, *Derecho Procesal Penal, Conceptos fundamentales y principios procesales. Introducción sobre la base de casos*, trad. de la 3ª edición alemana, ampliada de 1979, Contrado A Finzsd, Argentina, Ediciones Depalma.
- BAUTISTA DE CASTILLO, Norma, et al., 2001, *Proceso Penal Acusatorio en la República Dominicana*, República Dominicana, Escuela Nacional de la Judicatura-USAID.
- BAYTELMAN, Andrés, y DUCE, Mauricio, 2004a, *Litigación penal, juicio oral y prueba*, Chile, Universidad Diego Portales.
- , 2004b, *Litigación penal y juicio oral*, Chile, Fondo de Justicia y Sociedad-Fundación Esquel-USAID.
- BLANCO SUÁREZ, Rafael, et al., 2005, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal*, Chile, Lexis Nexis.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo Mateo, 1997, *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, España, Tecnos.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 1997, *Lecciones de derecho penal*, España, Trotta, v. I.
- CAFERATTA NORES, José I., et al., 2012, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Argentina, Advocatus Ediciones.
- CAROLLA PÉREZ, Alex, 2005, *Manual El Nuevo Sistema Procesal Penal*, 3ª ed., Chile, Lexis Nexis.
- CASTAÑEDA PAZ, Marcelo, 2000, *Probation, el desafío de cambiar la mentalidad, antes y después del caso "Kosuta"*, Argentina, Abeledo Perrot.

CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS (CEJA), 2008, *Informes Específicos Informe de Evaluación del Proceso de Fortalecimiento del Sistema Acusatorio en la Provincia de Buenos Aires, Plan de Flagrancia*, en *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, V etapa*, Santiago.

CUÉLLAR CRUZ, Rigoberto, *et al.*, 2004, *Derecho Procesal Penal de Honduras (Manual Teórico-Práctico)*, Honduras, Proyecto de fortalecimiento del Poder Judicial de Honduras-Agencia Española de Cooperación Internacional-Consejo General del Poder Judicial del Reino de España-Corte Suprema de Justicia de Honduras.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *et al.*, 2004, *Introducción al derecho procesal*, 3ª ed., España, Editorial Universitaria Ramón Areces.

DUCE, Mauricio, 2013, *La prueba pericial*, Argentina, Ediciones Didot.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, 1992, *Teoría General del Derecho Procesal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

FERRAJOLI, Luigi, 1995, *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, España, Trotta.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2000, *Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

HORVITZ LENNON, María Inés, y LÓPEZ MASLE, Julián, 2004, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II.

GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (1985). *El Proceso Penal Alemán*. Editorial Bosch, Barcelona.

LEVENE, Ricardo, 1993, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Argentina Depalma, t. II.

LORENZO, Leticia, 2014, *Manual de litigación*, Argentina, Ediciones Didot.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, 2006, “La valoración de la prueba a la luz del nuevo Código procesal penal peruano de 2004”, En *El Derecho procesal contemporáneo, Libro homenaje a Raúl Peña Cabrera*, Jurista Editores, t. II.

MORAS MOM, Jorge R, 2004, *Manual de Derecho Procesal Penal, Juicio Oral y Público Penal Nacional*, 6a. ed., Argentina, Editorial Lexis Nexis-Abeledo-Perrot.

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos y RAMÍREZ SAAVEDRA, Beatriz E., 2011, *Litigación oral y práctica forense penal*, México, Oxford University Press.

PARRA QUIJANO, Jairo, 1998, *El sistema filosófico probatorio del actual Código de Procedimiento Penal Colombiano*, en *Memorias XIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Colombia, Ediciones del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, v. I.

QUIÑONES VARGAS, Héctor, 2003, *Las Técnicas de Litigación Oral en el Proceso Penal Salvadoreño*, Un análisis crítico del sistema oral en el proceso penal salvadoreño desde una perspectiva acusatoria adversativa, El Salvador, Consejo Nacional de la Judicatura.

ROMERO GUERRA, Ana Pamela, 2014, *Estudios sobre la prueba pericial en el juicio oral mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

SILVA GARCÍA, Fernando, 2011, *Jurisprudencia Interamericana sobre Derechos Humanos. Criterios Esenciales*, México, Poder Judicial de la Federación-Consejo de la Judicatura Federal.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (SCJN), 2008, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal*, México, Blanco, Dirección General de Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

TARUFFO, Michele, 2013, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, de la serie *20 Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral*, 1ª ed., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México.

USAID-DEFENSORÍA DEL PUEBLO, 2005, *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano, Módulo Instruccional para Defensores*, Colombia, Serie Manuales de Formación para Operadores Judiciales.

USAID-PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA, 2003, *Técnicas del Juicio Oral en el Sistema Penal Colombiano, Lecturas complementarias*, Colombia, Quebecor World, Programa para una cultura de la oralidad desde la Universidad Colombiana, Primera Edición, Bogotá.

VELAYOS MARTÍNEZ, María Isabel, 1998, *El testigo de referencia en el procedimiento penal*, España, Tirant Lo Blanch.

2. Fuentes electrónicas

CASTAÑO VALLEJO, Raúl, 2013, *El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012 de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional*, Colombia, disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/2257/2187> (Fecha de consulta mayo de 2016).

DE CASTRO GONZÁLEZ, Alejandro, 2008, *El alcance del contrainterrogatorio*, Colombia, Criterio Jurídico, disponible en <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/download/311/1134> (Fecha de consulta abril de 2016).

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y NEGRETE MORAYTA, Alejandra, 2004, *El debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, disponible en: http://aulavirtual.ijf.cjf.gob.mx/pluginfile.php/13795/mod_resource/content/1/procesoSGR.pdf (Fecha de consulta abril de 2016).

GUTIÉRREZ MUÑOZ, Jorge Arturo, 2013, “Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia inicial”, México, *Revista Nova Iustitia*, Año I, No. 2, p. 137, disponible en: http://www.poderjudicialdf.gob.mx/work/models/PJDF/Resource/1918/18/images/Revista_Nova_Iustitia_Final_Feb_2013_PDF.pdf (Fecha de consulta mayo de 2016).

HERNÁNDEZ SUÁREZ, David, 2013, “Proceso abreviado y flagrancia en Costa Rica”, *Revista ciencias penales*, Costa Rica, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33561.pdf> (Fecha de consulta mayo de 2016).

JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, España, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, disponible en: <http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/Leyes/Leyes-2/prueba-de-referencia-y-prueba-en-general-en-españa.pdf> (Fecha de consulta abril de 2016).

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, 2014, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie Juicios Orales, No. 3, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3227/3.pdf> (Fecha de consulta abril de 2016).

RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor Manuel, *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf> (Fecha de consulta abril de 2016).

UGAZ FERRARA, Ángel F., *Estudio Introductorio sobre la Prueba en el Nuevo Código Procesal Penal*, Perú, Instituto de Ciencia Procesal Penal, disponible: <http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/pruebancppfuz.pdf> (Fecha de consulta abril de 2016).

ZAMORA PIARCE, Jesús, 2015, “El procedimiento abreviado. Comentarios a la sentencia dictada por la Primera Sala de la SCJN”, en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MARISCAL, Olga (coords.), *El Código Nacional de Procedimientos Penales. Estudios*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/9/4032/35.pdf>

3. Legislación

A. Internacionales

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de la Libertades Fundamentales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

B. Nacionales

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

C. Derecho comparado

Constitución de los Estados Unidos de América.

Código Procesal Penal (Chile), Ley 19696 de 2000.

Código de Procedimiento Penal (Colombia), Ley 906 de 2004.

Código Procesal Penal (Costa Rica), Ley No. 7594.

4. Tesis y jurisprudencia

JURISPRUDENCIA VI.2o.J/69, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo IV, octubre de 1996, p. 478.

———, VI.2o. J/98, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo V, abril de 1997, p. 202.

———, VI.2o. J/108, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo VI, agosto de 1997, p. 634.

———, I.8o.C. J/24, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXI, junio de 2010, p. 808.

TESIS XX.9 P., *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo I, junio de 1995, p. 402.

———, XV.2o.10 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIV, diciembre de 2001, p. 1824.

———, XXI.2o.13 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XIII, marzo de 2001, p. 1825.

———, 1a. CCXLIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 1, libro VI, marzo de 2012, p. 292.

———, 2o.P.248 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXII, agosto de 2010, p. 2261.

———, XXVII.1o.(VIII Región) 9 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo 3, libro XII, septiembre de 2012, p. 1956.

5. Sentencias y resoluciones

Amparo directo en revisión número 4491/2013, fecha de sesión 09 de abril de 2014, La resolución fue aprobada por los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo, con el voto en contra del Ministro José Ramón Cossío Díaz, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160125&SinBotonRegresar=1> (Fecha de consulta mayo de 2016).

Amparo directo en revisión número 4491/2013, voto particular del Ministro José Ramón Cossío Díaz, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160125&SinBotonRegresar=1> (Fecha de consulta mayo de 2016).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CoIDH), *Opinión Consultiva 6/86, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, emitida el 9 de mayo de 1986, serie A, No. 6, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf (Fecha de consulta abril de 2016).

———, 1996, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 31 de enero, Serie C, No. 25, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_25_esp.pdf (Fecha de consulta abril de 2016).

———, 2009, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre, Serie C, No. 206, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf (Fecha de consulta abril de 2016).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH), 1989, *Caso Hauschildt v. Dinamarca*. Sentencia de 24 de mayo, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Hauschildt"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-57500"\]](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Fecha de consulta abril de 2016).

———, 1998, *Caso Incal v. Turquía*. Sentencia de 9 de junio, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Incal"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-58197](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Fecha de consulta abril de 2016).

———, 1990, *Caso Delta v. Francia*. Sentencia de 19 de diciembre, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["delta"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-57647](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Fecha de consulta mayo de 2016).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1991, *Caso Isgró v. Italia*. Sentencia de 19 de febrero de 1991, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Isgro"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-57653](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (Fecha de consulta mayo de 2016).

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, 1991b, *Caso Asch v. Austria*. Sentencia de 26 de abril, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Asch"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-57676"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

———, 1998, *Caso Castillo Algar v. España*, Sentencia de 28 de octubre, disponible en: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["castillo"\],"documentcollectionid":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58256"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{), consultado en abril de 2016.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia STC 217/1989, emitida el 11 de enero de 1990, BOE No. 10, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1423#complete_resolucion&completa, consultado en mayo de 2016.

———, Sentencia STC 35/1995, emitida el 6 de febrero de 1995, BOE No. 59, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2889#complete_resolucion&completa, consultado en mayo de 2016.

———, Sentencia STC 131/1997, emitida el 15 de julio de 1997, BOE No. 187, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3396#complete_resolucion&completa (Fecha de consulta mayo de 2016).

———, Sentencia STC 303/1993, emitida el 25 de octubre de 1993, BOE No. 286, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2432#complete_resolucion&completa (Fecha de consulta mayo de 2016).

———, Sentencia STC 35/1995, emitida el 6 de febrero de 1995, BOE 59, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/2889#complete_resolucion&completa (Fecha de consulta mayo de 2016).

———, Sentencia del STC 7/1999, emitida el 8 de febrero de 1999, disponible en: http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3749#complete_resolucion&completa (Fecha de consulta mayo de 2016).

6. Planes y programas

PROGRAMA DE FORTALECIMIENTO Y ACCESO A LA JUSTICIA (USAID) 2003, *Técnicas del juicio oral en el Sistema Penal Colombiano, Lecturas complementarias*, en *Programa para una cultura de la oralidad desde la Universidad Colombiana*, Colombia, Quebecor World-USAID.

CAPÍTULO V

ACUERDOS REPARATORIOS, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCESO, PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y APELACIÓN

María Isabel Reyes Servín

I. Mecanismos alternativos de solución de controversias y adopción de acuerdos reparatorios

1. Introducción

El 18 de junio de 2008 tuvo verificativo la reforma constitucional que sirvió de sustento o cimiento para que el sistema de justicia penal hasta entonces existente, transitara a uno de corte acusatorio adversarial. Además, dicha reforma introdujo figuras jurídicas de gran relevancia, entre las que destaca el bloque de alternatividad (Olvera, 2011) al que alude Olvera López; esto es, salidas válidas o nuevos caminos de solución, a través de los cuales es posible encausar todos aquellos asuntos que podrían encontrar mejor desembocadura que en juicio.

Las razones torales o medulares que dieron paso a este bloque de alternatividad se hicieron consistir, fundamentalmente, en la ineficacia del sistema de administración de justicia vigente en aquel momento, donde a la víctima u ofendido se le colocaba en un papel secundario, no obstante ser quien había resentido un daño en su esfera de derechos. Dentro de este bloque de alternatividad encontramos a los acuerdos reparatorios, que como solución alterna al procedimiento, son adoptados a través de los me-

canismos alternativos de solución de controversias, a que alude el artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es por ello, que en el presente artículo analizaremos qué es la justicia restaurativa, la naturaleza, los tipos y el alcance de los mecanismos alternativos de solución de controversias, los acuerdos reparatorios como solución alterna al procedimiento y, finalmente, el papel que desempeña el juez de control en estos acuerdos reparatorios.

2. Justicia restaurativa

La justicia restaurativa, cuyo desarrollo se remonta a 1970, es considerada una nueva manera de concebir la justicia penal, pues lejos de concentrarse en la retribución y el castigo al delincuente representa una respuesta evolucionada al crimen, que respeta la dignidad y la equidad de cada persona, construyendo comprensión y promoviendo la armonía social, a través de un proceso de sanación de las víctimas (Domingo, 2008).

Este nuevo modelo de justicia tiene como propósito principal reconstruir los lazos rotos a propósito de la comisión de la conducta delictiva por parte del ofensor, en donde participarán la víctima u ofendido, el imputado y la comunidad, pues estamos en presencia de un modelo integral, identificado por la Organización de las Naciones Unidas como “cualquier proceso en que la víctima, el ofensor, y cuando sea adecuado, cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un delito, participan en conjunto y activamente en la resolución de los asuntos derivados del delito, generalmente con la ayuda de un facilitador” (ONU, 2016).

Es por ello que el prototipo restaurativo no debe ser entendido como una simple metodología alterna para solucionar conflictos que involucran a la víctima y al ofensor, sino como un proceso que se dirige a incluir a todas las personas que tengan interés en un agravio en particular, ya que de esta manera es posible identificar y atender de forma colectiva los daños, necesidades y obligaciones derivados de la ofensa y tiene como propósito sanar y enmendar dichos daños de la mejor manera posible.

Así, por lo que hace a la víctima del delito, la justicia restaurativa logra una participación directa de ésta en la solución del conflicto y en las consecuencias del ilícito; en lo atinente al ofensor, permite que reconozca su responsabilidad en el delito, entienda los efectos sufridos por la víctima y/o la comunidad, restituya o repare el daño causado, aunado a que lo exime de ingresar a un establecimiento penitenciario, con lo que se evitan las consecuencias nocivas y discriminatorias que acarrea la prisión; por lo que ve a la comunidad, permite que ésta participe en la construcción de soluciones que satisfagan tanto las necesidades de la víctima como del ofensor, lo cual contribuye a cimentar una cultura de paz, concordia, orden y seguridad; y finalmente, el impacto que tiene para el Estado se materializa en la utilización eficiente del sistema de justicia penal, ya que este concentrará sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves y, por consiguiente, disminuirá y se evitará el rezago judicial.

Dentro del sistema jurídico mexicano, el artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Federal constituye el fundamento de la justicia restaurativa, pues dicho numeral establece que las leyes regularán mecanismos alternativos de solución de controversias, en adelante MASC, que en materia penal lo harán respecto de su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

En ese sentido, la inclusión en el artículo 17 constitucional de los MASC, como figuras propias del prototipo restaurativo obedeció a diversos fines, entre los que encontramos la agilización del desempeño de los tribunales, con lo cual se favorecerá a la comunidad debido a la rapidez en la solución de conflictos, la disminución de costos para los involucrados y el sistema de justicia, el descongestionamiento de los tribunales y la satisfacción o garantía del interés de la víctima o del ofendido.

Lo anterior se desprende incluso del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, de 11 de diciembre de 2007, en el que se asentó:

“... en el texto que se propone del artículo 17 se establecen los mecanismos alternativos de solución de controversias que son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita. Estos mecanismos alternos a los procesos jurisdiccionales para la solución de controversias, entre otros la mediación, conciliación y arbitraje, permitirán en primer lugar cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo; también servirán para que las víctimas obtengan de forma más rápida la reparación del daño”. (Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia y Derechos Humanos de la LIX Legislaturas, 2016).

No obstante, la aplicación y la implementación de los MASC requiere un cambio que va más allá de modificaciones jurídicas, organizacionales o administrativas; nos estamos refiriendo aquí a un cambio de cultura, tanto de los operadores jurídicos como de las partes integrantes del conflicto; pues se abrirá paso a un modelo que otorgue prioridad a la búsqueda de la solución de la contienda en lugar de la aplicación de una pena, ello con el fin de lograr una reconstrucción del tejido social y hacer eficiente la impartición de justicia (Márquez, 2007).

3. Mecanismos alternativos de solución de controversias y su regulación en la LNMASC

Una vez delimitado que el artículo 17 constitucional constituye la base o cimiento de la justicia restaurativa, materializada a través de mecanismos alternativos que permitirán o constituirán el cauce de salidas válidas a la par del proceso, realizaremos al análisis particular de tales mecanismos.

a) Concepto

Los MASC, como su nombre lo indica, son propuestas alternas a un procedimiento jurisdiccional para resolver una controversia. El acogerse a esta vía, en modo alguno implica una renuncia al acceso a la justicia; por el contrario, es un mecanismo diverso para acceder a ella.

La doctrina clasifica a los MASC en dos grandes tipos:

1. Autocompositivos, en los que los involucrados son quienes dan solución al conflicto y,
2. Heterocompositivos, caracterizados porque la solución de los conflictos es dada por un tercero ajeno e imparcial (Díaz, 2013).

Entre los procedimientos autocompositivos encontramos la negociación, la conciliación y la mediación; en tanto que en los heterocompositivos destaca el arbitraje; sin embargo, es en los primeramente nombrados donde existen mayores posibilidades de que la solución satisfaga a los implicados en el asunto, debido a que existe un acercamiento entre las partes y son quienes deciden la solución (Díaz, 2013).

b) Principios y recomendaciones de la Organización de Naciones Unidas en su uso y aplicación

Doctrinalmente se ha identificado que los principios rectores de los MASC son los siguientes:

1. Voluntariedad, la cual implica que la participación e intervención de las partes sea por decisión propia, gozando además del derecho de abandonar el proceso en el momento que así lo determinen.
2. Confidencialidad, se refiere a que toda información del proceso restaurativo será estrictamente secreto y reservado, pues deberá asegurarse la privacidad de las discusiones que tengan lugar dentro de aquél, con lo que será posible que las partes puedan hablar libremente acerca de los hechos y plantear sus necesidades en un ambiente de confianza y respeto mutuo.

3. Imparcialidad, consiste en la obligación de objetividad por parte del facilitador para contribuir a una solución satisfactoria para los involucrados.
4. Neutralidad, íntimamente relacionada con la imparcialidad, ya que el facilitador debe proceder con probidad y respeto a las reglas éticas aplicables.
5. Equidad, ya que el facilitador debe asegurar que el acuerdo al que se arribe no provoque un desequilibrio o desproporción en perjuicio de una de las partes involucradas (Díaz, 2016).

De los principios precitados, el artículo 4º de la LNMSC adopta los de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y equidad; y añade los siguientes:

1. Flexibilidad y simplicidad, entendida como la carencia de toda forma estricta y de formalismos innecesarios, donde sobresalga el uso de lenguaje sencillo que propicie un entorno idóneo para la manifestación de las propuestas de los intervinientes y la resolución por consenso de la controversia y,
2. Honestidad, en la que los intervinientes y el facilitador deberán conducir su participación con apego a la verdad (CNPP, Art. 4).

El uso o aplicación de los MASC que a la postre concluirán en procesos restaurativos, ha sido objeto de análisis y recomendaciones por parte de la Organización de las Naciones Unidas (Principios Básicos de las Naciones Unidas Sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal), recomendaciones que de algún modo encuentran correlación en el Código Nacional de Procedimientos Penales y la LNMSC, ya que estos mecanismos alternativos:

1. Pueden utilizarse en cualquier etapa del sistema de justicia penal (LNMSC, art. 6), salvo las excepciones dispuestas en la legislación nacional.
2. Los acuerdos generados deben ser voluntarios y contener únicamente obligaciones razonables y proporcionales (LNMSC, art. 4). En este sentido, las diferencias que provoquen desbalances de poder así como diferencias culturales entre las partes, deben tenerse en consideración en la conducción del proceso y,
3. La intervención del ofensor no deberá usarse como evidencia de admisión de culpa en el procedimiento penal (LNMSC, art. 31).

c) Regulación en la LNMSC:

Con independencia de que en las propuestas alternas al procedimiento jurisdiccional, la voluntad e intervención de las partes sean fundamentales para hacer uso de ellas, el Estado juega un rol en los siguientes términos:

1. Ofrecer el marco legal dentro del cual se desarrollen los procesos restaurativos;
2. Decidir qué casos pueden ser encausados por éstos;
3. Supervisar la legalidad de los procesos y
4. Velar por el cumplimiento de los acuerdos.

Es por ello que, el 29 de diciembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto por el que se expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, aplicable para los hechos delictivos competencia de los órdenes federal y local, en el que se plantean MASC en materia penal que conduzcan a las soluciones alternas previstas en el Código Nacional de Procedimientos Penales. Dichos mecanismos son los siguientes:

1. La mediación, donde los intervinientes en el libre ejercicio de su autonomía buscan, construyen y proponen opciones de salida a la controversia, con el fin de alcanzar la solución de ésta y donde el facilitador propiciará la comunicación y el entendimiento de los intervinientes.
2. La conciliación, que comparte las características de la mediación, con la diferencia de que en este mecanismo el facilitador, además de propiciar la comunicación entre los intervinientes, podrá, sobre la base de criterios objetivos, presentar alternativas de solución diversas.
3. La junta restaurativa, en la cual la víctima u ofendido, el imputado y, en su caso, la comunidad afectada, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia, con el objeto de lograr un acuerdo que atienda las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas, así como la reintegración de la víctima u ofendido y del imputado a la comunidad, así como la recomposición del tejido social.

En lo relativo a la tramitación de los MASC, (LNMSC, arts. 10, 11, 12 y 40), es necesario que el inculpado lo solicite, sea de forma verbal o escrita; sin embargo, una vez recibida la denuncia o querrela, el Ministerio Público orientará al denunciante o querellante sobre la existencia y alcance de los MASC, e incluso el propio Fiscal podrá derivar el asunto al órgano adscrito a las procuradurías o fiscalías, cuando la víctima u ofendido esté de acuerdo con solicitar el inicio del método alterno. Incluso si el imputado ya fue vinculado al proceso, el juez de control derivará el asunto al órgano respectivo si el imputado y la víctima u ofendido están de acuerdo en solicitar el inicio del MASC y se satisfacen además los requisitos de oportunidad y procedencia.

Por lo que hace a los órganos o instituciones especializadas en MASC, el artículo 40 de la ley relativa, en lo que interesa, establece:

“Artículo 40. La Procuraduría General de la República y las procuradurías o fiscalías estatales deberán contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de resolución de controversias. El Poder Judicial Federal y los poderes judiciales estatales podrán contar con dichos órganos.
[...]”

Del artículo transcrito se desprende que la Procuraduría General de la República es la única institución obligada a contar con órganos especializados en mecanismos alternativos de solución de controversias; obligación que ha sido asumida por dicha institución, quien incluso, el 15 de enero de 2016 publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Acuerdo A/001/16 por el que se crea el Órgano Administrativo Desconcentrado Especializado en Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, como la instancia responsable de la aplicación de los principios, bases, requisitos y condiciones de los MASC en materia penal, el cual contará con facilitadores certificados, personal profesional de las disciplinas necesarias para el cumplimiento del objeto del acuerdo, profesionales en derecho, así como personal administrativo necesario para realizar labores de apoyo (Acuerdo A/001/16, 2016).

En contrapartida y debido a que el propio artículo 40 de la LNMSC establece como facultad, y no como obligación del poder judicial federal y local, la creación de órganos especializados en MASC, en el ámbito federal, la Unidad para la Implementación de la Reforma Penal sometió al Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, el punto de acuerdo relativo a la evaluación sobre la conveniencia de que el Poder Judicial de la Federación contara con un órgano especializado en MASC, en el marco de la implementación del nuevo sistema de justicia penal.

Dicho acuerdo fue adoptado por unanimidad de seis votos en sesión ordinaria de 27 de mayo de 2015 y se concluyó que, debido a la naturaleza de los delitos federales, hasta ese momento no resultaba necesario que el Poder Judicial de la Federación contara con un órgano especializado en MASC, ya que a la fecha de la discusión (casi seis meses después de la implementación de la reforma penal), aún no se registraba en sede judicial, una sola petición en el sentido de tramitar alguno de los mecanismos alternativos que prevé la LNMSC, lo que hacía evidente su poca incidencia, se insiste, a nivel federal; pero ello no impedía que a futuro, por el número de solicitudes formuladas, el número y tipo de delitos, así como las deficiencias que pudieran presentar los órganos adscritos a la Procuraduría General de la República, se reconsiderara la necesidad de crear dicho órgano especializado.

4. Los acuerdos reparatorios como solución alterna al procedimiento

Entendemos por soluciones alternas todas aquellas instituciones o procedimientos que ponen fin al conflicto sin necesidad de llegar a juicio, por voluntad de uno o más de los sujetos involucrados, y supeditadas o no a la supervisión de un tercero (Azzolini, 2014). Son una forma diferente de responder al proceso penal, que pretende ser de mayor calidad que una pena convencional privativa de la libertad por su carácter resocializador.

La instauración del uso de soluciones alternas pretende evitar el ejercicio de la jurisdicción con la intención de llevar a término la controversia y comprende mecanismos con objetivos diferentes: de selección de casos, de simplificación procesal y de solución de conflictos sociales sobre la base de una alternativa a la persecución penal tradicional y a la aplicación de una pena como consecuencia de ella (Zárate, 2001).

El artículo 184 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala como formas de solución alterna del procedimiento, los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del proceso. En el presente trabajo únicamente nos dedicaremos al estudio de los primeros nombrados, ya que los MASC a que hemos hecho alusión a lo largo del presente estudio son las herramientas o instrumentos previstos por el legislador para concretizarlos.

En opinión de Carocca Pérez, se entiende por acuerdos reparatorios:

“Una salida alternativa que procede cuando se investigan hechos presuntamente delictivos que afecten bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, de lesiones menos graves o cuasidelitos, y se conviene directamente entre la víctima y el imputado el pago de una indemnización económica o de otro tipo que, al ser aprobada por el juez de garantía, extingue la responsabilidad penal” (Carocca, 2000).

Para Mario Duce, los acuerdos reparatorios son descritos como:

“Una salida alternativa al proceso penal en virtud de la cual se puede extinguir la acción penal tratándose de cierta categoría de delitos, cuando existe entre la víctima y el imputado un acuerdo de reparación prestado en forma libre y voluntaria y este acuerdo es, además, aprobado por el juez de garantía a cargo del respectivo caso” (Duce, 2000).

Y finalmente, el Código Nacional de Procedimientos Penales, los define como aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados

por el Ministerio Público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la conclusión del proceso (CNPP, art. 186).

a) Requisitos de procedencia

El artículo 187 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé que los acuerdos reparatorios únicamente procederán en los siguientes casos: a) tratándose de delitos que se persiguen por querrela, requisito equivalente de parte ofendida o que admitan perdón de la víctima o el ofendido; b) delitos culposos; y, c) delitos patrimoniales cometidos sin violencia sobre las personas.

En ese propio numeral, el legislador previó como restricción o limitación para la procedencia de esta solución alterna: (1) que el imputado hubiera celebrado otros acuerdos con anterioridad, por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos; (2) cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las Entidades federativas; y (3) en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.

Para verificar la eventual actualización de estas limitaciones, tanto el Ministerio Público como el juez de control tienen la obligación de consultar el registro relativo al cumplimiento de las salidas alternas o de terminación anticipada del proceso.

b) Oportunidad para su celebración

El momento procesal para solicitar los acuerdos reparatorios es muy amplio, ya que podrá verificarse desde la presentación de la denuncia o querrela, y hasta antes de que sea emitido el auto de apertura a juicio oral; en caso de que se haya dictado auto de vinculación a proceso, el juez de control, a petición de las partes, tiene la potestad de suspender el proceso penal hasta por treinta días para que aquellas puedan concretar el acuerdo reparatorio.

Además, la invitación a que las partes suscriban acuerdos reparatorios en los casos que procedan podrá verificarse desde la primera intervención del Ministerio Público o del juez de control, quienes deberán explicar a aquéllas los efectos del acuerdo.

c) Tipos de acuerdos reparatorios y aprobación de los mismos

En atención al plazo para su cumplimiento, los acuerdos reparatorios pueden ser de cumplimiento inmediato o diferido, pero si en este último caso no se señala un plazo específico, debe entenderse que es de un año.

Los acuerdos reparatorios deben ser aprobados por el Ministerio Público en la etapa de investigación inicial, y por el juez de control en la de investigación com-

plementaria; en ambos casos se verificará que las obligaciones que contraen las partes 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.

Sin embargo, en el primer supuesto, las partes podrán solicitar control judicial dentro del plazo de cinco días siguientes a aquel en que se haya aprobado el acuerdo respectivo, por estimar que el mecanismo alternativo no se desarrolló conforme a las disposiciones relativas, de tal suerte que, si el juez de control determina válidas las pretensiones de las partes, podrá declarar como *no celebrado* el acuerdo reparatorio o en su caso, aprobar la modificación acordada entre los intervinientes.

5. El rol del juez de control en los acuerdos reparatorios

El análisis de las disposiciones que regulan los acuerdos reparatorios en el Código Nacional de Procedimientos Penales pone de manifiesto que son dos rubros fundamentales donde se advierte la intervención del juez de control: en lo atinente a la invitación a la celebración, así como en lo relativo a la aprobación y/o modificación de dicha solución alterna.

La primera hipótesis encuentra sustento en el artículo 189 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en el sentido que desde su primera intervención, el juez de control podrá invitar a los interesados a que suscriban acuerdos reparatorios en los casos en que procedan y deberá explicar los efectos del acuerdo a las partes.

Ahora bien, uno de los planteamientos que más ha generado debate sobre este tópico, radica en establecer si la omisión del órgano jurisdiccional de invitar a las partes procesales a celebrar acuerdos reparatorios, implica una violación procesal que trascienda al resultado del fallo, pues incluso, así fue sostenido en la tesis aislada con número de registro 2004377, sustentada por el otrora Cuarto Tribunal Colegiado del Decimoctavo Circuito, de rubro siguiente: “ACUERDOS REPARATORIOS. LA OMISIÓN DEL JUEZ DE CONTROL DE CUMPLIR DESDE SU PRIMERA INTERVENCIÓN CON SU OBLIGACIÓN DE EXHORTAR A LAS PARTES A CELEBRARLOS Y EXPLICAR LOS EFECTOS Y MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN DISPONIBLES, VIOLA DERECHOS HUMANOS CON TRASCENDENCIA AL FALLO RECURRIDO, QUE ORIGINA LA REPOSICIÓN DEL PROCEDIMIENTO (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE MORELOS)”.

En el amparo en revisión del que derivo la tesis de jurisprudencia, se expuso como razón total la siguiente: “...si por medio de la invitación del juez, las partes dialogan y convienen en actos reparatorios, que como se dijo, conllevan la suspensión del procedimiento penal, y con ello eventualmente a la extinción de la acción punitiva; es innegable que soslayar la obligación de darles a conocer tal posibilidad, su trascendencia y efectos es violatoria de derechos en tanto que obliga al imputado y a

la víctima u ofendido del delito, a la continuación de un procedimiento penal que, si lo desean, puede culminar mediante la celebración de actos conciliatorios”.

Dicho precedente constituye un criterio orientador para los órganos jurisdiccionales de inferior jerarquía, pues aun cuando el Tribunal Colegiado de Circuito interpretó el artículo 207 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, su contenido es esencialmente similar al del artículo 189 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Respetuosamente estimamos que la omisión del juez de control de invitar a las partes procesales a suscribir un acuerdo reparatorio en los casos en que proceda y de explicarles los efectos que trae aparejados, no se erige en una violación al procedimiento que trascienda al resultado del fallo, pues si bien es cierto que esta solución alterna como prototipo de justicia restaurativa: busca una solución adecuada, eficaz y rápida al conflicto, procura que las partes lleguen a un acuerdo de manera voluntaria, y privilegia la reparación a la víctima, también lo es que la facultad indicada no se traduce en una obligación para el órgano jurisdiccional, ya que:

a) Se trata de un procedimiento alternativo para resolver conflictos y no de un mecanismo de defensa del imputado; por tanto, no existe obligación de agotarlo.

b) Una de las características fundamentales de los MASC que conducen a las salidas alternas, es la voluntariedad, la cual implica que la participación e intervención de las partes sea por decisión propia, quienes gozan además, del derecho de abandonar el proceso en el momento que así lo determinen.

c) Si las partes consideran que resulta benéfico a sus intereses celebrar un acuerdo reparatorio, aun cuando el juez de control no hubiere hecho la invitación relativa desde su primera intervención, aquellas seguirán contando con la posibilidad de acogerse a esta solución alterna, hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

d) El derecho de defensa en modo alguno se ve trastocado, ya que si las partes no coinciden o convergen en arribar a la solución alterna, el imputado tendrá la facultad de llegar a juicio oral, en la que habrá pronunciamiento a la postre sobre elementos del delito y responsabilidad penal.

Por otro lado, el segundo rubro donde se materializa la intervención del juez de control en esta solución alterna es en lo atinente a la aprobación o modificación del acuerdo reparatorio, pues en términos de lo dispuesto en el artículo 190, último párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, se deberá verificar que las obligaciones que contraen las partes no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes hayan estado en condiciones de igualdad para negociar y, finalmente, que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

En efecto, uno de los roles más importantes que está llamado a cumplir el juez de control en materia de acuerdos reparatorios consistirá en garantizar o salvaguardar los derechos de los intervinientes en esta solución alterna del conflicto, es decir, del imputado y la víctima u ofendido.

En ese sentido, la función cautelar que corresponde al juez de control envuelve la de velar o vigilar por una parte, que las obligaciones contraídas entre los intervinientes no resulten notoriamente desproporcionadas, esto es, que no haya un desequilibrio o desbalance entre lo solicitado y lo aceptado por la víctima u ofendido y el imputado; sin embargo, habrá de tenerse especial cuidado en el momento de verificar la proporcionalidad de las obligaciones contraídas, dado que aquellas fueron adoptadas en presencia de un tercero imparcial, como lo es un facilitador, a través de un MASC.

Asimismo, el órgano jurisdiccional deberá verificar que las partes se hayan encontrado en situaciones de igualdad en el momento de la negociación, esto es, que los intervinientes actúen en una relativa paridad de condiciones y que ninguno se hubiera encontrado en una posición de inferioridad, tal como desbalances de poder o diferencias culturales, a las que aluden los Principios Básicos de las Naciones Unidas Sobre el Uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal.

Finalmente, el juez de control deberá constatar que las partes no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción; es decir, que la voluntad otorgada sea libre, adoptada con conocimiento de los derechos que les asisten, sin presiones de ningún tipo y con comprensión plena de las consecuencias de su decisión.

6. Conclusiones

Los acuerdos reparatorios constituyen la figura por excelencia para el uso de los MASC a los que alude el artículo 17, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Dentro de este proceso de implementación de los mecanismos alternativos han surgido desafíos diversos, que van desde lograr un cambio de cultura tanto en operadores jurídicos como en la sociedad, que permita fomentar el uso de los mismos, hasta la creación de órganos especializados en la materia. El trabajo ahora consiste en atender y superar estas limitaciones, pues gran parte del éxito de los acuerdos reparatorios dependerá de la adecuada instrumentación de los MASC.

Además, de suma trascendencia resultará el papel del juez de control en el desarrollo de esta solución alterna, ya que su función cautelar, previo a la aprobación del acuerdo reparatorio, consistirá en vigilar que el procedimiento de negociación o consenso se haya llevado a cabo en igualdad de condiciones y resulte benéfico y proporcional para los intervinientes; reafirmandose así su carácter de garante de derechos.

II. *La suspensión condicional del proceso ante ausencia de víctima u ofendido determinado*

1. *Introducción*

La reforma penal de 18 de junio de 2008 introdujo un cambio de suma importancia en la forma de concebir y aplicar el sistema penal, pues se instituyeron los cimientos de un modelo de justicia restaurativa que pretende transformar la manera en la que los delitos y los sujetos activos de conductas antijurídicas son tratados por nuestro sistema de impartición de justicia.

Una de las innovaciones más importantes fue la incorporación de salidas alternas de solución de conflictos, las cuales permiten una notable o significativa eficiencia en el sistema de administración de justicia. De los medios contemplados en la reforma constitucional y en el Código Nacional de Procedimientos Penales, cobra relevancia la suspensión condicional del proceso; por lo que en el presente trabajo analizaremos este mecanismo de despresurización del sistema ante la ausencia de víctima u ofendido determinado.

Para ello estudiaremos brevemente la reforma constitucional aludida y la razón de ser de los mecanismos alternativos de solución de controversias que conducen a las salidas alternas; esto nos permitirá comprender en qué consiste la suspensión condicional del proceso, el supuesto de ausencia de víctima u ofendido determinado, y las razones por las que pensamos que es totalmente viable o procedente dicha salida alterna en el supuesto planteado.

2. *La reforma constitucional de 18 de Junio de 2008: bases de la justicia restaurativa*

La reforma de 18 de junio de 2008 se erigió en una modificación de gran calado a la Carta Magna, y tal vez en una de las más trascendentes en materia de seguridad y justicia, ya que se apuntalaron las bases constitucionales en las que descansa el sistema procesal penal acusatorio.

Si bien la necesidad de realizar una reforma en materia de seguridad pública y procuración de justicia era un tema de constante preocupación, ello se encumbró a partir del 29 de marzo de 2004, cuando el entonces presidente de México, Vicente Fox Quesada, presentó ante el Senado de la República una iniciativa de ley que contenía una reforma estructural al sistema de justicia penal mexicano; sin embargo, al ser cuestionada por diversos sectores, dicha iniciativa no prosperó.

Posteriormente y sobre la misma materia, el 9 de marzo de 2007 el presidente Felipe Calderón Hinojosa presentó al Senado de la República una iniciativa para reformar diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Además de esta propuesta, la Cámara de Diputados recibió otras 10 iniciativas que planteaban una reforma al sistema de justicia; sin embargo, debido a las coincidencias entre éstas, las comisiones dictaminadoras las analizaron en conjunto y redactaron un solo texto que integró las que se estimaron viables.

Una vez agotado el proceso legislativo correspondiente se cristalizó la aludida reforma de 2008, que impactó entre otros, en los artículos 17 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que constituyó el cimiento constitucional de la justicia restaurativa en nuestro país y, por tanto, la base para la diversificación de rutas en la solución de conflictos, tales como las salidas alternas o las formas de terminación anticipada del proceso, que tienen como principal objetivo lograr resultados justos sobre una base de reparación, previo a pensar en retribución.

De manera particularísima, el artículo 17 constitucional, párrafo cuarto, estableció que las leyes regularían mecanismos alternativos de solución de controversias y que en la materia penal, lo harían respecto de su aplicación, amén de que se aseguraría la reparación del daño y se establecerían los casos en que se requeriría de supervisión judicial.

Ahora bien, del análisis de las diversas iniciativas de ley (Iniciativa de reforma, diciembre 2006, marzo 2007) que dieron paso finalmente a la reforma constitucional que se estudia en el presente trabajo se desprende que las razones o consideraciones que originaron la modificación del artículo 17 constitucional y que a su vez incorporó la figura de mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), fueron entre otras, las siguientes:

- a) Se agilizaría el desempeño de los tribunales, además que la instancia penal sería la última a la que se recurriría, beneficiándose con esto la comunidad por la mayor rapidez de la solución en los conflictos sociales. Con esto se experimentarían diversas ventajas: disminución de costos, tanto para el sistema de justicia como para los involucrados; descongestionamiento de los tribunales; desahogo del sistema penitenciario; instauración en cualquier etapa del procedimiento; satisfacción o garantía del interés de la víctima o del ofendido; supervisión judicial y explicación de los alcances de todos los acuerdos para evitar que se convirtiesen en fuentes y abuso de los más desprotegidos.
- b) Los MASC resultaban en muchas ocasiones más apropiados para los fines de la justicia que la imposición de una pena de prisión, al restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos y reconstruir el orden social quebrantado por medio de la restitución y no de la represión.
- c) La existencia de los MASC conseguiría que el Estado centrara sus capacidades institucionales en la investigación y la persecución de los delitos

que dañaban la estructura social, el orden y la paz públicos, además que despresurizaría el sistema judicial y lograría una justicia pronta, completa e imparcial en breve término, lo que abonaría a la satisfacción de la sociedad y de las víctimas.

- d) Los MASC implicaban la adopción de la justicia restaurativa sobre la represiva, a efecto de que la capacidad del Estado en la investigación, persecución y sanción de los delitos se centrara en lo que realmente afectaba a la sociedad mexicana.

De lo expuesto advertimos diversos valores subyacentes a la modificación del artículo 17 constitucional, entre los que destacan el abrir paso a una cultura que priorice en la medida de lo posible, la búsqueda de una solución para el conflicto social generado por la comisión de un delito, sobre la aplicación de una pena para el autor de una conducta ilícita; dicho en otras palabras, una salida que a la vez que restituya al agraviado en el goce de sus derechos, reconstruya el tejido social y haga más eficiente y expedita la impartición de justicia.

Es por eso que el artículo 17 constitucional se encuentra estrecha e indisolublemente ligado con el numeral 20, apartado A, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el diverso artículo 2º del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde el legislador puso de manifiesto que el fin del proceso penal era integral, ya que, a diferencia del sistema tradicional, donde lo único importante era sancionar al delincuente y encontrar la verdad histórica, el sistema penal acusatorio busca esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune, que los daños causados por el delito se reparen y la resolución del conflicto.

Ahora bien, la presencia de la justicia restaurativa dentro del sistema jurídico mexicano no implica que la justicia retributiva se encuentre desterrada; por el contrario, ambas confluyen paralelamente, con la particularidad de que el régimen de reparaciones ha tomado un nuevo rumbo, pues se busca una justicia basada en la resolución del conflicto, en la voluntad informada y en la reparación de los derechos y contextos sociales que se vieron afectados con motivo de la comisión de un delito; y así se deja como *ultima ratio* a los regímenes penales que se justifican sobre la base de la prueba, el reproche y la retribución como figura de prevención del delito.

Bajo esa tónica, hablar de justicia restaurativa, a través de las diversas rutas previstas en ley, tales como las salidas alternas o las formas de terminación anticipada del proceso, es hablar de un modelo integral que toma en cuenta a la víctima y al infractor, pero también a la comunidad y al propio Estado, o como lo diría Howard Zehr, padre de la justicia restaurativa, es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan interés en una ofensa en particular, para identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar dichos daños de la mejor manera posible.

Así, desde el ángulo de la víctima del delito se logra una participación directa en la solución del conflicto y las consecuencias del ilícito, recibir respuestas a sus preguntas sobre el hecho y el delincuente, expresar el impacto del delito sufrido, obtener restitución o reparación, restaurar cuando sea posible o adecuado la relación con el delincuente y cerrar el círculo de lo vivido.

La justicia restaurativa también toma en cuenta que con su actuar los ofensores dañan a las víctimas, a la comunidad y a sí mismos; es por eso que los procedimientos de tal naturaleza permitirán por un lado: que el infractor reconozca su responsabilidad en el delito y entienda los efectos sufridos por la víctima y/o la comunidad; exprese sus emociones por la ofensa; restituya o repare el daño causado y restaure su relación con la víctima cuando sea adecuado o posible.

Por otro lado, permitirá que el infractor no ingrese a un establecimiento penitenciario a propósito de la conducta cometida, sino que permanezca con su familia y continúe sus actividades laborales, sociales y profesionales, amén de que se evitará su estigmatización, marcándole indeleblemente de manera negativa; esto es, evitará los efectos dañosos colaterales a un proceso penal y a la eventual imposición de una pena privativa de libertad.

En lo atinente a la participación de la comunidad, la justicia restaurativa permite que ésta participe en la construcción de soluciones que satisfagan tanto las necesidades de la víctima como del ofensor y cimentar una cultura de paz, concordia, orden y seguridad; con ello, es posible la creación de procesos de prevención, al participar en la detección de causas que llevaron a la comisión del delito.

Por tanto, como lo refiere Buenrostro Báez, una comunidad comprometida a desactivar los conflictos cuando recién surgen, y a la cual se le dota de los medios para hacerlo, se convierte en principio, en una aliada insustituible para reducir y abatir ciertas expresiones del fenómeno criminal; y si además, se le da espacio efectivo en determinadas instituciones jurídicas contempladas en el procedimiento penal, se convierte en actora de la democratización de la justicia penal (Buenrostro, 2016).

Finalmente, el impacto que tiene la instauración de mecanismos de justicia restaurativa para el Estado es fundamental, pues su aplicación permitirá el descongestionamiento de los tribunales, la utilización eficiente del sistema de justicia penal y concentrar sus esfuerzos y recursos limitados en los delitos más graves, contribuyendo así a reducir la población de las cárceles, aliviar el hacinamiento y por consiguiente, disminuir los costos de mantenimiento y evitar el rezago judicial.

Dados los alcances e implicaciones que trae aparejada la justicia restaurativa dentro del nuevo sistema procesal penal acusatorio, es fácil advertir que el éxito o fracaso de ésta, impactará finalmente en el éxito o fracaso del proceso penal acusatorio.

3. La suspensión condicional como salida alterna del procedimiento

Como se expuso en el apartado que precede, una de las notas distintivas del nuevo sistema de justicia penal es la oferta de soluciones frente a un conflicto de tal naturaleza; una especie de esta clase está constituida por las salidas alternas.

A decir de Azzolini Bincaz y Nettel Díaz, dentro del concepto salidas alternas al juicio en sentido amplio se engloban todas aquellas instituciones o procedimientos que ponen fin al conflicto sin necesidad de llegar a juicio, por voluntad de uno o más de los sujetos involucrados, y supeditadas o no a la supervisión de un tercero (Azzolini, 2014).

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala que son formas de solución alterna del procedimiento, tanto el acuerdo reparatorio como la suspensión condicional del proceso, en adelante SCP. El artículo 191 del propio Código Nacional establece que por suspensión condicional del proceso se entiende:

“... 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 condiciones referidas en la propia legislación adjetiva, 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” (CNPP, art. 191).

En el artículo 192 podemos ver que los sujetos legitimados para solicitar esta salida alterna son el imputado o el Ministerio Público con anuencia de aquél, siempre que se haya dictado auto de vinculación a proceso cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, no exista oposición fundada de la víctima u ofendido, y hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior, salvo cuando el imputado haya sido absuelto en el procedimiento respectivo. Esta salida puede autorizarse desde el auto de vinculación a proceso y hasta antes de acordarse la apertura a juicio oral.

Es necesario destacar que el papel que juega la voluntad del imputado para someterse a esta salida alterna es de vital importancia. La razón de ser radica, como lo sostiene Horvitz Lennon, en que este medio alternativo constituye una respuesta de carácter sancionatorio, impuesto a una persona que no ha sido todavía declarada culpable con todas las garantías del debido proceso (Horvitz, 2003). Por tanto, el consentimiento del imputado, como único fundamento de legitimación para esta reacción del Estado adquiere esencial importancia, pues se requiere que haya sido prestado de modo libre, consciente e informado de sus efectos y de la renuncia de garantías que ella implica.

Una vez que se recibe la solicitud de SCP el juez citará a una audiencia, donde luego de escuchar a las partes aprobará el plan de reparación del daño propuesto, fijará las condiciones y el plazo por el que se suspende el proceso, el cual no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años; sin embargo, podrá ser ampliado hasta por dos años más.

El efecto de la aprobación de esta salida alterna será precisamente la suspensión del proceso, de las medidas cautelares impuestas, así como la interrupción de los plazos para la prescripción de la acción penal.

Cumplido el plan de reparación del daño y transcurrido el plazo de la suspensión condicional del proceso, se extinguirá la acción penal, por tanto, el juez de control deberá decretar de oficio o a petición de parte el sobreseimiento, salvo que la SCP se hubiere revocado por incumplimiento injustificado del plan de reparación, de las condiciones impuestas, o bien el imputado fuere condenado con posterioridad en sentencia ejecutoriada por delito doloso o culposo, siempre que el proceso suspendido se refiera a delito de la misma naturaleza.

La suspensión condicional de proceso resulta ser, entonces, un mecanismo que tiene por objeto poner fin anticipadamente a un proceso penal por delitos que no merecen pena privativa de libertad demasiado alta, al no representar un atentado relevante al interés público, donde el imputado propone un plan de reparación del daño y acepta someterse al cumplimiento de una o varias condiciones durante cierta temporalidad, condiciones que si son cumplidas tendrá el efecto de extinguir la responsabilidad penal, en caso contrario, se reanudará la persecución penal en su contra.

4. Ausencia de víctima u ofendido determinado en la suspensión condicional

Una de las cuestiones que mayor controversia ha generado respecto de la suspensión condicional del proceso estriba en determinar si esta salida alterna es procedente en aquellos delitos que carecen de víctima u ofendido¹ determinado, ya que ante esa ausencia, afirman algunos, no existiría un plan de reparación de daño como alude la legislación adjetiva y vía consecuencia, tampoco se tutelarían de manera efectiva los derechos de esta parte procesal.

Esta inquietud resulta de la mayor relevancia, pues recordemos que en el ordenamiento jurídico tanto a nivel local como federal, preponderantemente en este último, existen diversos delitos que por su naturaleza misma carecen de víctima u ofendido determinado.

¹ El artículo 108 del CNPP considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva; en tanto considera ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito.

El ejemplo más claro lo encontramos en los delitos de resultado formal, donde la parte ofendida genérica resulta ser la sociedad, pues el hecho antijurídico violenta los principios de convivencia y los valores más importantes para la paz y el desarrollo de los seres humanos que la integran.

En nuestra estima, la ausencia de víctima u ofendido determinado en la comisión de un delito no torna improcedente la suspensión condicional del proceso; arribar a conclusión contraria implicaría desconocer, por un lado, la voluntad del legislador y, por otra, ir contra la génesis y los postulados de la justicia restaurativa que presenta ventajas prácticas para todos los involucrados en un hecho delictivo.

La primera razón para sostener la procedencia de la SCP en el supuesto planteado obedece a razones de voluntad legislativa, pues si la intención del creador de la norma hubiese sido que esta salida alterna no fuera procedente en delitos donde no exista una víctima u ofendido determinado, así hubiera quedado plasmado en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

No obstante, las únicas restricciones plasmadas por el legislador para efectos de procedencia de esta salida alterna fueron que la media aritmética de la pena de prisión del delito por el que se haya dictado auto de vinculación a proceso no exceda de cinco años, no existiera oposición fundada de víctima u ofendido y hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior, salvo que el imputado haya sido absuelto en el procedimiento respectivo.

Por lo tanto, suponer que la ausencia de víctima u ofendido determinado torna improcedente esta salida alterna sería ir más allá de lo proyectado o concebido por el autor de la norma.

En segundo lugar y desde diversa perspectiva, se estima que hacer improcedente la SCP dada la ausencia de víctima u ofendido determinado implicaría desconocer la génesis, los postulados y las ventajas prácticas que para todos los involucrados en un hecho delictivo acarrea la justicia restaurativa, como enseguida se anota.

Un error en que se incurre al hablar de los requisitos de procedencia de la SCP consiste en concebir el plan de reparación del daño a que alude el artículo 191 del Código Nacional desde el punto de vista eminentemente material, cuando lo propio de la justicia restaurativa es que la reparación vaya más allá de la compensación económica del daño sufrido por la víctima.

Si la justicia restaurativa concibe al delito no sólo como una transgresión a la norma penal, sino ante todo como un acto que atenta contra las relaciones interpersonales, y por tanto, tiende a unir los lazos rotos entre víctima, infractor y comunidad, derivado de la comisión del hecho delictuoso, es claro que la reparación del daño tiene una concepción más amplia, pues además que atiende las necesidades de las víctimas reintegra al infractor, quien se responsabiliza del daño causado y finalmente consigue una sociedad más segura y pacífica; en definitiva, un lugar mejor donde vivir.

Por tanto, como lo señala Bovino, el concepto de reparación no se debe confundir con el pago de una suma de dinero. La reparación se debe entender como cualquier solución que objetiva o simbólicamente restituya la situación al estado anterior a la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, por ejemplo, la devolución de la cosa hurtada, una disculpa pública o privada, la reparación monetaria, el trabajo gratuito, etcétera (Bovino, 2001).

Bajo esa línea argumentativa, la ampliación del concepto reparación del daño resulta de vital importancia tratándose de delitos de resultado formal, pues dada su naturaleza, no resulta factible cuantificar un daño material, precisamente porque no existe, pero ello no implica desconocer que se puso en peligro un bien jurídico y, por tanto, que existió un daño al grupo social que debe ser reparado y es aquí donde cobra vida el concepto de reparación simbólica.

Esta concepción de reparación del daño abre, entonces, un espectro de posibilidades, no solamente en los delitos que carezcan de víctima u ofendido determinado, sino también en aquellos en que la restitución sea imposible, ya que el imputado tendrá que hacer una reparación de naturaleza simbólica con la sociedad en general, como pedir disculpas o comprometerse a no cometer conductas ilícitas.

Incluso en nuestra estima, la reparación simbólica podría corresponderse con las condiciones de hacer o dejar de hacer que se impongan a propósito de la SCP, como sería participar en programas especiales para la prevención y el tratamiento de adicciones; aprender una profesión u oficio; prestar servicio social a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública; u otras diversas, como no portar armas, abstenerse de consumir drogas y estupefacientes, o de abusar de bebidas alcohólicas, pues al tiempo que se está reparando simbólicamente el daño causado a la sociedad se ayuda a la prevención del delito.

Desde esta perspectiva, cualquier forma de reparación del daño, y en especial la simbólica, reportará visos positivos de que el autor del delito realizará esfuerzos que expresarán su compromiso de no incurrir en prácticas que pudieran generar, a la postre, una infracción diversa.

A través de la reparación simbólica, la sociedad como ofendida directa de delitos de resultado formal e indirecta de cualquier clase de delito propugnará porque disminuya el abanico de posibilidades de que el sujeto activo vuelva a cometer un hecho ilícito y prevendrá que otros integrantes de la sociedad se conviertan en víctimas, ya que se aspira a una sociedad segura y pacífica, que confía en cada uno de sus miembros.

Bajo esta óptica, si la suspensión condicional del proceso se postula como una reacción estatal diversa al juicio, no mediante la imposición de una sanción sino a través de un plan de reparación y el sometimiento a un plan de conducta, debe lograrse que en delitos donde no exista víctima u ofendido determinado la sociedad en general se sienta resarcida de alguna forma de la ofensa que sufrió, lo que podrá verificarse a través de la reparación simbólica.

Así, como lo señalan algunos autores, el plan de reparación ve hacia el pasado, con fines restaurativos (Roxin, 2014); por ello se estima que en los delitos de peligro el plan puede ser simbólico, con el objeto de que el imputado asuma un compromiso social y de esta forma la sociedad se sienta resarcida.

En tanto que el plan de conducta que se construye en audiencia a partir de las posiciones de las partes ve a futuro; por ello se hace una propuesta y la autoridad judicial diseña el referido plan de conducta, con fines resocializadores.

Por otra parte, estimamos que limitar la procedencia de la suspensión condicional del proceso a delitos que tengan víctimas u ofendidos determinados también implicaría desconocer que la justicia restaurativa tiene un enfoque global e integral, donde a la vez que se pretende la satisfacción de las necesidades de la víctima se permite una posición activa del infractor, quien con su actuar rompió los lazos existentes con los miembros de la comunidad, pero a su vez desea hacerse responsable de lo sucedido frente a la sociedad.

Aunado a lo expuesto, si la procedencia de la SCP dependiera de una determinación concreta de víctima u ofendido del delito, se colocaría al infractor en un papel de desventaja, ya que por ese solo hecho, aun cuando la media aritmética de la pena de prisión del delito por el que se dictó vinculación a proceso no excediera de cinco años, se le constreñiría a continuar un proceso con todos los efectos nocivos que acarrea, así como a la eventual imposición de una pena privativa de libertad.

Por tanto, coincidimos con Virginia Domingo de la Fuente en que existen y deben buscarse diferentes herramientas y procesos restaurativos adaptados a cada caso y a cada circunstancia, que aunque no sea el encuentro ideal víctima, infractor y/o comunidad, sí será restaurativa en mayor o menor medida y sí cumplirá con las expectativas de la víctima (Domingo), el ofendido y el infractor, quien tomará conciencia de que el delito sí causa daños a otros seres humanos, generando así empatía en ellos y un paso importante para su reinserción.

Finalmente, el último aspecto que se toma en consideración para negar que la SCP únicamente es procedente en tratándose de aquellos delitos donde existe víctima u ofendido determinado encuentra su fundamento en la función y fines que persiguen las salidas alternas.

Recordemos que a diferencia del sistema inquisitivo, donde el juicio fue concebido como la única vía para resolver el conflicto, la justicia restaurativa a través de la diversificación de rutas, como las salidas alternas y las formas de terminación anticipada, busca que los procesos sean más efectivos y tengan una solución ágil y rápida donde se involucre a todas las partes intervinientes; concentrar los procesos judiciales en aquellos casos que revistan mayor gravedad; descongestionar y hacer eficiente el uso de recursos en el sistema de justicia penal, y con ello disminuir los costos y desahogar el sistema penitenciario.

En ese sentido, la comprensión cabal de los fundamentos y fines de la justicia restaurativa, constituye la base para aseverar la procedencia de la SCP en delitos que carezcan de víctima u ofendido determinado, ya que el sistema pretende que el juicio propiamente dicho, tenga lugar única y exclusivamente en los casos más delicados y graves, esto es, en aquellos que mayor daño generan a la víctima o a la sociedad.

5. Conclusiones

La manera en la que se encuentra concebido el sistema acusatorio a partir de la reforma de 18 de junio de 2008 exige un cambio profundo de cultura jurídica que tiene que ver con la representación del objeto mismo del proceso penal, ya que dicha reforma constituyó la base para la incorporación de la justicia restaurativa a nuestro sistema jurídico, materializada en figuras tales como las salidas alternas del proceso.

Si asumimos que estas figuras de justicia restaurativa se erigen en herramientas ofertadas a quienes transgreden la norma, basadas en la resolución del conflicto, en la voluntad informada y en la reparación de los derechos y contextos sociales que se vieron afectados con motivo de la comisión de un delito, es claro que la suspensión condicional del proceso resultará procedente aun en aquellos casos donde no exista una víctima u ofendido determinado, ya que: (1) el legislador no limitó la procedencia de esta figura en estos supuestos; (2) el requisito atinente a la reparación del daño podrá satisfacerse de manera simbólica; (3) se permitirá una posición activa del infractor, quien luego de fracturar el tejido social desea hacerse responsable de lo sucedido frente a la comunidad; y (4) los procesos serán efectivos y ágiles, en la medida que se dejará como *ultima ratio* a los regímenes penales que se justifican sobre la base del reproche, logrando así la despresurización del sistema y el abaratamiento de los costos de organización y procesamiento del sistema penal.

III. El procedimiento abreviado y la factibilidad de la absolución

1. Introducción

Entre los puntos torales de la reforma constitucional al sistema de justicia penal, verificada el 18 de junio de 2008, se encuentra el relativo a la incorporación del procedimiento abreviado como forma anticipada de terminación del proceso, caracterizado por permitir llevar los asuntos a término de forma acelerada y sin necesidad de llegar a juicio oral.

En el presente artículo nos ocuparemos de exponer el modelo de justicia en el que tiene cabida el procedimiento abreviado, la regulación constitucional y legal de esta forma de terminación anticipada del proceso; los presupuestos de admisibilidad

y autorización de éste, poniendo especial énfasis en la suficiencia de los medios de convicción para corroborar la imputación, así como en el consentimiento prestado por el imputado; para que, una vez conocidos tales presupuestos, demos respuesta al cuestionamiento respecto a la posibilidad de absolución en un procedimiento de tal naturaleza.

2. Modelo diferenciado de justicia penal

El procedimiento abreviado se instaura a partir de un nuevo paradigma de derecho procesal penal, dado que la tradición europea continental heredada por los países latinoamericanos, asumió que el juicio era la única vía para solucionar el conflicto y dejaron fuera cualquier otra alternativa de solución.

Sin embargo, el sistema procesal penal acusatorio trajo aparejada una diversificación de rutas al juicio, pues aun cuando este sigue existiendo, se verá eliminado por vía de soluciones alternas o atemperado a través del procedimiento abreviado, donde concurrirán negociaciones o pactos entre el fiscal y el imputado.

Si bien coincidimos con Máximo Langer en que los mecanismos de terminación anticipada del proceso penal por vía del consenso no constituyen un rasgo esencial de un sistema de corte acusatorio (Langer, 2001), lo cierto es que la introducción de esta forma de terminación anticipada del proceso, cuyo origen como mecanismo de negociación se encuentra en el modelo procesal penal de tradición anglosajona, contribuye a un verdadero cambio de paradigma en la forma en que pensamos y concebimos el proceso penal.

Es así que, frente al modelo clásico, surge un modelo diferenciado de justicia penal, que establece como uno de sus objetivos principales la búsqueda de soluciones más rápidas y menos costosas, donde intervengan los participantes en el conflicto y que permita transitar de una dimensión vertical a una horizontal.

En efecto, estas vías de soluciones consensuadas del conflicto se encuentran dirigidas a descongestionar el sistema de justicia penal, debido a la gran cantidad de procesos y a la extendida duración de los mismos, o como lo refiere Maier, a “buscar algún respiro para la sobresaturación de casos que ingresan al sistema, de una selección más racional de asuntos procesados y de un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales con los que cuenta el poder judicial”.

Es precisamente la disposición o renuncia a un juicio oral y público por parte del acusado, la manera en que esta forma de terminación anticipada del proceso coadyuva o contribuye a la despresurización del sistema penal, ya que es imposible que cualquier sistema en el mundo tenga la capacidad económica para llevar todos los procesos a juicio.

Sin embargo, debido a que este modelo de abreviación del procedimiento tiene propósitos pragmáticos, utilitarios y eficientistas, relacionados con la solución ace-

lerada de los conflictos, para que su operación resulte efectiva es necesario que los operadores se ajusten a los límites constitucionales, sin violarlos ni expresa ni implícitamente.

3. Regulación constitucional y legal del procedimiento abreviado

El procedimiento abreviado encuentra fundamento constitucional, en el artículo 20, apartado A, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del que se desprende lo siguiente:

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

A. De los principios generales:

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”.

Por su parte, las diversas iniciativas² que dieron vida al Código Nacional de Procedimientos Penales fueron coincidentes en establecer que reconocer a nivel constitucional el procedimiento abreviado respondía a la necesidad de contar con una vía expedita y sencilla de resolver el conflicto penal a través del adelgazamiento del trámite y de los costos y demoras en los mismos.

Esta forma de terminación anticipada del proceso procede bajo los supuestos y modalidades establecidas en los artículos 202 a 207 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual se resume en los siguientes términos.

² Para ahondar al respecto, se puede consultar el *Cuaderno de Apoyo de la Reforma Constitucional en Materia de Justicia Penal y Seguridad Pública*, expedido por la Cámara de Diputados, publicado en junio de 2008, disponible en <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016), así como la Iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Único de Procedimientos Penales, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa_Sen_Escudero.pdf (fecha de consulta mayo de 2016, p. 104.)

- **Legitimación y oportunidad**
Solamente el fiscal podrá solicitar el procedimiento abreviado, una vez que se haya dictado auto de vinculación a proceso y antes de la emisión del auto de apertura a juicio; pero si en el momento de la solicitud ya existiere acusación escrita, el Ministerio Público podrá modificarla oralmente en la audiencia celebrada al efecto, donde además se solicitará la reducción de las penas respectivas.
- **Admisibilidad del procedimiento abreviado**
Para que el juez de control admita la solicitud de procedimiento abreviado formulada por el Ministerio Público verificará que concurren medios de convicción que corroboren la imputación, en términos del artículo 20, Apartado A, fracción VII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la inteligencia que serán medios de convicción, los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación.
- **Requisitos para autorizar el procedimiento abreviado**
El legislador estableció tres requisitos para la autorización de esta forma de terminación anticipada del proceso, a saber:
 1. Que lo haya solicitado el Ministerio Público, formulando la acusación y exponiendo los datos de prueba que la sustentan.
 2. Que la víctima u ofendido no presente oposición fundada.
 3. Que el imputado:
 - a) Reconozca estar debidamente enterado del derecho a un juicio oral y alcances del procedimiento abreviado,
 - b) Renuncie expresamente al juicio oral,
 - c) Acepte la aplicación del procedimiento abreviado,
 - d) Admita su responsabilidad en el delito que se le imputa, y
 - e) Acepte ser juzgado con los datos de pruebas expuestos por el fiscal.
- **Trámite del procedimiento abreviado**
Una vez que el Ministerio Público formuló la solicitud del procedimiento abreviado y expuso en audiencia la acusación con los datos de prueba respectivos, el juez de control, previo a resolver sobre la autorización de esta forma de terminación anticipada del proceso, se pronunciará sobre:
 1. La oposición que hubiere expresado la víctima u ofendido,
 2. El cumplimiento de los requisitos atinentes al imputado y
 3. La constatación respecto de los elementos de convicción que sustenten la acusación, los cuales se requiere que se encuentren debidamente integrados en la carpeta de investigación.

Luego que el juez de control haya autorizado el procedimiento abreviado escuchará los alegatos de las partes; enseguida emitirá el fallo en la misma audiencia, en el entendido 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; finalmente, dentro del plazo de 48 horas tendrá verificativo la lectura y explicación pública de la sentencia.

4. Presupuestos de admisibilidad y autorización del procedimiento abreviado

Al hablar del procedimiento abreviado resulta de vital importancia distinguir o diferenciar los presupuestos de admisibilidad y de autorización de esta forma de terminación anticipada del proceso.

a) Admisibilidad

El presupuesto de admisibilidad del procedimiento abreviado encuentra sustento tanto en la Constitución Federal como en el artículo 203 del Código Nacional de Procedimientos Penales y, esencialmente, consiste en que concurren medios de convicción que corroboren la imputación.

Debe destacarse que, a diferencia de la legislación procesal de la materia, la fracción VII, del apartado A, del artículo 20 constitucional habla de la suficiencia de los medios de convicción que corroboren la imputación; por tanto, resulta menester preguntarnos en qué consiste o cómo debemos entender esta suficiencia.

En nuestra estima, la suficiencia de medios probatorios que corroboren la imputación debe entenderse desde el punto de vista cualitativo, ya que será lo que permitirá al juez de control ponderar la razonabilidad de que el caso se juzgue vía procedimiento abreviado, ante el mérito de los datos de prueba que se desprendan de los registros contenidos en la carpeta de investigación. Dicho en palabras de Falcone Salas, la suficiencia de antecedentes de investigación se entiende satisfecha, cuando el juez comprueba que existe correlación entre los hechos y los antecedentes que les sirven de fundamento (Falcone, 2005).

Por tanto, si se toma en consideración que, es en el momento de la exposición de la acusación donde el juez de control toma conocimiento de los datos de prueba con los que cuenta el fiscal, lo procedente desde nuestro punto de vista será realizar un ejercicio de razonabilidad a partir de los medios de convicción invocados por la representación social, para así, estar en aptitud de determinar su mérito y como consecuencia, la admisión de esta forma de terminación anticipada del proceso.

Se reitera que la suficiencia de medios de convicción tiene que obedecer a un criterio cualitativo, pues ni la sola aceptación de los hechos por parte del imputado ni la conjunción de la aceptación de los hechos con diversos antecedentes que no arrojen

un estándar de razonabilidad resultarán aptos para admitir esta forma de terminación anticipada.

En ese sentido, si el juez de control autorizara el procedimiento abreviado sin existir medios de convicción suficientes o razonables que corroboren la imputación, con independencia de que exista la aceptación de los hechos por parte del acusado, se convertiría en un simple espectador de la transacción entre las partes, cuya intervención se limitaría a imponer la sanción pactada.

Y en el caso, los propósitos utilitarios y eficientistas relacionados con esta solución acelerada de los conflictos, no pueden estar por encima de límites de razonabilidad, ni justifica la transgresión expresa o implícita a estos límites.

Sobre el particular, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1619/2015, en sesión de dieciséis de marzo de dos mil dieciséis, determinó:

“Ahora bien, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no pasa inadvertido el hecho de que el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal, establece que se pueda decretar la terminación anticipada del proceso penal, si el imputado reconoce su participación en el delito y si ‘existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación’. Sin embargo, la locución “medios de convicción suficientes” no puede confundirse, interpretarse o asignarle como sentido que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público.

[...]

Así, la frase ‘existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación’, contenida en el artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Federal, no deberá entenderse como otra cosa que la obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación, como uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio. De manera que en caso de existir una inconsistencia sustancial de estos datos de prueba, el juzgador podrá rechazar la tramitación del procedimiento abreviado al no cumplirse con los requisitos necesarios para su apertura, lo cual depende de la eficacia y coherencia en la formulación de la acusación, y no de la valoración de los elementos de convicción para efectos de acreditar los

elementos del delito atribuido y la responsabilidad penal del inculpado en su comisión”.

De lo expuesto se desprende que la suficiencia de los medios de convicción como presupuesto para admitir el procedimiento abreviado, implica un aspecto de razonabilidad o sustento lógico, pero sin llegar al extremo de realizar una valoración de los medios de convicción; de tal suerte que, si los hechos expuestos por la fiscalía y aceptados por el imputado no guardan coherencia o razonabilidad con los datos de prueba relativos, el juez de control se encontrará facultado para no admitir esta forma de terminación anticipada del proceso.

b) Autorización

Como quedó de manifiesto en las líneas que anteceden, los presupuestos que debe observar el juez de control para autorizar el procedimiento abreviado se encuentran relacionados con:

- El fiscal, quien será el legitimado para solicitarlo y deberá formular la acusación relativa,
- La víctima, quien se encuentra facultada para presentar oposición fundada, siempre que no se encuentre debidamente garantizada la reparación del daño; y
- El propio imputado, quien debe manifestar su consentimiento respecto de diversos aspectos.

Debido a la importancia y trascendencia del consentimiento del imputado, realizaremos el análisis de este tópico.

Desde nuestra perspectiva, el consentimiento otorgado por el imputado dentro de la forma de terminación anticipada en estudio, se bifurca en dos grandes rubros: el consentimiento sobre el aspecto procedimental y el diverso sobre el mérito del proceso.

El consentimiento sobre el aspecto procedimental implicará que el imputado disponga del derecho que tiene a un juicio oral, renuncie al mismo y acepte el trámite de una forma abreviada o simplificada del proceso, caracterizado por la ausencia de contradicción y debate.

Aunado a lo anterior, el consentimiento del imputado también versará sobre el mérito del proceso, esto es, acerca de los hechos que forman parte de la acusación, a partir de los datos de prueba recabados por el fiscal en la etapa de investigación, con independencia de que aquellos no se hayan desahogado en juicio oral, pues se acepta que esos datos de prueba resultaron suficientes para corroborar la imputación.

No dejamos de lado que el requisito a que alude el artículo 201, fracción III, inciso d), del Código Nacional de Procedimientos Penales, relativo a que el imputado debe admitir su responsabilidad en el delito que se le imputa, ha sido interpretado por algunos autores en el sentido que el consentimiento sobre el mérito del proceso no sólo incluye el mérito fáctico, sino también jurídico (Del Río, 2008).

Desde nuestro punto de vista, y en oposición a la interpretación reseñada, el imputado no puede aceptar la clasificación jurídica expuesta por la fiscalía en el escrito de acusación porque no se tiene disponibilidad sobre ello, ya que, atento al principio *iura novit curia* basta expresar los hechos en que se funda un proceso, para que el juez fije, invoque y aplique la norma que resolverá la cuestión de hecho sometida a su consideración.

Se sostiene lo anterior, pues el rol del juez frente al procedimiento abreviado consiste no solamente en ponderar si se actualizaron los presupuestos para admitir y autorizar esta forma de terminación anticipada, sino cualquier otra de fondo relacionada con cuestiones de derecho propiamente dichas. De estimar lo contrario, se cercenaría la labor jurisdiccional, ya que el juez de control se limitaría a constatar el acuerdo y dictar sentencia de conformidad con lo pactado o rechazado.

Es decir, la negociación entre las partes no puede abarcar la aplicación de las normas de derecho, sino únicamente la aceptación de la comisión de un hecho determinado.³

Por otra parte, como lo destacó la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 1619/2015, la aceptación de los hechos por parte del imputado en el procedimiento 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, el imputado con la asesoría de su defensor, decide voluntariamente admitir los hechos en que se sustenta la acusación, 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.

En ese sentido, la relevancia del consentimiento del imputado para la autorización del procedimiento abreviado deriva, fundamentalmente, de la aceptación de los hechos o circunstancias fácticas que se atribuyen por parte de la fiscalía en su escrito de acusación, a partir de los datos de prueba con que cuenta la propia institución ministerial, y eso implica, en contrapartida, la renuncia a un juicio oral en el que las partes puedan ejercer la contradicción; donde además, el Ministerio Público tiene la carga de

³ Así fue sustentado por el juez Elías Gerardo Cepeda Morado, en el “*Congreso Nacional relativo al Nuevo Sistema de Justicia Penal desde la Óptica del Juicio de Amparo: Interacción de Sistemas para una adecuada Implementación*”, el cual se llevó a cabo los días 22 y 23 de octubre de 2015, en la Ciudad de México.

probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable, y los medios de convicción serán materia de valoración por el juzgador.

Por tanto, es la trascendencia jurídica que conlleva, lo que evidencia la importancia de que el imputado otorgue su consentimiento de manera voluntaria, informada y libre, esto es, exento de cualquier tipo de presión o coacción y con plena comprensión de los hechos por los que lo acusa la representación social, lo cual implica la debida ilustración sobre su renuncia a un juicio y, por tanto, la imposibilidad de debatir lo consensado o negociado; ya que, se reitera, el procedimiento abreviado excluye la posibilidad de juicio, debido a que las partes convienen en tener los hechos como probados, a partir de los datos con que cuenta el fiscal, los cuales, dada su naturaleza desformalizada, no pueden valorarse acorde a los estándares de la prueba propiamente dicha.

Dado que la legitimidad de este procedimiento se centra en la expresión de voluntad del imputado que los acepta, es menester por tanto, como lo indica Sáez Martín (2016), que el juez adopte las medidas para asegurarse de que esa voluntad es libre, con conocimiento de las opciones y derechos que tiene, así como de las consecuencias de su decisión. En este sentido, es importante que el imputado conozca su derecho a exigir que el proceso termine en un juicio oral, en el que el juez deberá apreciar los hechos a través de la prueba que deberá oír y verá directamente sin mediación. Debe, además, asegurarse de que el imputado conoce la imputación y los antecedentes que la justifican, que conoce las consecuencias que se pueden derivar de la aceptación del procedimiento especial; esto es, la alta probabilidad de que el proceso termine con una sentencia condenatoria.

5. ¿Es factible la absolución en el procedimiento abreviado?

Si partimos de la premisa que el procedimiento abreviado es una forma de solución acelerada del procedimiento que tiene como presupuesto la existencia de medios de convicción suficientes que corroboren la imputación, así como el consentimiento del imputado, tanto en lo relativo a la tramitación de esta forma apresurada de conclusión del procedimiento, como en lo atinente a las circunstancias fácticas sobre las que discurre la acusación, resulta pertinente plantearse si bajo ese esquema existe posibilidad del dictado de una sentencia absolutoria.

En nuestra estima sí es posible que el procedimiento abreviado concluya con una sentencia absolutoria, pero única y exclusivamente por razones de derecho o de calificación jurídica (Falcone, 2005), no así por insuficiencia probatoria que no generó convicción bastante para condenar.

Hemos dicho que el presupuesto de admisibilidad de esta forma de terminación anticipada del proceso esencialmente consiste en que concurren medios de convicción suficientes que corroboren la imputación, y que esa suficiencia implica un aspecto de

razonabilidad o sustento lógico, pero sin llegar al extremo de realizar una valoración de los mismos por parte del juez de control.

Pues bien, es precisamente esta razonabilidad o sustento lógico entre los datos de prueba, concatenada con la aceptación de los hechos por parte del imputado, lo que nos permitirá acoger la posibilidad de que el juez de control emita una sentencia absolutoria en un procedimiento abreviado, única y exclusivamente por cuestiones de derecho, no así por cuestiones de insuficiencia probatoria.

Es así, ya que si la admisión del procedimiento abreviado se encuentra condicionada a la suficiencia de antecedentes de investigación, esto es, a la correlación entre los hechos y los antecedentes que les sirven de fundamento, resulta manifiesto que, ante una solicitud de esta forma anticipada de terminación del proceso, en la cual el juez de control estime que, de la narrativa del fiscal no se desprenden medios de convicción suficientes que corroboren la imputación, lo jurídicamente procedente será el rechazo o no admisión del procedimiento abreviado y la continuación del procedimiento ordinario.

Dicho en otras palabras, si para la admisión del procedimiento abreviado resulta inexorable que el juez de control encuentre razonabilidad o correspondencia entre los hechos atribuidos y los datos de prueba expuestos por el fiscal, resultaría una contradicción que, con posterioridad a la admisión de esta forma de terminación anticipada del proceso, se emitiera un fallo absolutorio por insuficiencia probatoria, máxime cuando a aquella declaración de suficiencia se eslabonó la propia aceptación del imputado sobre los hechos que conforman la acusación y los datos que la sustentan.

Pero en contrapartida, debido a que el juez de control es el encargado de declarar el derecho y por tanto el imputado no tiene disponibilidad sobre ello, sí podrá existir una absolución por cuestiones de derecho, ya que el hecho expuesto por el fiscal y aceptado por el imputado a partir de los datos de prueba referenciados puede ser apreciado jurídicamente diferente por parte del órgano jurisdiccional.

En ese sentido, es claro que el único tópico sobre el que el juez podría discrepar ante la tramitación de un procedimiento abreviado, sería el relativo a la clasificación jurídica expuesta por la fiscalía, lo cual se actualizaría con la existencia de atipicidad, cuando medien causas de justificación, inculpabilidad o bien cualquier otra condición objetiva que apareje la extinción de la acción penal, por ejemplo, la prescripción de la acción o la existencia de cosa juzgada.

La factibilidad de que pueda dictarse una sentencia absolutoria en el procedimiento abreviado ha sido abordada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo directo en revisión 4491/2013 y el diverso 1619/2015.

En el primer precedente, el máximo tribunal del país analizó si había resultado correcto el análisis e interpretación de los artículos 20, apartado A, fracciones I, V, VII, VIII y X, de la Constitución Política Estados Unidos Mexicanos, y 383, primer

párrafo, 384, primer párrafo y 385 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México,⁴ verificada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, y concluyó que el estándar de prueba para la condena no se trataba de una convicción íntima, sino de aquella que podía ser justificada a partir de los elementos fácticos que el Ministerio Público lograra probar; y además, debido a que en el procedimiento abreviado resultaba plenamente aplicable el principio consistente en que la carga de la prueba correspondía a la parte acusadora, el fiscal tenía la obligación de aportar las pruebas suficientes que permitieran determinar al juzgador (previa valoración) la existencia del delito atribuido al procesado, pues este únicamente había aceptado su participación en el delito con sus consecuencias inherentes; pero ello no se traducía en que el juzgador inexorablemente debiera emitir una sentencia condenatoria, ya que para dictar una sentencia de tal naturaleza debía estar demostrada la culpabilidad del acusado.

Sin embargo, al resolver el amparo directo en revisión 1619/2015, la propia Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ha dado un giro de tuerca al precedente reseñado y sostuvo que dadas las particularidades del procedimiento abreviado, esto es, su sustento esencial en el reconocimiento del indiciado en su participación del delito, pues acepta la tramitación del procedimiento especial con conocimiento de sus consecuencias, no era posible verificar vía amparo directo la acreditación de los elementos del delito y la responsabilidad del inculpado en su comisión.

Asimismo, la Suprema Corte agregó que, debido a que en un procedimiento especial abreviado no estuvieron a debate, tanto la acreditación del delito como la responsabilidad del acusado en su comisión, ante la aceptación del imputado de ser juzgado con base en los medios de convicción que sustentan la acusación, dichos elementos 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. De no considerarse así, de ninguna manera existiría firmeza en lo acordado con el acusado respecto a la aceptación de su participación en el delito, a partir de los datos de prueba recabados durante la investigación.

Por lo expuesto y a decir de la Suprema Corte, la posibilidad de que el juzgador pueda dictar sentencia absolutoria como resultado de un procedimiento abreviado es posible pero extremadamente limitada, porque la decisión no dependerá del ejercicio valorativo de los medios de convicción en que el Ministerio Público sustentó la acusación para afirmar el acreditamiento del delito y la demostración de la culpabilidad

⁴ Debe precisarse que el artículo 393 de la legislación procesal invocada, a diferencia del Código Nacional de Procedimientos Penales, sí hacía referencia de manera expresa a la posibilidad de que el fallo de un procedimiento abreviado podía ser de condena o de absolución.

de la persona sometida al procedimiento, ni de la falta de cumplimiento a los requisitos de procedencia de la propia forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio.

Y si bien es cierto que el máximo tribunal del país no delimitó ni concretizó cuáles serían aquéllos casos excepcionales en los que resultaría factible una sentencia de absolución, de acuerdo con nuestra óptica, encuadrarían aquellos casos en los que exista discrepancia del juez de control en lo atinente a cuestiones de derecho propiamente dichas, tales como la existencia de alguna causa de exclusión del delito o de extinción de la acción penal.

6. Conclusiones

Por regla general y atenta a las características y naturaleza del procedimiento abreviado, la determinación final emitida en esta forma anticipada de terminación del proceso será una sentencia de condena; sin embargo, la posibilidad de absolución es factible, aunque única y exclusivamente por cuestiones de derecho.

Es así, pues con independencia de que el imputado haya aceptado los hechos, y su juzgamiento a partir de los datos de prueba referenciados por la fiscalía, aquél no puede aceptar la clasificación jurídica expuesta en el escrito de acusación porque no se tiene disponibilidad sobre ello, pues atento al principio *iura novit curia* es al juez a quien corresponde invocar y aplicar la norma que resolverá la cuestión de hecho sometida a su consideración.

IV. Alcances del recurso de apelación contra sentencias definitivas, previsto en el artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, en contraste con el derecho a un recurso efectivo que salvaguarda el artículo 8.2. Inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

1. Introducción

La implementación del sistema penal acusatorio trajo consigo cambios sustanciales en el aspecto recursivo, pues teniendo como base los principios rectores de este sistema procesal penal, de manera específica, la intermediación y contradicción, el artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales previó un recurso de apelación diverso al que tradicionalmente hemos concebido, ya que aun cuando dicho medio de impugnación procede contra sentencias definitivas, aparentemente la alzada tiene vedado el examen de la valoración de la prueba.

Esa limitación de la apelación en estima de algunos autores es contraria a los estándares internacionales sobre el derecho a un recurso judicial efectivo. Es por ello,

que el presente trabajo tiene como objetivo desarrollar un análisis alrededor del recurso de apelación; en primer lugar explicaremos el tránsito de los recursos de mecanismo de control de fallo a garantía del debido proceso, a continuación analizaremos cuál es el estándar de recurso judicial efectivo determinado en el sistema interamericano de derechos humanos, enseguida expondremos la manera en la que se encuentra regulado el recurso de apelación en el Código Nacional de Procedimientos Penales y finalmente realizaremos una confronta entre el artículo 468, fracción II, de la legislación adjetiva con los estándares internacionales, para determinar si la regulación del medio de impugnación en estudio es acorde con tales parámetros.

2. Transición de los recursos: de mecanismo de control del fallo a garantía del debido proceso

Históricamente, como lo señala Alberto Binder (2000), la idea de control del fallo se ha manifestado a través de dos mecanismos principales: la apelación, que permite el dictado integral de una nueva resolución por un órgano judicial jerárquicamente superior con respecto al que dictó aquella determinación que se estima injusta y la casación, que implica un control sobre la aplicación del derecho y las condiciones de legitimidad del fallo, esto es, sobre los escenarios ligados con las garantías judiciales, pero no sobre las cuestiones de hecho.

Las características inherentes a tales medios de impugnación hacen patente que la apelación se identifica o relaciona con sistemas procesales inquisitivos, donde el recurso es la regla y, por tanto, un funcionario judicial de más alto rango que el que dictó la sentencia primigenia puede dictar un nuevo fallo de manera integral.

En contrapartida, la casación ha estado históricamente ligada a los sistemas de corte acusatorio, donde la sentencia resulta cosa juzgada y es excepcional la presencia de recursos; pero, de tener vida los medios de impugnación, el tribunal revisor no tiene posibilidad de analizar la valoración de la prueba ni de hacer pronunciamiento alguno sobre los hechos percibidos por los tribunales inferiores.

Esta limitación encuentra su razón de ser en el origen mismo de la casación, pues no debe olvidarse que tal medio de impugnación nunca nació ni fue concebido como un derecho de los justiciables; sino que, por el contrario, su misión era controlar a los jueces e impedir que éstos emitieran o pronunciaran resoluciones contrarias a la ley, esto es, la función de la casación estribaba básicamente en asegurar el cumplimiento y la aplicación estricta de la norma.

De lo anterior se desprende que los recursos, antes que una garantía de justicia procesal, eran considerados un mecanismo de control burocrático, ya sea para el superior jerárquico que previamente había delegado su poder de juzgar en funcionarios inferiores, ya sea para asegurarse de que el poder judicial no desvirtuara lo establecido por el poder legislativo.

Fue con el advenimiento de la modernidad y desde el discurso de las garantías, fruto de las corrientes de pensamiento iluminista, cuando comenzó a surgir la idea de recurso como parte integrante del debido proceso.

En el sistema jurídico mexicano el derecho a que una sentencia sea recurrida o sometida ante un tribunal superior encuentra sustento en el artículo 14 constitucional, que tutela el debido proceso. A este respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Amparo directo 4506/2013) ha reconocido que, además de las formalidades esenciales del procedimiento, son garantías adicionales del debido proceso:

- a. La aplicación preferente y posterior de la ley permisiva o favorable, en relación con la restrictiva o desfavorable.
- b. La presunción de inocencia.
- c. El derecho de defensa.
- d. El derecho a un proceso público sin dilaciones justificadas.
- e. El derecho a ofrecer y controvertir pruebas que se alleguen contra el imputado y,
- f. El derecho a impugnar la sentencia condenatoria.

Estas garantías son consideradas necesarias para asegurar la defensa adecuada, previo al acto definitivo de privación de libertad o derechos. Además, la propia Suprema Corte señaló que en términos del artículo 17 constitucional, la existencia de medios de impugnación acarrea de manera paralela el acceso a una justicia completa e imparcial.

Por otro lado, este derecho al recurso, como parte integrante del debido proceso, debe ser interpretado en consonancia con lo establecido en diversos instrumentos internacionales de observancia obligatoria para el Estado mexicano, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 14.5 y 8.2, inciso h), respectivamente.

Si bien de los preceptos convencionales mencionados no queda duda alguna que la posibilidad de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior es un derecho del justiciable, resulta de suma trascendencia desentrañar cuál es el contenido de ese derecho. La mayoría de los autores contemporáneos coinciden en establecer que el derecho a recurrir el fallo implica la posibilidad de revisar el contenido íntegro de una sentencia, lo cual asegura un completo y efectivo acceso a la justicia.

Para Alberto Binder (2000), el derecho de recurrir ante un juez o tribunal superior implica un mecanismo de control real sobre el fallo, ya que se lleva a cabo por parte de funcionario diverso del que lo dictó y dotado del poder de examinar la determinación anterior, de tal suerte que la revisión no es meramente declarativa, sino que tiene efectos sustanciales. Por consiguiente, el otorgamiento de la facultad de impugnar

debe ser amplio, tanto en lo que respecta a las personas a quienes se les reconoce esa facultad, cuanto en lo referente a las resoluciones judiciales que pueden ser recurridas.

En palabras de Sergio García Ramírez, el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior integra el debido proceso legal, el cual debe permitir al superior entrar en el fondo de la controversia de forma efectiva, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas; inclusive, en aspectos tales como la individualización de la pena o medida, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (CoIDH, 2004).

En el mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, como órgano que supervisa la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determinó el contenido de tal derecho. De manera particular, en el caso *Domukovsky vs. Georgia (1998)*, el Comité observó que, de conformidad con la información que derivaba el asunto planteado, los autores no pudieron apelar el fallo condenatorio ni la pena, porque la ley preveía únicamente una revisión judicial que, aparentemente se realizaba sin una audiencia pública y versaba sólo sobre cuestiones de derecho. Por tanto, en estima del Comité, esa clase de revisión no reunía los requisitos previstos en el párrafo 5 del artículo 4 del Pacto, en que se requería una evaluación plena de las pruebas y de las incidencias del juicio.

3. Estándar recursivo fijado en el ámbito interamericano de derechos humanos

Como se anticipó, el derecho a recurrir el fallo o a la doble instancia encuentra sustento en el ámbito interamericano en el artículo 8.2, inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece que durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El contenido de éste ha sido desarrollado de manera importante por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

Para explicar lo anterior revisaremos diversos casos en los que los órganos del sistema interamericano han desarrollado los elementos considerados de suma importancia para considerar eficaz un recurso.

En el primero de ellos, el de *Abella y otros vs. Argentina (CIDH, 1997)*, el 18 de noviembre de 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adujo que un aspecto esencial derivado del debido proceso, era el derecho a que un tribunal superior examinara o reexaminara la legalidad de toda sentencia jurisdiccional que resultara en un gravamen irreparable a una persona, o cuando ese gravamen afectara los derechos o libertades fundamentales, como era la libertad personal.

La Comisión señaló que el recurso a que aludía el artículo 8.2, inciso h) del Pacto de San José permitía al inculpado proteger sus derechos mediante una nueva oportu-

nidad para ejercer su defensa, pues tenía como objeto otorgar la posibilidad a la persona afectada por un fallo desfavorable, de impugnar la sentencia y lograr un nuevo examen de la cuestión, esto es, controlar el fallo como resultado racional de un juicio justo conforme a la ley, a los preceptos de garantía y de la aplicación correcta de la ley penal.

La corrección del fallo —en estima del órgano interamericano— debía ser tanto formal como material. Desde un punto de vista formal, implica su procedencia contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho que determinen la parte resolutive de la sentencia. Por su parte, la revisión material se relaciona con la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insaneable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o la no aplicación de las mismas.

Posteriormente, en el *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú* (CoIDH, 1999), la Corte Interamericana de Derechos Humanos adujo que el derecho a recurrir el fallo consagrado por la Convención no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Por tanto, para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer el caso concreto, dado que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores.

Asimismo, en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica* (CoIDH, 2004) el órgano jurisdiccional interamericano analizó si el recurso de casación, como recurso extraordinario procedente dentro del sistema jurídico costarricense contra una sentencia condenatoria emitida dentro de un proceso penal era acorde con el derecho previsto en el artículo 8.2, inciso h) del Pacto de San José.

La Corte Interamericana expuso que el derecho de recurrir el fallo era una garantía primordial que se debía respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pudiera ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica, ya que se buscaba proteger el derecho de defensa, al otorgar durante el proceso, la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quedase firme una decisión adoptada con vicios y que contenía errores que ocasionaran un perjuicio indebido a los intereses de una persona.

Además, de acuerdo con el objeto y fin de la Convención Americana, el recurso que contempla el artículo 8.2, inciso h) de dicho tratado debía ser un recurso ordinario eficaz, mediante el cual un juez o tribunal superior procurase la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho y si bien los Estados tenían un margen de

apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no podían establecer restricciones o requisitos que infringieran la esencia misma del derecho de recurrir el fallo.

En ese sentido, independientemente de la denominación que se les diere a los recursos existentes para recurrir el fallo, lo importante es que el recurso garantizase un examen integral de la decisión recurrida. Por tanto, concluyó el órgano interamericano, el recurso de casación previsto en el ordenamiento jurídico costarricense no satisfizo el requisito de ser un medio de impugnación amplio que permitiera al tribunal superior realizar un análisis integral de las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior.

Finalmente, en el caso más reciente fallado sobre el tópico, esto es, el *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile* (CoIDH, 2014), la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al analizar el recurso de nulidad previsto en la legislación chilena como único medio de impugnación para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, expuso que, dada su regulación, en ninguna parte de la sentencia desestimatoria de los recursos de nulidad, emitida dentro del proceso penal instaurado contra los señores Norín Catrimán y Pichún Paillalao, se constató que la instancia revisora hubiere hecho un examen de los hechos del caso, ni de las consideraciones jurídicas sobre tipicidad para verificar las afirmaciones en que se había basado la sentencia recurrida.

Por tanto, a través del medio de impugnación hecho valer no se realizó un análisis de fondo para concluir que la sentencia condenatoria cumplía con las exigencias legales para tener probados los hechos ni sobre las razones de derecho que sustentaron la calificación jurídica de los mismos; ya que la simple descripción de los argumentos ofrecidos por el tribunal inferior, sin que el tribunal superior que resolvió expusiera un razonamiento propio que soportara lógicamente la parte resolutive de su decisión, implicó que el recurso no era eficaz.

Al referirse a la sentencia que desestimó los recursos de nulidad interpuestos en el proceso penal instaurado contra los señores Florencio Jaime Marileo Saravia, Juan Patricio Marileo Saravia, José Benicio Huenchunao Mariñán, Juan Ciriaco Millacheo Licán y Patricia Roxana Troncoso Robles el tribunal interamericano expuso que el Estado chileno violó en perjuicio de las víctimas, el derecho previsto en el artículo 8.2, inciso h) de la Convención Americana, ya que la Corte de Apelaciones de Temuco no realizó un examen integral de la decisión recurrida. Esto, debido a que dicho tribunal no analizó todas las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas impugnadas en que se basaba la sentencia condenatoria y, el derecho a recurrir una determinación debía asegurar que el fallo de condena proporcionara una fundamentación clara, completa y lógica, en la cual, además de realizarse una descripción del contenido de los medios de prueba, expusiera su apreciación de los mismos y se indicaran las razones por las cuales los mismos resultaban no confiables e idóneos para acreditar los elementos de la responsabilidad penal y, por lo tanto, desvirtuar la presunción de inocencia.

El análisis de los casos contenciosos a que hemos hecho referencia pone de manifiesto que el recurso a que alude el artículo 8.2, inciso h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe satisfacer los siguientes requisitos:

- a. Ordinario, que pueda ser instaurado antes de que la sentencia adquiriera la calidad de cosa juzgada.
- b. Accesible, ya que su presentación no debe requerir mayores complejidades que tornen ilusorio el derecho relativo.
- c. Eficaz, pues no basta con la existencia formal del recurso, sino que éste debe permitir que se obtengan resultados o respuestas al fin para el cual fue concebido.
- d. Integral, ya que el medio de impugnación debe asegurar la posibilidad de un examen total o completo de la decisión recurrida; esto es, se debe permitir que se analicen las cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas en que se basa la sentencia impugnada. Lo anterior en virtud de que, en la actividad jurisdiccional existe una interdependencia entre las determinaciones fácticas y la aplicación del derecho, de forma tal que, una errónea determinación de los hechos implica una indebida aplicación del derecho.
- e. Al alcance de toda persona condenada, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado.

4. Regulación del recurso de apelación en el Código Nacional de Procedimientos Penales

Dentro del sistema penal acusatorio el recurso de apelación está regulado en los artículos 471 a 484 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

De manera específica, el artículo 468 de la legislación adjetiva precisa cuáles son las resoluciones del tribunal de enjuiciamiento que resultan apelables y, tratándose de las sentencias definitivas, la fracción II de dicho numeral establece:

“Serán apelables las siguientes resoluciones emitidas por el Tribunal de enjuiciamiento:

(...)

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.” (CNPP, art. 468).

Un primer análisis de la regulación del recurso de apelación contra sentencias definitivas conduce a afirmar que la valoración de la prueba queda vedada de ser examinada mediante la apelación; sin embargo, como se verá con posterioridad, dicha afirmación no es absoluta.

La razón de ser de la regulación del recurso de apelación en los términos expuestos encuentra su justificación en la naturaleza misma del sistema penal acusatorio, pues no debe olvidarse que una de las características fundamentales de la transición del sistema inquisitivo a uno de corte acusatorio es la conversión del método de expediente al de audiencia.

En efecto, en el sistema penal acusatorio la audiencia, como vehículo conductor del proceso y nueva forma o método de producción de decisiones judiciales, será el escenario y eje del desarrollo del procedimiento, el espacio donde se materializan a plenitud los principios rectores del proceso penal.

En esos principios la inmediación adquiere gran relevancia, pues además de exigir la presencia ininterrumpida de las partes y del órgano jurisdiccional, prohíbe que el juez delegue en persona alguna la admisión, el desahogo o la valoración de las pruebas. Así, el principio en comento impone que el juzgador valore la prueba y falle de acuerdo con las impresiones personales que obtenga de los medios probatorios que desfilen ante él.

En este sentido, la presencia ininterrumpida del juez impide que el derecho a un juicio oral se burle por la vía de reconocer valor en la sentencia a algún medio de prueba que no haya sido producido durante el contradictorio, pues de nada serviría el juicio propiamente dicho si en el momento de la sentencia se permitiera al tribunal fallar sobre la base de prueba que no ha sido rendida ante él.

En otras palabras, la inmediación tiene su fundamento en el valor que se reconoce al juicio oral como instrumento para poner a prueba la confiabilidad de la información que el tribunal recibe; eso exige que toda la prueba que ha de fundar la sentencia se produzca durante el juicio y que quienes actúan como peritos o testigos estén directamente disponibles ante el tribunal para que las partes tengan oportunidad de someter a examen y contraexamen sus aseveraciones.

Bajo esa tesitura, la audiencia dentro del sistema penal acusatorio cobra gran importancia, pues a través de ella se depurará la información y, como lo señala Armenta Deu (2009), sólo lo que ha sido oralmente debatido en el juicio puede ser fundamento legítimo de la sentencia; el juicio, por tanto, debe ser oral y público para que cualquiera pueda verlo y oírlo y así, los jueces sólo puedan acceder a la prueba practicada ante ellos. Por ello, el juez que dicte la sentencia debe haber asistido a la práctica de las pruebas, apreciado las declaraciones y observado directamente los diversos medios de prueba que se desahoguen en el juicio oral.

De lo anterior se deriva que el principio de inmediación constituyó uno de los ejes centrales que tomó en cuenta el legislador para establecer un recurso de apelación

restringido contra sentencias definitivas. Por esta razón, en la iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana presentado por diversos legisladores, entre ellos Arely Gómez González (*Vid.* Proyecto de decreto del CPP), se estableció que, debido a que la inmediación no es compatible con un sistema de revisiones en el que las decisiones definitivas siempre o casi siempre son adoptadas por los tribunales superiores, se establecería una regulación de los recursos que permitiera realizar una revisión de los aspectos legales que pudieron haber sido inobservados o aplicados erróneamente, para que se pudieran anular aquellos actos procesales viciosos y, en su caso, repetir el juicio.

5. *¿Inconvencionalidad del artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales?*

Una vez que se ha determinado cuál es el estándar recursivo fijado por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos a propósito de la interpretación del artículo 8.2, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe dilucidarse si la regulación del recurso de apelación prevista en el artículo 468, fracción II, del Código Nacional de Procedimientos Penales, al tratarse de un recurso restringido, es acorde a los parámetros internacionales.

En nuestra estima, aun cuando un primer análisis de la regulación del recurso de apelación contra sentencias definitivas conduce a afirmar que la valoración de la prueba queda vedada de ser examinada mediante la apelación, la redacción de la propia fracción II, del artículo 468 del Código Nacional de Procedimientos Penales, permite sugerir un sistema en el que, a través de la detección de violaciones graves al proceso, se abra la oportunidad de que la apelación, sin perjuicio de la inmediación, otorgue competencia al tribunal de alzada para que pueda participar de la valoración y alcances de la prueba, vía análisis de la infraestructura racional del fallo, logrando así, la amplitud o plenitud que requiere un medio de impugnación para ser considerado como tal, acorde al estándar interamericano.

En ese sentido, el recurso de apelación previsto en la legislación adjetiva debe ser interpretado y aplicado de tal modo que permita al tribunal de alzada examinar al máximo de lo posible la validez de la sentencia recurrida. Dicho examen se debe realizar respetando la inmediación pero sin sobredimensionarla; ya que la oralidad, la publicidad, la contradicción y la propia inmediación no son suficientes para eliminar el riesgo del error judicial ni la arbitrariedad. Es así que, como lo señala Enrique Bagalupo (1994), la formación de la convicción judicial es un suceso complejo que se caracteriza por dos niveles diversos.

El primer nivel consiste en la formación sobre la base de lo percibido (lo visto y lo oído) en el juicio oral, de las premisas de las que se debe deducir la valoración de

la prueba. Aquí entran en juego las consideraciones del tribunal de instancia acerca de la veracidad de las declaraciones, la existencia de indicios, el significado de la prueba testimonial y pericial, así como el valor de las opiniones de los peritos. En esta fase, a su vez, existen dos aspectos de consideración: la percepción que tiene lugar en el juicio oral y la motivación de la interpretación de la percepción que tuvo lugar en dicho juicio.

El segundo nivel se trata de la observancia de las leyes de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos de las deducciones. Este nivel constituye lo que se denomina “infraestructura racional de la formación de la convicción”, donde la deducción a partir de la prueba no debe ser lógicamente contradictoria.

Bajo esa línea de pensamiento, el principio de inmediación que rige el sistema acusatorio, sólo excluye el control por parte del tribunal de apelación, aquello que dependa de la percepción sensorial de la prueba; pero nada impide el control o escrutinio de aquellos aspectos que, mediante la motivación, tanto de los hechos como de la prueba, conforman la estructura racional del fallo.

Esta manera de apreciar o concebir el recurso de apelación previsto en el Código Nacional de Procedimientos Penales, a través de la posibilidad de una revisión integral de la sentencia, que contemple los enlaces lógicos y la argumentación construida o utilizada por el juez para arribar a la conclusión definitiva y así, hacer controlable la valoración de la prueba, encuentra su fundamento en la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, es decir, de la potencialidad o capacidad de rendimiento.

Según esta teoría, el tribunal que conoce el recurso tiene un poder en potencia para revisar y eliminar de la sentencia condenatoria todos aquellos errores cuya comprobación no dependa de la inmediación propia del juicio oral.

Así, todo error, sea de hecho o de derecho será materia de recurso; salvo lo percibido única y directamente por los jueces orales, siempre y cuando el contenido o la fiabilidad de lo apreciado en debate no pueda establecerse, incluso, por otros medios no alcanzados por la inmediación.

En este sentido se sostuvo la resolución del caso Casal (CSJNA, 2005), en el que al analizar el recurso de casación (medio de impugnación limitado) previsto en la legislación de la República Argentina, la Corte Suprema de aquel país expuso que, al examinar el recurso no interesaba si el condenado al impugnar la sentencia había centrado su crítica en aspectos fácticos o jurídicos del fallo ni si se habían calificado como sustantivos sus motivos de agravio o el hecho de que los agravios hubiesen podido ser presentados de manera más eficaz, pues lo decisivo era que el recurrente hubiese expresado con claridad las razones en las que fundaba su disconformidad de lo decidido y, ante ello, el acierto o no de la sentencia condenatoria debía ser evaluada obligatoriamente mediante el esfuerzo máximo posible para fiscalizar la sentencia en relación con los agravios, del modo más extenso y amplio que esté a su alcance. Con

este argumento, también dejó en claro que no se trataba de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral y público del juicio penal, sino adaptarlo para que pudiera cumplir con las exigencias estrictas del derecho del condenado a impugnar ampliamente los errores de todo tipo de sentencia.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que cuando a través de un razonamiento lógicamente incorrecto, contrario a las máximas de la experiencia o en contravención a principios científicos, la valoración de la prueba cimiente la existencia o certeza de los hechos, el tribunal de alzada podrá participar de los alcances de los medios de convicción, pues no estará de por medio lo percibido por el órgano de instancia a través de los sentidos, sino la estructura lógica y racional de la determinación impugnada.

Por tanto, aun cuando la inmediación resulta necesaria y efectiva para tener un conocimiento claro y preciso, tanto de lo que se debate durante la audiencia como de la manera en que se diga lo debatido, la apreciación del juzgador no puede ser caprichosa ni arbitraria, sino que la valoración libre y lógica a que alude el Código Nacional de Procedimientos Penales encuentra limitaciones, a saber, las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia y los principios científicos.

Luego, si la resolución emitida por el tribunal de enjuiciamiento encuentra su motivación en contravención a las limitaciones aludidas, esto es reglas de lógica, máximas de experiencia y principios científicos, el tribunal de apelación podrá pronunciarse sobre el particular, con el efecto de anular en su caso, el juicio y la sentencia para la realización de uno nuevo, o sólo la sentencia para que, en función de las circunstancias del caso se dicte una de reemplazo parcial o total, cumpliendo así con el estándar interamericano, atinente a la revisión integral del fallo recurrido.

6. Conclusiones

Si bien una primera interpretación del artículo 468, fracción II del Código Nacional de Procedimientos Penales pareciera cerrar la posibilidad de que el tribunal de alzada, por vía de la apelación, valore la prueba desahogada en juicio oral, una interpretación acorde a la redacción del mismo precepto permite sugerir un sistema en el que, a través de la detección de violaciones graves al proceso, se abra la oportunidad de que la apelación, sin perjuicio de la inmediación, permita que el *Ad quem* participe de la valoración y alcances de la prueba, vía análisis de la infraestructura racional del fallo, satisfaciendo así el estándar interamericano que precisa análisis de cuestiones fácticas, probatorias y jurídicas.

V. Referencias bibliográficas

1. Libros

- ARMENTA DEU, Teresa, 2009, *Lecciones de derecho procesal penal*, España, Marcial Pons.
- AYÁN, Manuel N., 2007, *Medios de impugnación en el proceso penal*, Argentina, Alveroni Ediciones.
- AZZOLINI BRINCAZ, Alicia, 2015, “Las salidas alternas al juicio en el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, UBIIUS.
- BACIGALUPO, Enrique, 1994, *La impugnación de los hechos probatorios en la casación penal y otros estudios*, Argentina, Ad-Hoc.
- BARBERÁ DE RISO, María Cristina, 2006, *Los recursos penales. Lineamientos*, 2ª ed., Argentina, Jurídica Mediterránea.
- BENAVENTE CHORRES, Hesber, et al., 2014, *Código Nacional de Procedimientos Penales comentado*, México, Flores Editor.
- , 2011, et al., *Principios del Proceso Penal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Derecho Procesal Penal Aplicado*, 2ª ed., México, Flores Editor.
- BINDER, Alberto M., 2000, *Iniciación al proceso penal acusatorio (para auxiliares de justicia)*, Argentina, Campomanes Libros.
- BOVINO, Alberto, 2001, *La suspensión del procedimiento penal a prueba en el Código Penal Argentino*, Argentina, Editores del Puerto.
- , 1998, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Argentina, Editores del Puerto.
- CAROCCA P., Alex, 2000, *El Nuevo Proceso Penal*, Chile, Editorial Jurídica Conosur.
- CARREÓN HERRERA, José Héctor, 2015, “La víctima en el proceso penal”, en *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, et al. (coords.), México, UBIIUS.
- DÍAZ MADRIGAL, Ivonne Nohemí, 2013, *La mediación en el sistema de justicia penal: justicia restaurativa en México y España*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto y Daniel Horacio Obligado, 2010, *La casación penal*, 2ª ed., Argentina, Nova Tesis.
- CONTRERAS MELARA, José Rogelio, 2015, *Métodos alternos de solución de controversias y salidas alternas al proceso penal acusatorio*, México, Centro de Estudios sobre la Enseñanza y Aprendizaje del Derecho.

DE LA RÚA, Fernando, 1994, *La casación penal. El recurso de casación penal en el Nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, Argentina, Ediciones De Palma.

FEDEL, Daniel B, 2009, *El recurso de casación. Doble conforme y garantías constitucionales*, Argentina, Cathedra Jurídica, 2009.

GORJÓN GÓMEZ, Francisco Javier (coord.), 2013, *Mediación penal y justicia restaurativa*, México, Tirant lo Blanch.

HUERTA PSIHAS, Elías (2015). “Justicia Alternativa y el Código Nacional de Procedimientos Penales”, en MORENO HERNÁNDEZ, Moisés y ONTIVEROS ALONSO, Miguel (coords.), *Comentarios al Código Nacional de Procedimientos Penales*, México, UBIUS.

HORVITZ LENNON, María Inés, *et al.*, 2003, *Derecho Procesal Chileno. Tomo I. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Chile, Editorial Jurídica de Chile.

LANGER, Máximo (2001). “La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado”. *El procedimiento abreviado*. Maier, Julio y Alberto Bovino (comp.), Argentina, Editores del Puerto.

MAIER, Julio B (2001). *El procedimiento abreviado*, Argentina, Ediciones del Puerto,

———, *Entre la inquisición y la composición*. Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: “In memoriam”, Arroyo Zapatero, *et al.*, (coords.), Universidad de Castilla-La Mancha. España.

OLVERA LÓPEZ, Juan José, 2011, “Alternatividad y oportunidad en el sistema acusatorio”, en *El nuevo sistema de justicia penal acusatorio desde la perspectiva constitucional*, México, Consejo de la Judicatura Federal, Poder Judicial de la Federación.

2. Revistas

AZZOLINI BRINCAZ, Alicia y NETTEL DÍAZ, Ana Laura, 2014, *et al.*, “Las salidas alternas al juicio: Los motivos del constituyente en la reforma de 2008 y los objetivos del proceso penal”, *Revista Alegatos*, No. 86, enero-abril, México, Universidad Autónoma Metropolitana.

BARRIENTOS PARDO, Ignacio, 2009, “Recurso efectivo contra la sentencia que no concede beneficios de la ley”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, No. 11, Chile.

COPONI, Cristian Fernando (2003). “¿Juicio Abreviado: el debate como artículo de lujo?”. *Revista de estudios criminales*, Brasil, No. 12, diciembre.

DEL RÍO FERRETI, Carlos, 2008, “El principio del consenso de las partes en el proceso penal y enjuiciamiento jurisdiccional: aclaraciones conceptuales necesarias”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, No. 1, vol. 33.

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, 2008, “Justicia Restaurativa y Mediación Penal de la teoría a la práctica,” en *Lex Nova*, Madrid, No. 23.

FALCONE SALAS, Diego, 2005, “La absolución en el procedimiento abreviado”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaiso*, Chile, No. XXVI, semestre I.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E, 2007, “La justicia restaurativa *versus* la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, en *Prolegómenos. Derechos y Valores*, Colombia, vol. X, No. 20, julio-diciembre.

VIDELA BUSTILLOS, Lino, 2010, “Los acuerdos reparatorios a la luz del concepto de reparación”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Chile, No. 13.

ZEHR, Howard, 2003). “Justicia Restaurativa. El Concepto. El movimiento que abarca el campo de la justicia penal se enfoca en el daño y en la responsabilidad”, *Justicia. Revista del Poder Judicial*, Managua, Segunda Época, Año 8, No. 29, septiembre.

3. Fuentes electrónicas

Amparo directo en revisión 4491/2013, Suprema corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160125&SinBotonRegresar=1> (fecha de consulta mayo de 2016).

Amparo directo en revisión 4506/2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=160182> (fecha de consulta mayo de 2016).

Amparo directo en revisión y diverso 1619/2015, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=1619&Anio=2015&TipoAsunto=0&Pertenecia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0> (fecha de consulta mayo de 2016).

ARGENTI, Natalia, “El Juicio Abreviado: Una Herramienta Eficaz”, disponible en: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/20962/Documento_completo.pdf?sequence=1 (fecha de consulta mayo de 2016).

BAZZANI MONTOYA, Darío, “Poderes de control del juez en la terminación anticipada del proceso por acuerdo y aceptación de cargos”, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3319123.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

BUENROSTRO BÁEZ, Rosalía, *et al.*, *Justicia alternativa y el sistema acusatorio*, México, Secretaría de Gobernación disponible en: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Justicia-alternativa-y-el-sistema-acusatorio.-Buenrostro-Baez-Pesqueira-Leal-Soto-Lamadrid.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

CASTAÑO VALLEJO, Raúl, “El sistema penal acusatorio en Colombia y el modelo de derecho penal premial. Análisis de las sentencias 36.502 de 2011 y 38.285 de 2012

de la Corte Suprema de Justicia y la sentencia C-645 de 2012 de la Corte Constitucional”, disponible en: <http://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/viewFile/2257/2187> (fecha de consulta mayo de 2016).

CHINCHILLA CALDERÓN, Rosaura, “Proceso Penal Abreviado y Derecho de la Constitución. Análisis del instituto a la luz de la jurisprudencia constitucional”, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r17110.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

CORIGLIANO, Mario E., “*Juicio abreviado una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal*”, disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista021/Abreviacion_del_proceso_penal.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

DÍAZ GUDE, Alejandra, “La Mediación Penal y los Acuerdos Reparatorios: Potencialidades de Aplicación y Principios Involucrados”, en *Ponencia sobre Justicia Restaurativa (mediación penal) III Encuentro de Resolución Pacífica de Conflictos, CEJA – JSCA*, disponible en: <http://www.justiciarestaurativa.org/news/la-mediacion-penal-y-los-acuerdos-reparatorios-potencialidades-de-aplicacion-y-principios-involucrados> (fecha de consulta mayo de 2016).

DICTAMEN del 11 de diciembre de 2007, “Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia y Derechos Humanos de la LIX Legislatura”, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/60/2007/dic/20071211-VIII.html> (fecha de consulta mayo de 2016).

DOMINGO DE LA FUENTE, Virginia, “*Análisis de la mediación y la justicia restaurativa como derecho de las víctimas*”, disponible en: <file:///C:/Users/Roc%C3%A4DoLeticia/Downloads/Virginia%20Domingo.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

GUTIÉRREZ PARADA, Óscar, “*Formas de terminación anticipada en el procedimiento penal acusatorio*”, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la implementación del Sistema de Justicia Penal, disponible en: <http://setecc.egobierno.gob.mx/files/2013/03/Formas-de-terminacion-anticipada-en-el-Procedimiento-Penal-Acusatorio.-Gutierrez-Parada.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

Iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Procesal Penal para la República Mexicana, disponible en: http://www.partidoverde.org.mx/pvem/wp-content/uploads/2013/05/INI_Codigo_Procesal_Penal.pdf,

Iniciativa con proyecto de decreto por la que se expide el Código Único de Procedimientos Penales, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Iniciativa/Iniciativa_Sen_Escudero.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

MAIER, Julio B., “*¿Hacia un nuevo sistema de control de las decisiones judiciales?*”, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/2/cnt/cnt3.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

MANRÍQUEZ ROSALES, Juan Carlos, “*Libertad para convenir salidas alternativas en el sistema acusatorio: Acuerdos reparatorios (art. 241) y Suspensión*”

Condicional del procedimiento (art. 237) en el Código Procesal Penal de Chile”, disponible en: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/76C0A-3C2E68081B605257E8C00737A76/\\$FILE/2060_5_06_libertad_para_conservar_salud_alternativas_en_el_sistema_acusatorio.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/76C0A-3C2E68081B605257E8C00737A76/$FILE/2060_5_06_libertad_para_conservar_salud_alternativas_en_el_sistema_acusatorio.pdf) (fecha de consulta mayo de 2016.)

Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa, Organización de las Naciones Unidas, disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro E., “La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia acusatoria”, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., “*Las salidas alternas en el diseño del nuevo proceso penal: breves notas desde la experiencia de la reforma en las entidades de la federación*”, disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/11/rjf/rjf6.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

OCAMPOS GONZÁLEZ, Gustavo Adolfo, “La suspensión condicional del procedimiento”, disponible en: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/nacional/penal/Gustavo-Ocampos-La-Suspenci%C3%B3n.pdf> (fecha de consulta mayo de 2016).

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Manual sobre programas de justicia restaurativa. Serie de manuales sobre justicia penal*, disponible en: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

ORTIZ CRUZ, Fernando, “Formas anticipadas de terminación de los procesos penales”, disponible en: http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2011/diplojusticiapenal/PONENCIA%20MAGDO%20ORTIZ%20FORMAS%20ANTICIPADAS%20DE%20TERM.%20PROC.%20PENALES%20MAYO%202011_docx.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

Principios básicos para la aplicación de programas de justicia restaurativa en materia penal, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, disponible en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_1080_1.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

Principios Básicos sobre la utilización de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal, Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, disponible en: https://www.unodc.org/documents/commissions/CCPCJ/CCPCJ_Sessions/CCPCJ_11/E-CN15-2002-05-Add1/E-CN15-2002-5-Add1_S.pdf (fecha de consulta mayo de 2016).

RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, “*Aproximación al estudio de la justicia penal negociada de los EE.UU.: The plea bargaining process*”, disponible en: <http://dspace.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/4905/Aproximaci%C3%B3n%20a%20Estu>

dio%20de%20la%20Justicia%20Penal%20Negociada%20de%20los%20EE.UU.pdf?sequence=1 (fecha de consulta mayo de 2016).

SAÉZ MARTIN, José Eduardo, “*El papel del juez de control en el sistema acusatorio, según el Proyecto de Código Procesal Penal Único para México*”, disponible en: [http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/36/Jorge %20Eduardo %20S%-C3%A1ez%20Martin.pdf](http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/36/Jorge%20Eduardo%20S%C3%A1ez%20Martin.pdf) (fecha de consulta mayo de 2016).

4. Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas No Privativas de Libertad.

Reglas de Tokio.

Acuerdo A/001/16 de la Procuraduría General de la República, 15 de enero de 2016.

Punto de Acuerdo del H. Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, 22 de mayo de 2015, Consejo de la Judicatura Federal.

5. Sentencias y resoluciones

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, 1998, *Caso Domukosvky vs Georgia*. Comunicación No. 626/1995, U.N. Doc.CCPR/C/62/D/626/.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), 1997, *Caso Abella y otros vs Argentina*. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/97span/Argentina11.137.htm>

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CoIDH), 1999, *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo. Serie C, No. 52.

———, 2004, *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio. Serie C, No. 107.

———, 2014, *Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) vs Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 29 de mayo. Serie C, No. 279.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA (CSJNA), 2005, *Caso Matías Eugenio Casal y otros*. Recurso de Hecho. Sentencia de 20 de septiembre. Causa No. 1681.

Código Nacional de Procedimientos Penales, en perspectiva.
Reflexiones desde la judicatura
Se terminó de imprimir en el mes de noviembre de 2016;
en Servicios Profesionales en Impresión (SEPRIM),
Amelia Hernández Ugalde HEUA-730908-AM1
Cda. de Técnicos y Manuales 19-52, Lomas Estrella,
Iztapalapa, C.P. 09880, Tel. 54497754 y 54437753
Tiraje 1,700 ejemplares

Esta obra tiene por objeto esclarecer algunos temas relevantes y de controversia que suscita en la práctica la aplicación del Código Nacional de Procedimientos Penales, para servir de herramienta para los operadores del sistema y, al mismo tiempo, realizar aportes académicos serios desde la perspectiva de la judicatura. Por esta razón, se cuenta con la valiosa colaboración de cuatro jueces federales especializados en el nuevo sistema, así como de un académico destacado, quien fuera también juez especializado. La pretensión esencial de los autores estriba en transmitir soluciones prácticas y asequibles para el sistema acusatorio y oral, especialmente las que han implementado en su quehacer diario al operar con el Código Nacional, y por las que han zanjado las aparentes deficiencias, contradicciones, ambigüedades o vaguedades que dicho texto normativo refleja en su primera aproximación.

Los autores tienen presente que la literalidad del texto sólo representa el primer acercamiento y punto de contacto para el esclarecimiento de la norma que subyace a la disposición que se interpreta. Incluso se parte de la base y preferencia de que la intelección del Código Nacional requiere del uso adicional de gran variedad de pautas interpretativas, como acontece con criterios sistemáticos, funcionales y de carácter axiológico principal, conforme a la ya expuesta estructura específica del Código. De ahí que, por ejemplo, sea un referente común el potenciar la pretensión legislativa imbibita en nuestra legislación adjetiva, especialmente en cuanto a que nuestro procedimiento penal está orientado a una salvaguarda de derechos fundamentales, y que su sustento deriva de los principios y características inmanentes al sistema acusatorio y oral. De esa manera, las interpretaciones correctivas, funcionales y a favor de la persona son expuestas y empleadas en los distintos capítulos de este libro como parámetro nuclear en la construcción de las propuestas de solución.



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

