

SEGUNDA PARTE

EL DISEÑO PROCESAL PENAL ACUSATORIO EN MÉXICO: PRIMERA APROXIMACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende realizar una aproximación a las tendencias de la reforma procesal penal en las entidades de la Federación. Considerando las limitaciones de espacio propias de este trabajo, no se pretende realizar una reflexión profunda sobre el tema, tarea que se espera poder abordar más adelante, sino más bien señalar los que en nuestra perspectiva son los más importantes aspectos de los procesos de reforma a los diversos sistemas de justicia penal en los estados de nuestro país.

En este contexto, iniciaremos por subrayar algo que, quizá por evidente, se está dejando de lado. Nos referimos al hecho de que la mayor parte del debate sobre la reforma está centrado en los proyectos dirigidos a la reforma del sistema federal, lo que conlleva que no se reconozca suficientemente la importancia del proceso penal local, que algunos aspectos pueden ser más importantes que la reforma a nivel federal.

Esta trascendencia del proceso penal ante el fuero común se puede justificar, entre otras muchas y válidas razones, por dos de especial importancia: en primer lugar, por que la mayoría de los procesos penales que se realizan en este país se tramitan en el fuero común; en segundo lugar, porque en este

momento, los consensos políticos para avanzar en favor de la reforma se han alcanzado en los congresos locales, lo que contrasta en buena medida con los fracasos a nivel federal.

Por lo que respecta a la primera de las razones señaladas, debe recordarse que la competencia del fuero común es residual, en otras palabras, sólo lo que no es competencia federal en materia criminal corresponde a las entidades de la Federación y considerando que la forma de calificar a un delito como federal¹⁰ implica un filtro elevado, es evidente que la cantidad de trabajo que le corresponde a las entidades es muy amplia ya que conocerá de la mayoría de los casos en que un ciudadano tiene contacto con el proceso penal.

Aunque no es fácil obtener datos concretos sobre este punto, basta un pequeño ejemplo para observar que desde la perspectiva del ciudadano la cara de la justicia penal que conoce es el juez penal de primera instancia del fuero común. Entre 1997 y 2001 los delitos denunciados ante agencias del Ministerio Público en México fueron 7 551 376.¹¹ De estos, correspondieron al fuero común 94.49% y al fuero federal, sólo, 5.51%. Es evidente que la carga de la justicia penal está en los estados de la Federación y que la reforma a este proceso es la que incidirá en la mayor parte de la sociedad mexicana, que en la mayoría de los casos no se encuentra envuelta en procesos penales federales.

Por otra parte, es evidente que los consensos para obtener reformas a los códigos se han obtenido en el ámbito de los congresos de las entidades. En este sentido basta considerar que hasta este momento¹² están vigentes nuevos códigos en

¹⁰ *Cfr.* artículo 50 de la LOPJF.

¹¹ *Cfr.* Sistema de Información Delictiva, México, INACIPE, 2004.

¹² El presente trabajo incluye las reformas hasta el mes de julio de 2008. Al respecto pueden verse las fechas de entrada en vigor de los nuevos códigos

los estados de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca. Así como los nuevos códigos procesales penales aprobados y próximamente a iniciar su vigencia en los estados de Morelos, Zacatecas y Baja California. Debe enfatizarse que este conjunto de entidades realizaron las reformas referidas en fecha previa —en algún caso con casi cuatro años de adelanto— a la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

Este hecho convierte a las entidades en la vanguardia del proceso penal en México y, al mismo tiempo, en una especie de banco de pruebas o de laboratorio para ver como funcionan las nuevas instituciones jurídicas —lo que en muchos casos implica un “transplante” jurídico—¹³ en nuestro país a partir de nuestras condiciones, es decir, en relación con la tradición jurídica mexicana, con la formación en México de abogados, jueces y ministerios públicos, con la estructura institucional y, de especial importancia: la posible relación del nuevo sistema de justicia penal con la institución mexicana por antonomasia como es el amparo.

En este contexto, resulta de la mayor importancia el conocimiento de los sistemas de justicia penal en las entidades de la Federación. La primera cuestión que salta a la vista es que a pesar de lo que se podría pensar, el hecho de que actualmente, existan varios modelos de proceso penal vigentes no es en realidad ninguna novedad ya que se puede afirmar que un modelo

procesales penales de las entidades mencionadas que se incorpora en las tablas del anexo 1.

¹³ Aunque se ha señalado que la metáfora del transplante en el derecho comparado puede ser sustituida —en materia procesal penal— por la de una “traducción jurídica, dado que las instituciones jurídicas se modifican en función de las diferencias culturales y estructurales de los distintos sistemas. *Cfr.* LANGER, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: the Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, num. 45, 2004, pp. 5 y ss. Trabajo disponible (última fecha de consulta agosto de 2008) en consulta con el autor.

único de proceso penal en las entidades no se ha podido encontrar ni siquiera en las décadas de mayor influencia del centro, por lo que vale la pena hacer un breve recorrido de las “familias” procesales que han existido para después comentar las líneas generales de los nuevos modelos procesales acusatorios en nuestro país.

Así pues, debemos partir de que existe una base común en la mayoría de las entidades de la Federación, donde encontramos que el proceso penal es homogéneo y muy similar al procedimiento federal; para explicar este fenómeno se ha señalado¹⁴ que el Código Federal de Procedimientos Penales ha tenido en las entidades mayor influencia que el Código Federal de Procedimientos Civiles, por lo que en buena medida la mayoría de los códigos locales recoge la estructura del proceso federal. Sin embargo, como se ha comentado, aun en las etapas de mayor influencia del modelo federal podemos encontrar que existen algunos códigos locales que se han apartado de este modelo, estableciendo matices que en algunos casos han sido muy valiosos.

1. *Los códigos de Querétaro, Hidalgo y Baja California*

En estos estados resulta evidente que la técnica legislativa, sistemática orientaciones y contenido representan un marcado avance en la evolución de la legislación penal mexicana. Estos códigos se encuentran basados en el modelo del Anteproyecto del Código de Procedimientos Penales redactado por una comisión del Instituto Nacional de Ciencias Penales que trabajó sobre el mismo de julio de 1986 a agosto de 1988.

¹⁴ Cfr. OVALLE FAVELA, José, *Teoría general del proceso*, 6a. ed., México, Oxford University Press, 2005, pp. 74 y 75.

Esta comisión fue encabezada por el maestro Celestino Porte Petit e incluyó a José Ovalle Favela, Jesús Zamora Pierce, Bernardo Tirado, Roberto Hernández y Moisés Hernández. Este anteproyecto sirvió de base a los códigos del 3 de julio de 1989 de Querétaro, del 10 de agosto de 1989 de Baja California y, además, el anteproyecto de Hidalgo. Este código destaca por haber introducido expresamente elementos de prueba ilícita, tal como se encuentra en la regulación de la nulidad de la declaración del detenido sin defensor.

2. El modelo procesal de Guerrero, Morelos y Tabasco

Puede señalarse que esta familia de códigos implica una variante del modelo federal o modelo tradicional, aunque se aprecia que este conjunto de códigos es un avance en relación con su alto grado de precisión técnica jurídica. En este sentido puede destacarse la regulación de los principios del código, así como las líneas generales del proceso penal.

Esta familia se compone de tres códigos: el Código de Procedimientos Penales de Guerrero, de 1993, elaborado bajo los auspicios de José Francisco Ruiz Massieu, siendo, además, el más breve. A este ordenamiento se suma el Código de Procedimientos Penales de Tabasco, de 1996, y el Código de Procedimientos Penales de Morelos, de 1997.

3. La variante de Coahuila

El Código de Procedimientos Penales de Coahuila de 1999, aún vigente, constituye en sí mismo una categoría propia dentro de la regulación del proceso penal en las entidades ya que establece un sistema diferente, que se encuentra influido por el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, al di-

vidir los delitos en tres categorías: las faltas penales, los delitos de pena alternativa y los delitos en general.

La vía de la falta penal procede cuando concurren las condiciones siguientes: 1. Se trate de delito cuya pena máxima de prisión no exceda de tres años sin que se incluya en este cálculo los atenuantes que puedan reducir la sanción. 2. No se trate de delito que la ley excluya del beneficio procesal de penalidad alternativa. 3. El inculcado no se haya acogido a la vía de falta penal en dos ocasiones respecto de las que aún no transcurran los términos de reiteración ficta a que se refiere el Código Penal en relación con los delitos que las motivaron, y 4. En los casos en que exista por los menos indicios del cuerpo del delito y de la intervención del inculcado. Para ello será suficiente denuncia o querrela cuyos hechos los comprenda.

El procedimiento para su tramitación es sencillo: el Ministerio Público verificará si se cumplen los requisitos de la procedencia de la vía. De ser así, citará a la persona inculpada a una audiencia. Al iniciar la audiencia, el Ministerio Público, o en su caso, el juez, preguntará a la persona inculpada si antes se ha sometido a la vía de falta penal y, en su caso, en cuántas ocasiones, cuándo, dónde y ante qué autoridad del Ministerio Público o judicial, según el caso.

En la audiencia el Ministerio Público o, en su caso, el juez, le hará saber a petición de la persona inculpada la falta que se le atribuye y que si la reconoce sólo le impondrá el pago de una multa y, además, el pago de otra cantidad que resulte en concepto de pago preventivo para la reparación del daño, misma que se entregará al ofendido o víctima o, en su caso si no la recoge o se niega a recibirla, se depositará en el Fondo para la Reparación del Daño en Vía de Falta Penal, éste quedará a cargo de la Secretaría de Finanzas.

De igual forma se informará a la persona inculpada que si se acoge a la vía de falta penal se procederá de la manera siguiente:

1. La multa se podrá fijar hasta en dos terceras partes del máximo de multa que corresponda al delito de que se trate.
2. El monto del pago preventivo de la reparación del daño se fijará:
 - a) En forma estimada por el Ministerio Público con base en lo probado en las constancias de autos, o
 - b) Cuando no haya prueba en autos del daño se fijará una cantidad igual a la multa.
3. Se prescindirá de cualquier otra sanción que la ley penal señale al delito, salvo la reparación del daño, a la que quedará obligada al aceptar la falta.
4. La falta no se considerará como antecedente penal.
5. El pago de la multa y el pago preventivo para la reparación del daño, junto con las demás condiciones de procedencia de la falta penal, impedirán que el Ministerio Público ejercite en contra de aquél la acción penal por el hecho presuntamente delictivo que se le atribuye y será motivo para determinar el no ejercicio de la acción penal o, en su caso, el sobreseimiento.

Si la persona inculpada se ha acogido antes a la vía de falta penal por una vez sin que aún transcurran los términos para la reiteración ficta a que se refiere el Código Penal, podrá acogerse por última ocasión a aquella, pero se duplicará tanto la multa como el pago preventivo por reparación del daño cuando éste se fije por cantidad igual a la multa.

Para que produzca efectos la vía de falta penal, en la misma audiencia que se le dé a conocer aquella, la persona inculpada deberá expresamente reconocer la falta y convenir en reparar el daño. En esta audiencia, el Ministerio Público le fijará la multa que corresponda y el importe de la cantidad que resulte en concepto de pago preventivo para la reparación del daño, de acuerdo a los párrafos anteriores. Asimismo, de acuerdo con el Código de Procedimientos Penales, a la persona inculpada se le considerará obligada a la satisfacción de la reparación del daño, bien sea porque no haga el pago preventivo, o porque haciéndolo subsista un saldo insoluto para que se repare todo el daño por la vía que corresponda.

De no pagarse la multa o de no hacerse el pago preventivo de la reparación del daño, dentro del plazo de diez días contados a partir del día siguiente de que el inculcado se acoja a la falta penal, de inmediato se continuará con la averiguación, pero subsistirá la obligación de pagar la reparación.

Cuando en la audiencia respectiva la persona inculpada no reconozca expresamente la falta, el Ministerio Público dará por concluida la audiencia y continuará la averiguación previa, sin perjuicio de que en seguida le tome su declaración a la persona inculpada, para la cual, aquél procederá con todas las formalidades legales. El Ministerio Público también continuará con la averiguación previa cuando la persona inculpada omita pagar la multa o no haga el pago preventivo en el plazo correspondiente. En estos supuestos, la persona inculpada ya no podrá acogerse después a la vía de falta penal respecto a los hechos que motivan la averiguación.

Por otra parte, si el Ministerio Público ejercita acción penal sin antes citar a la persona inculpada no obstante que en autos constaba su domicilio y, además, se cumplan los requisitos ya señalados, el juez mandará aclarar a fin de que el Ministerio

Público cite a la persona inculpada para los efectos de la falta penal.

La vía de falta penal será revocable y, en su caso, la determinación de no ejercicio de la acción penal o el auto de sobreseimiento, cuando por cualquier causa se llegue a conceder la vía sin cumplirse con todos los requisitos para su procedencia, o porque luego aparezca que los hechos constituyen delito que amerite una pena mayor, o porque exista simulación o falsedad de la falta penal. En tales casos, se citará al inculpado a una audiencia ante el propio Ministerio Público o el juzgador, según corresponda, quienes resolverán lo que proceda dentro de los cinco días siguientes. En los casos en que el juzgador deba resolver, éste procederá a petición del Ministerio Público, del ofendido, de la víctima o de los abogados de éstos. En el caso que se revoque el auto de sobreseimiento, el juez de oficio reiniciará la causa con base en la acción penal que antes la motivó.

Los delitos de pena alternativa dan lugar a la vía sumaria.

Para los efectos procesales, de acuerdo con la regulación procesal de Coahuila, se considerarán de penalidad alternativa los delitos que sin incluir atenuante su pena máxima de prisión sea de seis años o menos; excepto si son graves y los que sean expresamente excluidos en el artículo 30 de Código de Procedimientos Penales referido, que enumera ciertos delitos dolosos con pena de prisión inferior a seis años; los delitos culposos de homicidio y el de incendio; delitos culposos de lesiones gravísimas o graves, cuando se omita reparar el daño, delitos culposos cometidos con modalidad agravante; delitos en los que la pena máxima de prisión se reduce a seis años o menos, por modalidad atenuante; los delitos cuando exista reiteración delictiva, y, finalmente, delitos en los que se violan medidas de arraigo judicial.

La tramitación del procedimiento en estos delitos es similar al procedimiento ordinario con una reducción expresa de los

plazos. Así en la vía sumaria, la fase probatoria se regulará igual que en la vía ordinaria; con las salvedades siguientes:

1. El término para ofrecer pruebas será de veinte días comunes.
2. La audiencia principal se llevará a cabo no antes de cinco días, ni más de quince; contados a partir del auto de admisión.
3. El término para ofrecer pruebas para la audiencia adicional será de cinco días. La audiencia adicional se llevará a cabo no antes de cinco días, ni más de diez; siguientes al auto de admisión.

Se establece que los artículos relativos al juicio en la vía ordinaria son aplicables a la vía sumaria, pero los plazos para formular conclusiones serán de cinco días y el plazo adicional por volumen del expediente nunca excederá de tres días. Los plazos que se concedan al delegado serán de cinco días.

La audiencia final se fijará no antes de cinco días, ni después de diez. El juez dictará sentencia en la misma audiencia final. En esta audiencia sólo se darán a conocer oralmente los puntos resolutive de la sentencia, que decidan sobre el cuerpo del delito y/o la responsabilidad penal del inculpado y la reparación del daño. Los que se asentarán en el acta. Sin perjuicio de glosar por escrito los considerandos junto con aquéllos y demás resolutive, dentro de los cinco días siguientes. La sentencia surtirá sus efectos hasta que conste en su integridad por escrito; se firme y se notifique.

Debe señalarse que, en concordancia con lo anterior, la vía ordinaria procederá en todos los casos que la vía sumaria sea improcedente y no se reúnan las condiciones para la vía de oblación, es decir, los casos en que exista petición de proceso

abreviado con renuncia a pruebas de acuerdo con lo señalado en el artículo 505 del mismo Código de Procedimientos Penales.

4. *Los nuevos códigos acusatorios*

Finalmente, a partir del año 2004 y como parte del las nuevas tendencias de democratización del Estado de derecho y su reflejo en el proceso penal se presentaron iniciativas de reforma o establecimiento de nuevos códigos en los estados de Nuevo León, Estado de México, Chihuahua y Oaxaca. En los apartados siguientes del presente trabajo se hará un comentario de la regulación de cada uno de estos códigos, sin embargo, antes y como parte final de este epígrafe haremos una sucinta mención de la aprobación de estas normas. Por último, antes de dar paso a este recuento de los trámites legislativo, debe señalarse que los códigos de Oaxaca y Chihuahua son parte de una misma familia de códigos, aunque tienen entre si diferencias, que en algunos casos son muy significativas por lo que se tratarán por separado cuando así se justifique. De igual forma, se hará mención de los demás códigos de esta familia: los aprobados en Morelos, Zacatecas y Baja California cuando conlleven una diferencia que sea de importancia, dado que ya se encuentran aprobados aunque a la fecha en que se presenta este trabajo no han iniciado su vigencia.

II. LA ENTRADA EN VIGOR DE ESTOS CÓDIGOS

1. *Nuevo León*

El 2 de julio del 2004 el Ejecutivo del estado presentó una iniciativa en la que planteó la incorporación del sistema del jui-

cio oral en Nuevo León aplicable a delitos culposos no graves y el 20 de julio del 2004 el H. Congreso de ese estado expidió el Decreto 118 mediante el cual en el Código de Procedimientos Penales se incorporó el sistema de juicio oral; decreto que fue publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Nuevo León* (en adelante *Periódico Oficial*) el 28 de julio del mismo año cuyas disposiciones relativas al juicio oral penal entraron en vigor dentro de los 120 días siguientes a la publicación del decreto, es decir, el 25 de noviembre del citado año.

El gobernador de Nuevo León, el 11 de julio del 2005 sometió a consideración del Congreso una iniciativa a fin de ampliar la competencia del juicio oral a 38 delitos dolosos no graves; 23 de oficio y 15 de denuncia, y a los delitos culposos graves; además de reformar la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, y el 25 de noviembre del 2005 el Congreso expidió el Decreto 279 mediante el cual reformó el Código Penal de Procedimientos Penales y la Ley de Ejecución de Sanciones Penales atendiendo a la iniciativa presentada; decreto que fue publicado en el *Periódico Oficial* el 7 de diciembre del mismo año; cuyas disposiciones relativas al juicio oral penal entraron en vigor, las relativas al Código Penal el día de su publicación y las concernientes al Código de Procedimientos Penales por lo que se refiere al artículo 553, fracciones II y III a los 120 días de su publicación, es decir el 6 de abril del 2006, y el resto de las disposiciones a los 30 días de su publicación, es decir el 6 de enero del 2006.

Finalmente, el 30 de marzo de 2007, se publicó en el *Periódico Oficial* el Decreto 73, en el que se contempló de nueva cuenta la ampliación de competencia del juicio oral, pues se agregaron 15 delitos dolosos, 11 de oficio y 4 de denuncia, 11 de ellos entraron en vigor el 31 de marzo del 2007, y los res-

tantes el 27 de junio del mismo año, por lo tanto, actualmente se conocen 54 delitos en este sistema oral.

2. *Estado de México*

El Decreto 202 de la Legislatura del Estado de México adiciona el título séptimo bis, el capítulo primero, denominado del “Juicio predominantemente oral”, con los artículos del 275-A al 275-R, y el capítulo segundo, denominado “Del procedimiento abreviado”, con los artículos del 275-S al 275-V al Código de Procedimientos Penales para el Estado de México. Este decreto fue publicado en la *Gaceta del Gobierno* el día 2 de enero del 2006, señala como fecha de entrada en vigor ciento ochenta días naturales después de su publicación, es decir, el primer día de julio del mismo año.

3. *Oaxaca*

El Código de Procedimientos Penales de Oaxaca, fue aprobado por la LIX Legislatura Constitucional de ese estado, por Decreto 308, y mandado a publicar por el Ejecutivo del estado, en el *Periódico Oficial del Gobierno*, el 9 de septiembre del 2006. En su transitorio primero establece que entra en vigor 12 meses después de su publicación en el citado periódico, y sucesivamente en las siete regiones que componen el estado. Motivo por el cual inició su vigencia el 9 de septiembre del 2007, primero en los distritos judiciales de la región del istmo, un año después en los de la mixteca y así consecutivamente en los distritos de las regiones de la costa, cuenca y valles centrales.

4. Chihuahua

El Código de Procedimientos Penales de Chihuahua fue aprobado por el Congreso el 15 de junio del 2006, y publicado en el *Periódico Oficial del Estado* el 9 de agosto de ese mismo año. Entró en vigor, el 1o. de enero del 2007 en los hechos que ocurran en el distrito Morelos, el 1o. de enero del 2008 en el distrito Bravos, y respecto al resto de los distritos judiciales, se aplicará a hechos que se cometan desde el día y la hora que para tal efecto acuerden los titulares de los tres poderes del estado, siguiendo para tal efecto, el proceso legislativo correspondiente, sin que con ello pueda exceder del día 1o. de julio del 2008.

III. PRINCIPIOS PROCESALES

Siguiendo a Andrés de la OLIVA SANTOS¹⁵ son principios del proceso o principios procesales las ideas y reglas que constituyen puntos de partida para la construcción de los instrumentos esenciales de la función jurisdiccional, en el sentido de originarlos —de ahí que el término “principio” resulte apropiado—, determinando que sean sustancialmente como son y no de otra manera. No se trata, por tanto, de cualquier criterio que inspire la respuesta a las muy diversas cuestiones que se presentan a la hora de establecer el diseño de un proceso —en

¹⁵ Al respecto puede verse OLIVA SANTOS, Andrés de la y Díez PICAZO, Ignacio, *Derecho procesal. Introducción*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, obra de la que hay nuevas ediciones en 2004 y 2006; también puede verse para México, OLIVA SANTOS, Andrés de la y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *Introducción al derecho procesal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, en prensa.

tanto ciertas series o sucesiones de actos o su forma externa—, sino que cuando se habla de “principio” sólo deben considerarse aquéllos determinantes de las principales opciones que configuran de los procesos, esto es, de la posición y del papel del tribunal y de las partes —con sus correspondientes funciones, facultades, derechos, deberes y cargas—, así como de las bases estructurales y de desarrollo y desenlace de los procesos.

Para decirlo con otras palabras: los principios procesales son los criterios inspiradores de la capacidad de decisión y de influencia del órgano jurisdiccional y de las partes en el nacimiento del proceso, en su objeto, en su desenvolvimiento y en su terminación.

En este contexto, los principios del proceso presentan un carácter radical (del latín *radexicis*: raíz) por su relación íntima con dos necesidades primarias. En primer lugar, la de superar de verdad una situación de autotutela o “justicia privada”, para lo que ha de darse satisfacción a unos pocos criterios que concretan aspiraciones de justicia universalmente sentidas. En segundo lugar, la de ajustar máximamente el instrumento procesal a la finalidad de tutelar eficazmente las distintas parcelas del derecho objetivo y los muy diversos derechos subjetivos.

En virtud de la primera necesidad, el proceso se deberá configurar de modo que siempre sean efectivos y respetados determinados postulados elementales de justicia. A causa de la segunda necesidad, en cambio, los procesos se construyen según criterios diferentes, los que se consideran más adecuados a la realidad jurídica en función de la cual aquéllos tienen sentido. Se trata, pues, de principios procesales que no configuran siempre los procesos, sino que inspiran ciertas construcciones procesales.

Como es lógico, la fuerza con que se manifiestan en el diseño procesal de unos y otros principios se expone y se comprende tanto mejor cuanto más detalladamente se exponen y comprenden las diversas manifestaciones o consecuencias de dichos principios, pero por exigencias derivadas del espacio, por ahora no debemos extendernos en las mencionadas manifestaciones y consecuencias. Sin embargo, a nuestro parecer debe subrayarse que no es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resultaría preferible utilizar los conceptos y términos de “reglas” o “máximas”. En esencia, nos parece muy razonable la posición de DE LA OLIVA cuando exige que se sea especialmente cuidadoso con el uso del término, pues cuando todo son principios, nada es principio. No se trata sólo de procurar que los términos y conceptos se ajusten máximamente a la realidad y se aprovechen las conquistas de la ciencia y de la técnica —también, por tanto, de la ciencia y de la técnica jurídicas—, sino de no provocar equiparaciones que degradan los genuinos principios y derechos. Principio es lo que constituye un origen, lo que tiene virtualidad originaria, lo que determina las diferencias esenciales. Si denominamos “principio” a todo criterio general, se pondrán a la par lo principal y lo accesorio, y no parece razonable, por ejemplo, equiparar en su trascendencia y efectos el principio de audiencia o el de igualdad con el denominado —erróneamente, o cuando menos exageradamente— “principio” de economía procesal.

1. Enumeración y ubicación de los principios

En la regulación de los códigos de las entidades federales de México encontramos un alto grado de uniformidad en el trata-

miento de los principios que rigen el proceso penal. En primer término destaca la existencia en todos los códigos de uno o varios preceptos que explícitamente señalan los principios, así, en Nuevo León el artículo 553 del Código de Procedimientos Penales señala que el proceso predominantemente oral estará bajo el principio acusatorio, así como los de oralidad, intermediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad. En lo que refiere al Estado de México su artículo 275-B señala también a los principios acusatorio (que se puede deducir en tanto al igual que en Nuevo León se señala que el proceso se construirá “sobre la base de la acusación” con lo que llegamos a la distinción necesaria entre juez y Ministerio Público), así como a los principios de oralidad, inmediatez, intermediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad.

Por lo que se refiere a Oaxaca, los artículos 3o., 314, 317, 319, 323 y 325 del Código de Procedimientos Penales hacen mención de la oralidad, intermediación, publicidad, contradicción, concentración y continuidad; mientras que en Chihuahua el artículo 3o. señala a los principios de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración.

De esta breve mención de los respectivos códigos es evidente que existe consenso entre los diversos redactores de los textos en torno a un conjunto de seis principios ya que se reiteran en los cuatro casos,¹⁶ a saber: contradicción, intermediación, publicidad, concentración, continuidad y oralidad.

Sobre este punto, desde nuestra perspectiva el principio de contradicción, en tanto, exige otorgar a las partes la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus pretensiones, se encuentra en el núcleo, en la auténtica esencia, del sistema acu-

¹⁶ Este conjunto también se reitera en los nuevos códigos como el del Estado de Morelos que en su artículo 3o. en esencia asume el texto del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua.

satorio. Después de este principio podríamos situar a los de publicidad e intermediación. El primero, busca garantizar el libre acceso y conocimiento de la comunidad a los procesos penales, es un principio que constituye una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de derecho. En efecto, el principio de publicidad, que se establece en el pensamiento ilustrado liberal,¹⁷ tiene una doble finalidad: por un lado, proteger a las partes de los posibles abusos de una justicia ajena al escrutinio público y, por otro, mantener la confianza de la comunidad en los tribunales. Por su parte, el principio de intermediación, contiene la exigencia de que los actos procesales sean realizados ante la presencia directa del juez, sin la intermediación de secretarios o auxiliares y, en consecuencia, exige que la sentencia sólo pueda fundarse en las pruebas que el juez recibió directamente.

Por lo que se refiere a los principios de concentración y continuidad, desde nuestra perspectiva, no tienen el mismo rango que los anteriores, y de hecho podría criticarse al legislador de Oaxaca en tanto que en su exposición de motivos no se encuentra una auténtica diferencia entre la forma en que define a estos “principios”¹⁸ ya que son sólo variantes de la misma

17 La cita clásica es la de MIRABEAU: “dadme al juez que os plazca; parcial, venal, corrupto, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es cara al público”. Citado por SANTOS OLIVA DE LA, *op. cit.*, nota 15, p. 86.

18 Véase los siguientes párrafos de la exposición de motivos del Proyecto: “Finalmente, el principio de concentración no significa sino que se debe evitar la dispersión en el ofrecimiento de todos los elementos de prueba, aportando en un solo momento su desahogo”.

“La continuidad consiste en que las audiencias se desarrollen sin interrupciones, de modo tal que el juzgador pueda retener y el auditorio seguir la secuencia de lo que en ella ocurre. La práctica de diferir audiencias con intervalos de tiempo muy amplios, necesariamente implica la existencia de un ex-

idea: la recepción de los actos del proceso en una sola audiencia que no necesariamente se agota en un solo día, sino en una sucesión de fechas determinadas por el juez, pero dando continuidad al proceso. En nuestra opinión la separación deriva de la voluntad de acentuar la decisión legislativa de optar por la concentración frente a la dispersión de los actos procesales en el sistema “tradicional”.

Finalmente, la oralidad merece consideraciones aparte. En *strictu sensu* el principio de oralidad se refiere a una forma de realzar los actos procesales y no debiera estar listado como principio. Desde nuestra perspectiva, la oralidad cumple una función instrumental para alcanzar el cumplimiento de los “auténticos” principios de contradicción o publicidad. Parece que su inclusión en esta lista se debe a la voluntad de fortalecer la reforma de las prácticas y de la cultura jurídica en México.

Continuando con nuestro análisis destaca el hecho que al conjunto señalado se añaden, en algunos ordenamientos, otros “principios” de contenido muy dispar: la inmediatez, la igualdad, y el principio acusatorio.

Respecto de la inclusión de la inmediatez nos parece que se trata de un grave error. En efecto, si se refiere al “principio” jurisprudencial de que las primeras declaraciones de los indiciados y testigos deben ser tenidas por ciertas a pesar de que exista una retractación posterior se trata de una inclusión cuando menos preocupante ya que los efectos del empleo de este tipo de criterios tienen importantes consecuencias sobre la forma en la que se desarrollan los procesos. En efecto, su aplicación subvierte la lógica de valoración de la prueba, invier-

pediente en el que se registran los distintos actos del proceso, y ello entra en directa contradicción con los presupuestos y formas de operación de un proceso de corte acusatorio”.

te las reglas de su carga e impide la auténtica intermediación procesal.

Los argumentos esgrimidos en la jurisprudencia para sustentar la validez del principio de la inmediatez se fundan en que las primeras declaraciones del inculpado o de los testigos tienen mayor cercanía con los hechos controvertidos.¹⁹ Asimismo, se sostiene que dichas declaraciones están dotadas de una mayor espontaneidad, porque el declarante no ha sido aleccionado o no ha podido reflexionar sobre lo sucedido, de tal modo que le permita encontrar un camino que lo exonere de responsabilidad o le beneficie de algún modo.

Como ya se ha mencionado, el empleo de este tipo de criterios tiene efectos perniciosos sobre la forma en la que se desarrollan los procedimientos penales. En primer lugar deben destacarse sus efectos sobre la función investigadora del Ministerio Público respecto de los hechos con apariencia delictiva, ya que dicho criterio jurisprudencial alienta a centrar la investigación en la búsqueda de una confesión del indiciado,

19 PRUEBA TESTIMONIAL, PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INMEDIATEZ PROCESAL, PARA LA VALORACIÓN DE LA. Los principios que rigen la inmediatez procesal, para efectos de valoración de la prueba testimonial son la percepción, evocación y recuerdo, los cuales se ven afectados con el transcurso del tiempo, en virtud de que en cuanto a la primera, como facultad de percatarse de los sucesos a través de los sentidos, por sí misma se va desvaneciendo en cuanto a su fidelidad al pasar del tiempo; la evocación como la facultad de traer al consciente lo que permanece guardado en la memoria, además de variar en cada persona, dicha facultad también se debilita al correr el tiempo; finalmente el recuerdo como la capacidad de almacenar los acontecimientos captados por los sentidos se va olvidando paulatinamente; por ello, el derecho reconoce el principio de inmediatez como factor importante, que deberá tomar en cuenta el juzgador al valorar lo declarado por los testigos. Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XIII, mayo de 2001, tesis: I.6o.P.17 P, p. 1211.

pues esta prueba será suficiente para sostener la acusación en el proceso, sin importar que existan, o no, otras pruebas que la confirmen. De esta forma se desalienta la investigación sobre otro tipo de pruebas o evidencias y, si bien indirectamente, se incentiva la posibilidad de uso de la coacción para obtener la confesión.

En segundo lugar, debe señalarse que establecer una regla de valoración de la declaración del acusado, en tanto prueba en el proceso, va en contra de la libre valoración de las pruebas por parte del juzgador. De esta manera el “principio de inmediatez” se convierte en un obstáculo para la independencia de los jueces y tribunales, además de significar un retroceso a los, afortunadamente ya superados, sistemas de prueba legal o tasada.

Finalmente, debe considerarse que el criterio jurisprudencial de la “inmediatez” impide la existencia de una auténtica inmediación en el proceso penal mexicano. En efecto, si consideramos que, como se ha señalado, la intermediación procesal exige que el juez intervenga personalmente en el desahogo de las pruebas,²⁰ nada puede ir más en contra de este principio que obligar al juzgador a otorgar pleno valor probatorio a una declaración del acusado en la que él, forzosamente, no puede estar presente. Es evidente que este criterio jurisprudencial es un obstáculo a la plena vigencia del sistema acusatorio en el proceso penal por lo que la inmediatez no debería estar contemplada en este listado.

Por otra parte, como caso contrario, podemos señalar la inclusión del principio de igualdad (de las partes o de “armas”

²⁰ Las únicas excepciones a esta regla se refieren a las pruebas que son de imposible reproducción en el seno del proceso, al respecto puede verse la doctrina existente sobre pruebas preconstituidas, *Cfr.* GASCÓN INCHAUSTEGUI, *Prueba sobre la prueba en el proceso penal*.

en el proceso) y del principio acusatorio.²¹ Se trata de dos reglas especialmente trascendentes para la configuración de un proceso penal acusatorio.

En efecto, por lo que se refiere a principio de igualdad de las partes puede señalarse que este es exigido por el valor de la justicia y, en este sentido, es necesario para que el proceso jurisdiccional sea una verdadera superación de la “justicia privada” (uno de cuyos peligros —casi puede decirse “uno de sus rasgos”— era y es, precisamente, la ventaja decisiva de la mayor fuerza), el postulado de que los distintos sujetos del proceso —quien solicita una decisión jurisdiccional y aquel contra o frente al cual tal decisión se solicita— dispongan de iguales medios para defender en el proceso sus respectivas posiciones, esto es, dispongan de iguales derechos procesales, de parejas posibilidades para sostener y fundamentar lo que cada cual estime que le conviene.

Debe enfatizarse que, como bien señala DE LA OLIVA, esta igualdad no significa que las partes de un proceso sean iguales. No lo son. Existe una desigualdad intrínseca y funcional de las partes, de los sujetos de los procesos, desigualdad revestida de tan fuerte claridad que el lenguaje universal y multiseccular no ha podido dejar de expresarla en los mismos términos: acusador y acusado o imputado. No es igual el sujeto pasivo del proceso penal, probable autor o participante en conductas especialmente reprobables, sobre el que pueden recaer graves responsabilidades, aplicándosele el derecho penal, que el sujeto activo o acusador, que ninguna tutela para sí reclama, sino que sólo juega un papel procesal.

²¹ No se debe confundir el “sistema acusatorio” con el “principio acusatorio”. Éste exige que aquél que acuse no pueda juzgar, el primero va más allá e incluye a todas las reglas del debido proceso.

Pues bien, si la desigualdad esencial es clara y si a partir de esa clara desigualdad de esencia y función de las diversas partes, muchos aspectos del derecho y de la realidad procesales se captarán y comprenderán mejor, tal desigualdad no impide y es compatible con que, en cuanto a las actuaciones decisivas del proceso, las partes gocen de oportunidades sustancialmente iguales o equivalentes para sostener sus posturas. De esta forma, el principio de igualdad se traduce en la *posibilidad de realizar un acto procesal equivalente al de la contra parte*, en esencia, a la existencia de oportunidades de actuar en el proceso. La utilización eficaz de estas dependerá de la propia parte.

Por último, este epígrafe no estaría completo sin hacer mención de la influencia de los preceptos comentados en la reforma constitucional. Puede señalarse que este es uno de los casos más claros y, poco frecuentes, en que el legislador ordinario influye en el Constituyente. Para apreciar nuestras afirmaciones basta con aproximarnos al nuevo artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.”

Frente a este fenómeno lo único que se puede lamentar es que el Constituyente no haya asumido también el principio de igualdad de las partes.

2. *Recepción en el diseño procesal*

Al margen de todo lo dicho hasta este punto, en nuestra opinión la precisión conceptual es sólo un paso, necesario e importante, pero no definitivo en la concreción de los principios en el desarrollo del proceso penal. En este sentido puede señalarse que es en la traducción de los principios a la realiza-

ción, en forma y contenido, de los actos procesales concretos donde un diseño procesal encuentra su más difícil reto. En este sentido, el nuevo texto constitucional espera ser “traducido” en leyes y códigos de manera tal que pase de ser una finalidad a una auténtica realidad.

IV. DISEÑO PROCESAL

Una de las primeras cuestiones respecto del diseño de los nuevos procesos penales radica en los casos frente a los cuales es viable un proceso penal acusatorio. Podemos señalar dos modelos por su forma de implementación: por tipo de delito o por territorio. Dentro del primer modelo encontramos a Nuevo León y al Estado de México —sin que estos sean iguales entre si— y en el segundo a Oaxaca y Chihuahua.

En lo que respecta a Nuevo León el artículo 553 del Código de Procedimientos Penales estableció, inicialmente,²² que el procedimiento oral se aplicaría cuando se trate de un delito culposo no calificado como grave o de un conjunto de delitos establecidos en la norma, conjunto que después de dos reformas posteriores ha aumentado hasta llegar a un número total de 54.²³

²² Reforma de julio de 2004 y con vigencia a partir del 25 de noviembre de 2004.

²³ Delitos cometidos por culpa (6 de enero de 2006). Delitos de querrela: quebrantamiento de sellos; estupro; abandono de familia; sustracción de menores, amenazas, golpes y violencias físicas simples; injurias, difamación, rapto, abuso de confianza, fraude (6 de abril de 2006) lesiones, y daño en propiedad ajena (31 de marzo de 2007).

Delitos de oficio: evasión de presos (privados de su libertad por falta administrativa); quebrantamiento de sanción; violación de correspondencia; desobediencia de particulares; resistencia de particulares; equiparable a la resistencia de

Por su parte, el Estado de México establece en su artículo 275-A que en los casos de que se trate de delitos no graves, el inculpado será juzgado en audiencia pública y oral por un juez, conforme a los procedimientos del capítulo que regula al juicio predominantemente oral.

En los casos de Oaxaca y Chihuahua el procedimiento oral es de aplicación general, para todos los ilícitos.

1. *Etapas del proceso*

La división tradicional del procedimiento penal señala tres etapas: las de instrucción o de investigación, la intermedia y la del juicio. La terminología que tradicionalmente se ha utilizado en México y que está reflejada en los códigos y leyes procesales consiste en las etapas de averiguación previa, preinstrucción e instrucción.

Este trabajo no desconoce que la división tradicional del proceso penal difícilmente puede aplicarse a los códigos de Chihuahua y Oaxaca ya que, en muchos casos, la etapa de investigación prosigue después del auto de término constitucional. Sin embargo, dado que en los casos de Nuevo León y Estado de México las etapas iniciales no cambian, para los fines de este trabajo resulta de interés y utilidad mantener la terminología tradicional.

particulares; corrupción de menores; provocación de un delito y apología de este o de algún vicio; cohecho; peculado; concusión; variación del nombre o del domicilio; usurpación de funciones públicas o de profesión, y uso indebido de condecoraciones o uniformes; exposición de menores; inducción y auxilio al suicidio; ataques peligrosos; abandono de personas; explotación de personas socialmente desfavorecidas; robo de uso (6 de abril de 2006); bigamia; allanamiento de morada; lesiones; robo; daño en propiedad ajena (31 de marzo de 2007); violencia familiar, y equiparable a la violencia familiar (27 de junio de 2007).

A. *Averiguación previa o etapa de investigación*

Para el caso del estado de Nuevo León debe señalarse que, en el procedimiento oral penal, el periodo de preparación de la acción penal, o averiguación previa se considera sólo una etapa preparatoria de juicio, cuyas diligencias y actuaciones pueden ser objetadas y confrontadas por el defensor en la etapa de juicio oral.

En este sentido, se señala en el Código, que en este periodo el agente del Ministerio Público investigador recibe la denuncia o querrela, integra la averiguación previa, desahoga todos los elementos de prueba que considera pertinentes y con base en ello resuelve según sea el caso.

Sin embargo, a pesar de lo que se señala en los párrafos anteriores, en la práctica, las diferencias entre el procedimiento tradicional y el predominantemente oral no se encuentran hasta el momento de la declaración preparatoria.

En efecto, en la etapa de preparación de la acción penal corresponde al Ministerio Público dirigir la investigación, practicando las diligencias pertinentes para determinar la existencia del delito y la probable responsabilidad del inculpado, en casos excepcionales se auxiliará de la autoridad judicial (arraigos, cateos, autorizar la prueba anticipada, artículos 1o. y 125 del Código).

Dado que existen graves problemas en la etapa de averiguación previa²⁴ el hecho de que subsista sin cambios —en relación con el proceso “tradicional”— la primera etapa del proceso no puede ser considerada la mejor de las opciones.

²⁴ Sobre los problemas del proceso penal *cfr.* nuestro trabajo, “El malestar en el proceso. Análisis de los problemas en el proceso penal”, *Criminalia. Revista de la academia mexicana de ciencias penales*, México, diciembre de 2004.

Similar es el caso del Estado de México, puesto que de los artículos 275-J y 275-K se deriva que será a partir del auto de término constitucional cuando se distingue el procedimiento oral del procedimiento tradicional. Por lo que los comentarios sobre esta opción, en tanto mantiene intacta la averiguación previa, pueden ser similares. Ahora bien, la única razón válida para sostener esta opción que es su absoluta constitucionalidad, y al considerar la reforma del 18 de junio a perdido fuerza y nos lleva a predecir que será modificada en un plazo breve.

En los casos de Oaxaca y Chihuahua, debe subrayarse que los códigos expresamente regulan la etapa de investigación, sobre todo derivado de la figura del juez de garantía. Destaca igualmente la similitud de las redacciones legales: la primera etapa, denominada preliminar, tiene por objeto determinar “si hay fundamento para abrir un juicio penal contra una o varias personas, mediante la recolección de los elementos que permitan fundar la acusación y garantizar el derecho a la defensa del imputado”.

En esta etapa corresponde al Ministerio Público la investigación de los hechos, y comprende dos fases, la primera en la que obtiene elementos bastantes para el ejercicio de la acción penal y el dictado del auto de sujeción a proceso, y la segunda posterior a tal dictado, en la que se allega de elementos que le permiten sustentar su acusación, sin variar los hechos que se precisaron en dicho auto. De igual manera se considera sólo una etapa preparatoria de juicio, cuyas diligencias y actuaciones pueden ser objetadas y confrontadas por el defensor en la etapa de juicio oral.

El agente del Ministerio Público recibe la denuncia o querrela, realiza la persecución penal, desahoga todos los elementos de prueba que considera pertinentes y con base en ello resolverá según sea el caso (artículos 206 y 216 Código Procesal Penal de Oaxaca y 210 y 223 de Chihuahua).

Esta etapa se considera sólo una etapa preparatoria de juicio, cuyas diligencias y actuaciones pueden ser objetadas y confrontadas por el defensor en la etapa de juicio oral.

De acuerdo con el Código de Oaxaca, en la etapa preliminar el Ministerio Público practicará las diligencias pertinentes y útiles para determinar la existencia del hecho delictivo; dirigirá la investigación, pero bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran (artículo 112).

En caso de Chihuahua la regulación es en lo esencial idéntica, pero en la forma es más extensa ya que señala que en la etapa de investigación, el Ministerio Público practicará las diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del hecho, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los autores y partícipes, así como de las circunstancias que sirvan para verificar la responsabilidad de éstos. Promoverá y dirigirá la investigación, pero bajo control jurisdiccional en los actos que lo requieran, como son autorizar los anticipos de prueba, resolver excepciones, resolver sobre la aplicación de medidas cautelares y demás solicitudes propias de esta etapa, otorgar autorizaciones y controlar el cumplimiento de los principios y garantías procesales y constitucionales (artículos 228 y 235).

B. Fase intermedia o de preparación

En el caso de Nuevo León, después de la averiguación previa el procedimiento se divide en dos partes: en la primera parte conoce el juez de preparación de lo penal, y comprende desde el recibir la consignación, recabar la declaración preparatoria, resolver la situación jurídica del inculpado, admitir o desechar las pruebas ofrecidas y dictar el auto de apertura del juicio oral penal (artículos 555, 556, 557, 558, 559 y 560).

De la segunda parte conoce el juez de juicio oral, y comprende desde radicar la causa, fijar fecha para la celebración de la audiencia de juicio oral, notificar a quienes deben intervenir en la misma a fin de que asistan el día señalado, desahogar las pruebas ofrecidas y admitidas a las partes por el juez de preparación, escuchar las conclusiones que las partes formulen, declarar el asunto visto y dictar sentencia (artículos 562, 564, 581 párrafo tercero, 593 párrafo primero, 593 párrafo segundo y 600).

De forma similar en los casos de Oaxaca y Chihuahua el procedimiento se divide en dos partes: de la primera parte conoce el juez de garantía o de control de legalidad, y comprende desde el resolver sobre la solicitud por parte del Ministerio Público de la sujeción del imputado a proceso, recabar la declaración preparatoria, verificará y, en su caso, ratificará la legalidad de la detención del imputado, decretará el auto de sujeción a proceso en donde, además, impondrá, revocará, modificará o ratificará las medidas de coerción, (el código de Chihuahua señala: resolver sobre las medidas cautelares personales solicitadas, en su caso, por el Ministerio Público), fijará un plazo para el cierre de la investigación (el Ministerio Público debe realizarlo), recibir la solicitud del Ministerio Público (que podrá consistir en formular la acusación; solicitar la aplicación del proceso abreviado; solicitar la suspensión del proceso a prueba, solicitar el sobreseimiento de la causa, solicitar la conciliación, y solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad), citar a audiencia intermedia, acordar las pruebas ofrecidas por las partes y dictar la resolución de apertura del juicio (artículos 272, 274, 275, 278, 279, 281, 284, 285, 310 y 311 del Código de Oaxaca, así como artículos 280, 282, 285, 287, 300, 311 y 315 de Chihuahua).

De la segunda parte conoce el tribunal de juicio oral para adultos, integrado por tres jueces de los cuales uno será el presidente y quien presida la audiencia, y la fase comprende desde radicar el proceso, fijar fecha para la celebración de la audiencia de debate, el juez que presida indicará el nombre de los jueces que integrarán el tribunal, notificar a quienes deben intervenir en la misma a fin de que asistan el día señalado (ordenará la citación de todos los obligados a asistir señala el Código de Chihuahua), desahogar las pruebas ofrecidas y admitidas a las partes por el juez de garantía o de control de legalidad, escuchar los alegatos que formule el Ministerio Público, la parte coadyuvante, el actor civil y el tercero civilmente demandados si los hubiere y al defensor del imputado, declarar cerrado el debate, deliberar en sesión privada y dictar sentencia (artículos 316, 371, 382, 384 y 389 del Código de Oaxaca y 34 bis de la Ley Orgánica y en el caso de Chihuahua artículos 318, 360, 370 y 371 del Código y 149 bis de la Ley Orgánica).

C. El procedimiento ante el juez de preparación o de garantías

En el caso de Nuevo León este comprende dos periodos: el de preparación del proceso y de preparación del juicio oral.

Una vez consignada la averiguación previa al juez de preparación, éste radicará de inmediato el asunto, y de encontrarse detenido el inculpado procederá dentro del término de 48 horas contadas a partir de que es puesto a su disposición, a recabarle la declaración preparatoria, la que deberá rendir oralmente en los términos que establece el procedimiento oral penal (artículos 195 y 555 del Código). De no encontrarse detenido el inculpado, el juez ordenará o negará la aprehensión o

comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los 15 días contados a partir de aquél en que haya acordado la radicación y una vez que es materializada la orden respectiva el juez de preparación dentro de las 48 horas siguientes a que el inculpado es puesto a su disposición le recabará la declaración preparatoria, la que deberá rendir oralmente en los términos que establece el procedimiento oral penal (artículos 195 y 555).

Dentro de las 72 horas siguientes al momento en que el inculpado quede a disposición del juez de preparación, o las 144 horas siguientes en caso de que el inculpado y/o su defensor hayan solicitado la ampliación del término y les hubiere sido conferido, aquél resolverá la situación jurídica de aquél con el auto de formal prisión, o de sujeción a proceso o de libertad, en su caso (artículos 212 y 555).

Al dictar el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso, cuando se trate de los casos previstos en el artículo 553 del Código de Procedimientos Penales en vigor, el juez de preparación de lo penal declarará abierta la preparación del juicio oral y pondrá el proceso a la vista del Ministerio Público para que dentro de un plazo de 10 días, prorrogables por otros 10 días previa solicitud, presente el escrito de hechos y ofrecimiento de medios de pruebas. Es necesario que señale los hechos que desea probar, así como los medios de prueba de los que piensa valerse en la audiencia de juicio oral, precisando lo que pretende probar con cada uno de esos medios (artículo 556).

Con el escrito de hechos y ofrecimiento de medios de pruebas, se dará vista a la defensa por un término de 10 días, prorrogables por otros 10 días previa solicitud. Dentro de dicho plazo la defensa deberá presentar su escrito de defensa o solicitar lo que a su derecho convenga. En dicho escrito, el defensor precisará los hechos y fundamentos en que se base su de-

fensa y señalará los medios de prueba de los que piensa valerse en la audiencia de juicio oral (artículo 557).

Presentado el escrito de defensa el juez de preparación citará a las partes a la audiencia de preparación de juicio oral, la que deberá celebrarse en un plazo no mayor a 5 días, en ella las partes debaten sobre la admisión y desechamiento de pruebas y enseguida el juez resuelve al respecto (artículo 557).

Una vez agotado el debate entre las partes el juez de preparación de lo penal decreta el cierre de la audiencia de preparación del juicio oral y dicta el auto de apertura del mismo, en el que se inhibe ordenando única y exclusivamente la remisión de dicho auto al juez de juicio oral, guardando el expediente en el secreto del juzgado, así mismo pone a su disposición al inculgado, ese auto no admite recurso alguno (artículo 560).

Por otra parte, como se ha venido apreciando, entre los códigos de Oaxaca y Chihuahua existe mucha similitud y el procedimiento ante el juez de garantía o de control de legalidad no es la excepción. Sin embargo, con la finalidad de destacar los matices entre estos códigos se les tratará por separado subrayando las diferencias específicas.

De esta forma, iniciaremos con la regulación de Oaxaca.

Una vez que el Ministerio Público formule la imputación inicial, solicitando al juez la sujeción del imputado a proceso, y de encontrarse detenido el imputado, el juez procederá de inmediato a recabarle la declaración preparatoria y ratificar la legalidad de la detención (artículos 138 y 276).

De no encontrarse detenido el inculgado, el juez convocará inmediatamente al imputado, para que comparezca dentro del término de 48 horas a una audiencia, con el fin de hacerle saber el contenido de la imputación, sus derechos constitucionales y legales y en ese acto rinda su declaración preparatoria, si así lo desea (artículo 277).

Dentro de las 72 horas siguientes al momento en que el imputado quede a disposición del juez, o las 144 horas siguientes en caso de que el imputado haya solicitado en la audiencia de declaración preparatoria la suspensión para ofrecer prueba, aquél si considera que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, *resolverá la sujeción a proceso fundando* y motivando su decisión, *así como las medidas de coerción* que, en su caso, llegue a imponer. En caso contrario, decretará un auto de no sujeción a proceso. Lo resuelto se transcribirá en el registro de la audiencia (artículos 278 y 274).

En la misma audiencia, de oficio o a solicitud de parte, fijará un plazo para el cierre de la investigación, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de la investigación, y no podrá ser mayor a dos meses en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de seis meses si la pena excediere de ese tiempo.

Transcurrido el plazo concedido para la investigación, el Ministerio Público deberá cerrarla. De no hacerlo se le fijará un plazo de 10 días para que la cierre, *transcurrido dicho plazo sin que se cierre la investigación, el juez declarará extinguida la acción penal y decretará el sobreseimiento* (artículo 284).

Dentro de los 10 días siguientes a que el Ministerio Público declara cerrada la investigación, podrá formular la acusación; solicitar la aplicación del proceso abreviado; solicitar la suspensión del proceso a prueba; solicitar el sobreseimiento de la causa; solicitar la conciliación, y solicitar la aplicación de un criterio de oportunidad.

Recibida dicha solicitud, el juez la notificará a las partes y citará, dentro de las 24 horas siguientes, a la *audiencia intermedia*, la cual *deberá tener lugar en un plazo no inferior a 20 ni*

superior a 30 días contados a partir de la notificación (artículos 285 y 294).

Si se formuló acusación, en la audiencia intermedia cada parte hará una exposición sintética de su presentación, podrán solicitar al juez que de por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio. El juez luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a las partes que comparezcan a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en ella aquellas pruebas manifiestamente impertinentes y las que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios.

Si estima que la aprobación en los mismos términos en que las pruebas testimonial y documental hayan sido ofrecidas, produciría efectos puramente dilatorios en la audiencia de debate, dispondrá también que la parte que las ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a juicio.

Las demás pruebas que se hayan ofrecido serán admitidas por el juez.

Al finalizar la audiencia, el juez dictará la resolución de apertura de juicio. Esta debe indicar:

1. El tribunal competente para celebrar la audiencia de debate.
2. La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones de errores formales que se hubieren realizado en ellas.
3. Lo relativo a la reparación del daño y a la demanda civil, en su caso.
4. Los hechos que se dieron por acreditados, de conformidad con los acuerdos probatorios.
5. Las pruebas que deberán producirse en el juicio.

6. La individualización de quienes deban ser citados a la audiencia de debate, con mención de los testigos a los que deba pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos (artículos 309, 310 y 311).

En caso de Chihuahua, hablamos del procedimiento ante el juez de garantía. Como se ha dicho, en esencia es muy similar en la estructura y actuaciones, sin embargo, consideramos que afirmar que son idénticos sería una generalización excesiva, por lo que siguiendo la metodología señalada a continuación comentaremos el procedimiento destacando las diferencias.

A partir de que el Ministerio Público formule la imputación, solicitando al juez la *vinculación*²⁵ del imputado a proceso y las medidas cautelares que procedieren, y de encontrarse detenido el imputado, el juez de garantía *verificará que el imputado conoce sus derechos fundamentales dentro del proceso penal o, en su caso, después de habérselos dado a conocer, ofrecerá la palabra al Ministerio Público para que exponga verbalmente el delito que se le imputare, la fecha, lugar y modo de su comisión, el grado de intervención que se le atribuye al imputado en el mismo, así como el nombre de su acusador.* El juez, de oficio o a petición del imputado o su defensor, podrá solicitar las aclaraciones o precisiones que considere convenientes respecto a la imputación formulada por el Ministerio Público.

Formulada la imputación, se le preguntará al imputado si la entiende y si es su deseo contestar el cargo, rindiendo en ese acto su declaración preparatoria.

²⁵ Éste es uno de los cambios de terminología más llamativos, puesto que el Código de Oaxaca mantiene la que hasta ese momento era la terminología tradicional de sujeción a proceso.

Rendida la declaración del imputado o manifestado su deseo de no declarar, el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes plantearen.

Antes de cerrar la audiencia, el juez deberá señalar fecha para la celebración de la *audiencia de vinculación a proceso*, salvo que el imputado haya renunciado al plazo previsto en el artículo 19 de la constitución federal y el juez haya resuelto sobre su vinculación a proceso en la misma audiencia (artículo 277).

Inmediatamente después de que el juez resuelva sobre las medidas cautelares personales solicitadas, en su caso, por el Ministerio Público, cuestionará al imputado respecto a si renuncia al plazo de 72 horas para que se resuelva sobre su vinculación a proceso, o si solicita la duplicación de dicho plazo.

En caso de que el imputado renuncie al plazo de 72 horas, el Ministerio Público deberá solicitar y motivar la vinculación del imputado a proceso, exponiendo en la misma audiencia los antecedentes de la investigación con los que considera se acreditan el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado. El juez resolverá lo conducente después de escuchar al imputado.

Si el imputado no renuncia al plazo de 72 horas para que se resuelva su vinculación a proceso, o solicita la duplicación de dicho plazo, el juez citará a una audiencia en la que se resolverá lo conducente. Dicha audiencia deberá celebrarse, según sea el caso, dentro de las 72 o 144 horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación. Si el imputado requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitarlo 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 (artículo 282).

Al resolver sobre la vinculación del imputado a proceso, el juez de oficio o a solicitud de parte, fijará un plazo para el cierre de la investigación, tomando en cuenta la naturaleza de los hechos atribuidos y la complejidad de la misma, sin que pueda ser mayor a dos meses, en caso de que el delito merezca pena máxima que no exceda de dos años de prisión, o de seis meses, si la pena excediere de ese tiempo (artículo 285).

Transcurrido el plazo para el cierre de la investigación, el Ministerio Público deberá cerrarla o solicitar su prórroga, observándose los límites máximos señalados en el párrafo anterior.

Transcurridos dichos plazos y de no realizarse el cierre de la investigación por parte del ministerio público, el juez la declarará cerrada de plano (artículo 286).

Declarada cerrada la investigación, dentro de los 10 días siguientes el Ministerio Público podrá:

- Formular la acusación.
- Solicitar el sobreseimiento de la causa, o
- Solicitar la suspensión del proceso (artículo 287).

Presentada la acusación, el juez ordenará su notificación a todas las partes y citará, dentro de las 24 horas siguientes, a la *audiencia intermedia*, la que deberá tener lugar en un plazo no inferior a 20 ni superior a 30 días, *contados a partir de la notificación*. Al acusado, así como a la víctima u ofendido, se les entregará la copia de la acusación, en la que se dejará constancia de que se encuentran a su disposición los antecedentes acumulados durante la investigación (artículo 300).

Al inicio de dicha audiencia intermedia, cada parte hará una exposición sintética de su presentación (artículo 308).

Cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estime relevantes, en relación con las prue-

bas ofrecidas por las demás, para los fines de exclusión de pruebas.

A instancia de cualquiera de las partes, podrán desahogarse en la audiencia medios de prueba encaminados a demostrar la ilicitud de alguno de los ofertados por la contraparte.

El Ministerio Público podrá ofrecer pruebas en la audiencia, únicamente con el fin de contradecir directamente las pruebas aportadas por la defensa (artículo 311).

Las partes podrán solicitar conjuntamente al juez que dé por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio (artículo 313).

El juez, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a las partes que comparezcan a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas aquellas pruebas manifiestamente impertinentes, las que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios y las que este código determina como inadmisibles.

Si estima que la aprobación en los mismos términos en que las pruebas testimonial y documental hayan sido ofrecidas, produciría efectos puramente dilatorios en la audiencia de debate, dispondrá también que la parte que las ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a juicio. El juzgador podrá determinar cuántos peritos deban intervenir, según la importancia del caso y la complejidad de las cuestiones por resolver, después de escuchar a las partes o podrá limitar su número cuando resulten excesivos y pudieran entorpecer la realización del juicio.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provengan de actuaciones o diligencias que hayan sido declaradas nulas y aquéllas que hayan sido obtenidas con inobservancia de garan-

tías fundamentales. Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el juez de garantía excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima, a menos que sea manifiestamente justificado; en estos casos, se adoptarán las medidas de protección adecuadas para la víctima.

Las demás pruebas que se hayan ofrecido serán admitidas por el juez al dictar el *auto de apertura de juicio oral* (artículo 314).

Al finalizar la audiencia, el juez dictará el *auto de apertura de juicio oral*. Esta resolución deberá indicar:

1. El tribunal competente para celebrar la audiencia de debate de juicio oral.
2. La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas.
3. Los hechos que se dieren por acreditados.
4. Las pruebas que deberán producirse en el juicio oral y las que deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño, y
5. La individualización de quienes deban ser citados a la audiencia de debate, con mención de los órganos de prueba a los que deba pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos (artículo 315).

2. Audiencias de juicio oral

Siguiendo el esquema hasta ahora utilizado, comenzaremos describiendo la regulación del juicio oral en el estado de Nuevo León, que el Código llama “Procedimiento oral penal ante el juez

de juicio oral". Este título destaca la que quizá es una de las más importantes diferencias entre este Código y Oaxaca y Chihuahua: la existencia de un juez unipersonal frente al tribunal colegiado.

Se señala que durante la fase de juicio oral el juez de juicio oral penal radica de inmediato el asunto, le asigna un número de expediente y notifica de ello a las partes. Señala la localidad y el distrito judicial del estado en el cual se constituirá y funcionará el juzgado, y decreta fecha para la celebración de la audiencia oral dentro de los treinta días hábiles siguientes del auto de radicación y acuerda sean citados todos quienes deban concurrir a ella. Los testigos o peritos que deban presentarse a la audiencia de juicio oral serán citados bajo apercibimiento de hacerlos comparecer por medio de la fuerza pública en caso de no presentarse, y se les indicará que, en caso de impedimento para comparecer, deberán comunicarlo si fuere posible con anterioridad a la fecha de la audiencia y justificarlo ante el tribunal (artículos 562 y 564 del Código).

La audiencia se realizará, salvo en los recesos acordados, con la presencia ininterrumpida de quienes deban intervenir, la presencia del Ministerio Público y del defensor del inculcado durante ella, constituye un requisito de validez de la misma. El inculcado deberá estar presente durante toda la audiencia. El juez puede autorizar su salida cuando lo solicite o cuando perturbe el orden, en ambos casos ordenará su permanencia en una sala próxima (artículos 565 y 566).

La audiencia se desarrollará en forma oral, tanto en lo relativo a las declaraciones del acusado, a la recepción de pruebas, en lo relativo a los alegatos, conclusiones y argumentaciones de las partes, en general, a toda intervención de quienes participan en ellas (artículos 571).

Cuando las partes planteen cuestiones incidentales y solicitudes relacionadas con la audiencia de juicio oral, deberán ha-

cerlo oralmente y serán resueltas de la misma manera y en forma inmediata, escuchando a la contraparte, salvo el caso de que el juez considere que existen pruebas que deban desahogarse, y para tal efecto determine que suspenderá la audiencia (artículo 575).

El debate continuará durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión (artículo 576).

El día y hora fijados para la audiencia, el juez concurrirá con el Ministerio Público, el acusado, el defensor y los demás intervinientes. Verificará la presencia de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y que deban formar parte en el debate, y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él y declarará iniciado el juicio y abierto el debate.

El juez advertirá al inculcado y al público sobre la importancia y significado de lo que va a ocurrir, indicará al acusado que deberá estar atento a lo que oír. De la misma manera dispondrá que los peritos y los testigos abandonen la sala de la audiencia y señalará las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos, y los delitos por los que se dictó al inculcado el auto de formal prisión o el auto de sujeción a proceso (artículo 581).

El acusado podrá comunicarse libremente con su defensor durante el juicio, siempre que ello no perturbe el orden de la audiencia, no podrá hacerlo mientras prestare declaración (artículo 584).

El juez concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga oralmente y en forma breve las posiciones planteadas en su escrito de hechos y ofrecimiento de medios de prueba presentado al juez de preparación de lo penal, y luego al defensor, para que de manera sintética indique su posición (artículo 581, cuarto párrafo).

El juez ordenará la práctica de las pruebas, dirigirá el debate y moderará la discusión (artículo 581, tercer párrafo).

Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones del Ministerio Público y luego la prueba ofrecida por el acusado (artículo 585).

El juez identificará al testigo o perito y ordenará que se le tome la protesta de ley de decir verdad.

Durante la audiencia los testigos o peritos deberán ser interrogados personalmente. No se dará lectura a las declaraciones de testigos o peritos hechas con anterioridad ya que deberán manifestarse oralmente en la audiencia, salvo las excepciones expresamente señaladas por el Código de Procedimientos Penales del estado.

La declaración de los testigos y peritos se sujetará al interrogatorio de las partes. Éstos serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego la contraparte podrá conainterrogar al testigo o perito. Durante el conainterrogatorio las partes podrán confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentados. El juez, a petición del oferente, podrá autorizar a éste utilizar en su interrogatorio preguntas sugestivas y a que se confronte al testigo con sus propios dichos o versiones de los hechos presentados, sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera resultar, cuando se acredite, a juicio del juez, que durante el desahogo de la prueba un testigo está variando en forma sustancial o negando lo declarado previamente por él ante el Ministerio Público o el juez de preparación de lo penal, o en un informe o documento por él rendido o elaborado.

Los peritos al rendir su declaración podrán ver o consultar algunas notas o documentos que llevaren, según la naturaleza de la causa y dictamen pericial, a juicio del juez. En caso de que el

juez autorice al perito la consulta de notas y documentos, deberá ordenar se corra traslado a la contraparte con dichas notas y documentos.

El juez o tribunal, solamente por objeción fundada de parte, manifestada oralmente, podrá desechar las preguntas impertinentes o inconducentes para los fines del proceso, así como las no claras o que ofusquen la razón, las que encierran diferentes significados, capciosas, las sugestivas planteadas en el interrogatorio por el oferente de la prueba salvo lo dispuesto en el párrafo tercero de este artículo, las que contengan más de un hecho y las ya contestadas. Antes de resolver sobre la objeción planteada, el juez escuchará a la parte que formule la pregunta y determinará en ese momento si es fundada o infundada. Dicha resolución no admite recurso alguno.

La omisión se entenderá como renuncia al derecho de objetar la formulación de una pregunta.

Antes de declarar, los peritos, los testigos y víctimas no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurriera en la audiencia; sólo el inculcado podrá permanecer en la audiencia, sin mantener comunicación con los peritos o testigos (artículo 586).

Habiéndose desahogado las pruebas, las partes formularán sus conclusiones mediante una expresión oral breve, las cuales deberán ajustarse a lo dispuesto en los artículos 343 y 344 del Código de Procedimientos Penales.

El juez, tomando en cuenta la complejidad del juicio y la cantidad de pruebas desahogadas, podrá autorizar a las partes un receso hasta de dos días para que preparen sus conclusiones.

Éstas serán presentadas primero por el Ministerio Público, y, en seguida, el defensor. También alegará el acusado si así lo desea. A continuación se otorgará al Ministerio Público y al defensor, las facultades de replicar.

Sólo se concederá el uso de la palabra por dos veces a cada una de las partes. En la réplica, el Ministerio Público únicamente podrá ocuparse de lo alegado por el defensor al expresar sus conclusiones. Igual regla se seguirá en caso de la réplica del defensor respecto a la réplica del Ministerio Público.

En sus alegatos las partes procurarán la mayor brevedad. El juez tomará en consideración la extensión del proceso para determinar el tiempo que concederá al efecto. No se concederá el uso de la palabra por más de media hora cada vez. Los tribunales tomarán las medidas prudentes que procedan, a fin de que las partes se sujeten al tiempo indicado. Sin embargo, cuando se amerite, el juez podrá permitir que se amplíe el tiempo marcado o que se use por otra vez de la palabra, observándose la más completa equidad entre las partes.

En caso de que el Ministerio Público expresará conclusiones no acusatorias o deficientes, se suspenderá la audiencia y se dará vista al procurador general de justicia por un plazo máximo de 15 días, quien podrá presentarlas por escrito, debiendo el Ministerio Público exponerlas oralmente una vez que se reanude la audiencia.

Finalmente, se le otorga al acusado la palabra para que manifieste lo que estime conveniente, antes de cerrar el debate y a continuación se declara el asunto visto, quedando cerrado el debate (artículo 593).

La sentencia se pronunciará siempre en nombre del estado de Nuevo León, en la forma que prescribe el Código de Procedimientos Penales. Redactada la sentencia, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas las partes y el documento será leído ante los presentes, la lectura valdrá en todo caso como notificación y se hará constar en acta. Cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora, tome necesario diferir la redacción de la sentencia, esta deberá redac-

tarse en un plazo máximo de 10 días contados a partir de que quede cerrado el debate, y será leída en audiencia pública a la que se convocará a las partes. La lectura surtirá efectos de notificación y se hará constar en acta (artículo 600).

El juez pronunciará sentencia únicamente sobre la base de la valoración de las pruebas desahogadas durante la audiencia de juicio oral y de las que se hubieren incorporado a la misma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 579 del Código de Procedimientos Penales (artículo 597).

Las pruebas serán valoradas libremente por el juez según la sana crítica, pero no podrán contradecir reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia.

El juez debe hacerse cargo en la sentencia de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo.

La valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieron por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieron por probados. Esta motivación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia (artículo 592 bis).

Por lo que se refiere a la etapa ante el tribunal de juicio oral para adultos de Oaxaca, se inicia cuando el juez de control de la legalidad hace llegar la resolución de apertura del juicio al tribunal competente, *dentro de las 48 horas siguientes a su notificación*, y pondrá a disposición del tribunal a las personas sometidas a prisión preventiva u otras medidas de coerción personales.

El tribunal de juicio radicará el proceso, decretará fecha para la celebración de la audiencia de debate, la que deberá tener lugar no antes de 15 ni después de 60 días desde la notificación de la

resolución de apertura del juicio, indicará el nombre de los jueces que integrarán el tribunal y ordenará la citación de todos los obligados a asistir. El acusado deberá ser citado por lo menos con siete días de anticipación al día de la audiencia (artículo 316).

El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de los miembros del tribunal y de las demás partes legítimamente constituidas en el proceso (artículo 317).

El debate será oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentos de todas las partes, como en todas las declaraciones, la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en él (artículo 325).

Cuando las partes planteen cuestiones incidentales, serán tratadas en un solo acto, *a menos que el tribunal resuelva tratarlas sucesivamente o diferir alguna para la sentencia*, según convenga al orden del debate (artículo 363).

El debate será continuo, durante todas las audiencias consecutivas que fueren necesarias hasta su conclusión (artículo 323).

El día y hora fijados para la audiencia, el tribunal se constituirá en el lugar señalado para ella. Quien lo presida, verificará la presencia de los demás jueces, de las partes, de los testigos, peritos o intérpretes que deban participar en el debate y de la existencia de las cosas que deban exhibirse en él, y lo *declarará abierto*.

Advertirá al acusado y al público sobre la importancia y significado de lo que va a ocurrir, indicará al acusado que deberá estar atento a lo que oirá. Concederá la palabra al Ministerio Público y a la parte coadyuvante, si la hubiere, para que expongan oralmente, en forma breve, clara y sumaria, las posiciones planteadas en la formalización de la acusación; en seguida al defensor para que, si lo desea, indique sintéticamente su posición respecto de los cargos formulados.

Quando un testigo o perito no se encuentre presente al iniciar la audiencia, pero haya sido debidamente notificado para asistir en una hora posterior y se tenga la certeza de que comparecerá, el debate podrá iniciarse (artículo 362).

El presidente del tribunal advertirá a los testigos, peritos o intérpretes, antes de que declaren que no podrán comunicarse entre sí ni con otras personas, ni ver, oír o ser informados de aquello que ocurra en la audiencia; permanecerán en una sala distinta, y serán llamados en el orden establecido. *Esta regla no se aplicará al imputado ni a la víctima.*

Si resulta conveniente y alguna de las partes lo solicita, el presidente *podrá disponer que los peritos, testigos e intérpretes presencien los actos del debate o alguno de ellos.* Después de declarar, el presidente dispondrá si ellos continúan en antecámara o pueden retirarse, previa consulta a las partes. En debates prolongados, *el presidente podrá disponer que las diversas personas citadas para incorporar información comparezcan en días distintos* (artículo 373).

Las pruebas que propongan cada una de las partes, se recibirán en el orden que éstas indiquen. Se producirán primero las ofrecidas para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil, y luego las pruebas ofrecidas por el imputado respecto de todas las acciones que hayan sido deducidas en su contra. En el caso de que haya un tercero civilmente demandado, se producirán sus pruebas antes de las del acusado (artículo 371).

El presidente, después de realizarle las prevenciones necesarias al testigo, concederá la palabra a la parte que propuso al testigo para que proceda a interrogarlo y, con posterioridad, a las demás partes que deseen hacerlo.

En su interrogatorio, las partes que hayan propuesto a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal mane-

ra que ellas sugieran la respuesta. Por último, podrán interrogar los miembros del tribunal y el mismo presidente, con el único fin de precisar puntos que no hayan quedado claros para el tribunal (artículo 375).

Quien presida la audiencia moderará el interrogatorio, procurando que se desarrolle sin presiones indebidas y sin ofender la dignidad del testigo.

Pese a que las partes pueden interrogar libremente, *no podrán formular preguntas capciosas, impertinentes o que involucren más de un hecho*. Sólo serán prohibidas las preguntas sugestivas propuestas por la parte que presenta al testigo.

Las partes podrán objetar la formulación de preguntas capciosas, impertinentes, compuestas o sugestivas y plantear *la revocación* de las decisiones del juez o del presidente del tribunal que limiten el interrogatorio (artículo 376).

El tribunal podrá ordenar, a solicitud de alguna de las partes, la recepción de nuevos medios de prueba, si en el curso del debate resultan indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad, siempre que la parte que la solicite justifique no haber sabido de su existencia con anterioridad o no hubiere sido posible prever su necesidad (artículo 381).

Terminada la recepción de las pruebas, el presidente concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, a la parte coadyuvante, al actor civil y al tercero civilmente demandado si los hubiere, y al defensor del imputado, para que, en ese orden, *emitan sus alegatos*.

Si participan dos representantes del Ministerio Público o dos licenciados en derecho por alguna de las demás partes, *todos podrán hablar dividiéndose la tarea*.

Tanto los agentes del Ministerio Público como las partes coadyuvantes y los defensores *podrán replicar*, pero siempre corresponderá a estos últimos la palabra final. La réplica se

deberá limitar a la refutación de los argumentos contrarios que antes no hubieran sido objeto de los alegatos.

Luego, el presidente preguntará a la víctima que esté presente, cuando no haya intervenido como parte coadyuvante en el debate, si tiene algo que manifestar y, en su caso, le concederá la palabra. Por último se le concederá la palabra al acusado si desea agregar algo más y *declarará cerrado el debate* (artículo 382).

Inmediatamente después de clausurado el debate, los jueces *pasarán a deliberar en sesión privada. La deliberación no podrá durar más de 24 horas* ni suspenderse salvo enfermedad grave de alguno de los jueces. En este caso, la suspensión de la deliberación no podrá ampliarse por más de 10 días, luego de los cuales se deberá reemplazar al juez y *realizar el juicio nuevamente*.

El tribunal apreciará la prueba según su libre convicción extraída de la totalidad del debate, conforme a las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia; sólo serán valorables y sometidos a la crítica racional, los medios de prueba obtenidos por un proceso permitido e incorporados al debate conforme a las disposiciones de ley.

El tribunal resolverá por unanimidad o mayoría de votos. Los jueces podrán fundar separadamente sus conclusiones, o en forma conjunta cuando estuvieren de acuerdo. Las disidencias serán fundadas expresamente (artículo 384).

La sentencia se pronunciará siempre en nombre del estado de Oaxaca. Redactada la sentencia, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, después de ser convocadas verbalmente todas las partes en el debate, y el documento será leído ante los presentes. La lectura valdrá en todo caso como notificación y las partes que lo requieran verbalmente recibirán

una copia de la sentencia. El original del documento se depositará, para buen recaudo, en los archivos del tribunal.

Cuando la complejidad del asunto o lo avanzado de la hora torne necesario diferir la redacción de la sentencia, en la oportunidad prefijada será leída sólo su parte resolutive con su respectiva motivación y fundamentación y el tribunal designará un juez relator que informe a la audiencia, sintéticamente, los fundamentos de hecho y de derecho que motivaron la decisión y sobre los pormenores de la deliberación y de la votación. En este caso, quien presidió la audiencia fijará día y hora para la lectura íntegra del documento que contiene la sentencia, dentro de los cinco días posteriores al pronunciamiento de la parte resolutive.

Vencido este plazo sin que el tribunal haya dado lectura a la sentencia, se producirá *la nulidad del juicio*, a menos que la decisión haya sido la de absolver al acusado. Si se trata de varios acusados y se absolvió a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados (artículo 389).

Por lo que se refiere al juicio ante el tribunal de juicio oral de Chihuahua, este comprende desde el momento en que el juez de garantía hace llegar la resolución de apertura del juicio al tribunal competente, dentro de las 48 horas siguientes a su notificación. Y pondrá a su disposición a las personas sometidas a prisión preventiva u otras *medidas cautelares personales*.

El tribunal de juicio oral radicará el proceso, el juez que lo presida decretará fecha para la celebración de la audiencia de debate, la que deberá tener lugar no antes de 15 ni después de 60 días *naturales* desde *dicha radicación*, indicará el nombre de los jueces que integrarán el tribunal y ordenará la citación de todos los obligados a asistir. *El acusado deberá ser citado, por lo menos, con siete días de anticipación al comienzo de la audiencia* (artículo 318).

El debate se realizará con la presencia ininterrumpida de los miembros del tribunal y de las demás partes legítimamente constituidas en el proceso, de sus defensores y de sus representantes (artículo 319).

El debate será oral, tanto en lo relativo a los alegatos y argumentos de todas las partes, como en todas las declaraciones, la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participen en él (artículo 327).

Cuando las partes planteen *cuestiones incidentales*, se resolverán inmediatamente por el tribunal, salvo que por su naturaleza sea necesario suspender la audiencia (artículo 354).

La audiencia de juicio oral se desarrollará en forma continua y podrá prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Para estos efectos, constituirán sesiones sucesivas aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal (artículo 324).

El día y hora fijados, el tribunal se constituirá en la sala de audiencias con la asistencia del Ministerio Público, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes. Verificará la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia, declarará iniciada la misma y dispondrá que los peritos y los testigos abandonen la sala.

Cuando un testigo o perito no se encuentre presente al iniciar la audiencia, pero haya sido debidamente notificado para asistir en una hora posterior y se tenga la certeza de que comparecerá, el debate podrá iniciarse.

El presidente señalará las acusaciones que deberán ser objeto del juicio contenidas en el auto de apertura de juicio oral, los acuerdos probatorios a que hubieran llegado las partes y advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que oirá.

Seguidamente, concederá la palabra al Ministerio Público para que exponga su acusación y, posteriormente, se ofrecerá

la palabra al defensor, quien podrá exponer los fundamentos en que base su defensa (artículo 358).

Cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo recibir primero la ofrecida por el Ministerio Público y el acusador coadyuvante, y luego la ofrecida por el imputado (artículo 360).

Antes de declarar, los peritos y los testigos no podrán comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurriere en la audiencia.

Durante la audiencia, los peritos y testigos deberán ser interrogados personalmente. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones, o de otros documentos que las contuvieren.

El juez presidente identificará al perito o testigo, le tomará protesta de conducirse con verdad y le advertirá de las penas que se imponen si se incurre en falsedad de declaraciones.

La declaración de los testigos y peritos se sujetará al interrogatorio de las partes. Los interrogatorios serán realizados, en primer lugar, por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba y luego por las restantes. Si en el juicio intervinere el acusador coadyuvante, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra al Ministerio Público, a dicho acusador, o a cada uno de los defensores de los acusados, según corresponda.

Finalmente los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos (artículo 361).

En sus interrogatorios, las partes que hubieran presentado a un testigo o perito no podrán formular sus preguntas de tal manera que ellas sugirieran la respuesta.

En ningún caso se admitirán preguntas engañosas, ambiguas o aquellas que incluyan más de un solo hecho, así como

aquéllas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que fueran formuladas en términos poco claros para ellos (artículo 362).

El tribunal podrá ordenar, la recepción de pruebas sobre hechos supervenientes o de las que no fueron ofrecidas oportunamente por alguna de las partes, cuando justificare no haber sabido de su existencia.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad (artículo 368).

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al acusador coadyuvante y al defensor, para que *expongan sus alegatos*. El tribunal tomará en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto.

Seguidamente, se otorgará al Ministerio Público y al defensor la *posibilidad de replicar y duplicar*. La réplica sólo podrá referirse a lo expresado por el defensor en su alegato de clausura y la duplica a lo expresado por el Ministerio Público o el acusador coadyuvante en la réplica.

Por último se otorgará al acusado la palabra para que manifieste lo conveniente. A continuación se *declarará cerrado el debate* (artículo 370).

Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él *pasarán a deliberar en privado, de forma continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente* (artículo 371).

Una vez concluida la deliberación, el tribunal se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convoca-

das verbalmente todas las partes, y *será leída tan solo la parte resolutive respecto a la absolución o condena del acusado y el juez designado como relator informará, sintéticamente, los fundamentos de hecho y de derecho que la motivaron* (artículo 372).

El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

En el caso de que se tratara de absolución, el tribunal podrá diferir la redacción del fallo hasta por un plazo de cinco días, la que será comunicada a las partes (artículo 377).

En caso de que se resolviera condenar al imputado por algún delito materia de la acusación, en la misma audiencia se señalará la fecha en que se celebrará la de *individualización de las sanciones y reparación del daño, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días*. Durante el transcurso de ese plazo, el tribunal deberá redactar la parte de la sentencia correspondiente a la existencia del delito y la responsabilidad del acusado.

Las partes, con aprobación del tribunal, podrán renunciar a la celebración de dicha audiencia. En este caso, el tribunal citará a una audiencia de lectura de sentencia condenatoria. En caso de que en la fecha y hora fijadas para la audiencia de lectura de sentencia condenatoria no asistiera a la sala de audiencias persona alguna, se dispensará la lectura de la sentencia (artículo 380).

Abierta la audiencia, se le dará el uso de la palabra al Ministerio Público para que manifieste lo que considere pertinente respecto a la individualización de las sanciones cuya imposición solicitó, acerca del daño provocado por el delito y su monto.

En seguida, se le dará el uso de la palabra a la víctima u ofendido para que señale lo que considere conveniente respecto a los citados temas. Posteriormente, la defensa del acusado expondrá los argumentos que funden sus peticiones y los que

considere conveniente apuntar, en relación con lo expuesto por el Ministerio Público y la víctima u ofendido (artículo 383).

Expuestos los alegatos iniciales de las partes, se procederá al desahogo de las pruebas debidamente admitidas, empezando por las del Ministerio Público, después las de la víctima u ofendido, concluyendo con las de la defensa. En el desahogo de los medios de prueba serán aplicables las normas relativas al juicio oral (artículo 384).

Desahogadas las pruebas, las partes harán sus alegatos finales. Después de deliberar brevemente, el tribunal procederá a manifestarse con respecto a la sanción a imponer al sentenciado y sobre la existencia del daño causado a la víctima u ofendido y su reparación.

Asimismo, fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la pena de prisión o sobre su suspensión, e indicará en que forma deberá, en su caso, repararse el daño. A continuación, el tribunal procederá a dar lectura íntegra de la sentencia condenatoria (artículo 385).

3. *Sistema de medios de impugnación*

Finalmente, si se pretende hacer un breve recorrido respecto del proceso penal, y partiendo del hecho que los retos para el diseño del nuevo proceso penal ordinario son muchos y muy variados, debe hacerse una breve referencia a uno de los más importantes: el sistema de recursos. Antes de entrar a una revisión detallada de los recursos existentes valdría la pena realizar una reflexión previa sobre los alcances del sistema.

Sobre este punto la cuestión más importante es ¿qué se va a conocer en el sistema de recurso? O dicho con más precisión, ¿cuál es el ámbito material u objeto de la impugna-

ción en la segunda instancia? Pregunta que nos obliga a definir si en la segunda instancia se conocerá de la revisión a la valoración fáctica o sólo a la interpretación jurídica de los jueces de primera instancia. En otras palabras, qué se puede llevar al órgano jurisdiccional de segunda instancia, en un sistema que pretende aumentar la importancia de la inmediación —lo que nos lleva a destacar la importancia de la sentencia de primera instancia— pero que tiene como criterio esencial la *suplencia de la queja* y que además será revisado desde la perspectiva de la constitucionalidad por el juicio de amparo.

Al respecto, en este momento, en México, estamos en medio de un debate soterrado, oculto, entre dos posiciones que, paradójicamente, se pueden encontrar en los códigos que pertenecen a la misma familia: Chihuahua y Oaxaca. En Oaxaca, el recurso revisa hechos y derecho, lo cual equivale a valorar pruebas y, desde una perspectiva teórica nos lleva a ciertos problemas de inmediación, ¿si el núcleo del nuevo sistema de juicio oral es la inmediación, qué clase de inmediación puede haber cuando el juez no está presente, por ejemplo, escuchando a los testigos? Sin embargo, en Oaxaca, se incluye hechos y derecho; en Chihuahua, solamente derecho, una revisión jurídica.

El tema tiene que ver con una sentencia de la Corte Interamericana cuya revisión es indispensable, el caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, y en especial el voto particular de don Sergio GARCÍA RAMÍREZ,²⁶ del que se puede deducir que respecto de

²⁶ Sobre este punto nos permitimos citar alguno de los epígrafes más destacables dentro del voto particular de GARCÍA RAMÍREZ.

30. En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta

la Convención Americana de Derechos Humanos existe la obligación del Estado mexicano de establecer una revisión integral,

sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

31. La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior —que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales— debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, 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 (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

32. Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos —obviamente— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

y, de acuerdo con la opinión citada, una revisión integral es forzosamente una revisión de hechos y de derecho.

El tema es demasiado amplio y por cuestiones de espacio este debate se dejará simplemente apuntado; sin embargo, podemos adelantar que, desde nuestra perspectiva, este es un caso típico en el que no debemos buscar la respuesta o solución teóricamente más perfecta, sino que, partiendo de que el proceso penal afecta a varios de los valores más importantes del ser humano, debemos buscar la solución que atienda mejor las necesidades de justicia en las circunstancias de nuestro país. Por esta razón me parece que el principio de intermediación deberá ser limitado, y la revisión incluir también la valoración sobre los hechos.

Pasaremos a continuación a la descripción de los sistemas vigentes: recursos que proceden en el estado de Nuevo León. Tratándose del procedimiento de juicio oral, sólo procede el re-

Con respecto a la sentencia dictada en el caso *Castillo Petruzzi*, un juez de la Corte produjo un voto concurrente razonado en el que se refirió a este asunto, *inter alia*, aunque lo hiciera a propósito de la inobservancia del recurso en la hipótesis de un juicio militar: “no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia (porque los organismos que intervinieron en la revisión de la sentencia) no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente es calificación” (*Voto concurrente del juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la Sentencia del caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999*).

Puede consultarse el resto del voto razonado concurrente del juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ, correspondiente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Sentencia del 2 de julio de 2004 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas) en la siguiente dirección web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/se_nec_107_esp.pdf, fecha de la última consulta: 10 de agosto de 2008.

curso de apelación contra el auto de formal prisión, el auto de sujeción a proceso, el auto de libertad, de la admisión de pruebas en forma contraria a las ofertadas, el desechamiento de pruebas ofrecidas, y la sentencia definitiva (artículo 577).

En el caso del estado de Oaxaca, el sistema de recursos incluye la revocación, la apelación, la casación y al reconocimiento de inocencia. Durante el debate, las partes pueden inconformarse de las resoluciones en revocación (artículo 383). Mientras que el recurso de apelación procederá contra las resoluciones dictadas por el juez en las etapas preliminar e intermedia, siempre que causen agravio irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que ésta continúe (artículo 433).

El recurso de casación procederá contra la sentencia y el sobreseimiento dictados por el tribunal de juicio oral (artículo 439).

En la regulación del estado de Oaxaca destaca que el tribunal que conoce del recurso de casación tiene amplias facultades puesto que podrá apreciar la procedencia de los reclamos invocados en el recurso y sus fundamentos, examinando las actuaciones y los registros de la audiencia, *de modo que pueda valorar la forma en que los jueces de juicio apreciaron la prueba y fundamentaron su decisión*. Si no tuviere registros suficientes para realizar esa apreciación, *puede reproducir en casación la prueba oral del juicio que en su criterio sea necesaria para examinar la procedencia del reclamo, valorándola en relación con el resto de las actuaciones*. De igual manera podrá valorar en forma directa los medios de convicción que se hubieren introducido por escrito al juicio.

Para el caso de Chihuahua el sistema de recursos incluye la revocación, la apelación, la casación y la revisión de sentencias firmes. El recurso de revocación contra las resoluciones que resuelvan sin sustanciación un trámite del proceso (artículo 411), y procederá el recurso de apelación contra las resolu-

ciones dictadas por el juez de garantía que pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieran por más de 30 días; las que se pronunciaran sobre las medidas cautelares; las que concedieran, negaran o revocaran la suspensión del proceso a prueba; la sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado; el auto que resuelva sobre la vinculación del imputado a proceso; la negativa de orden de aprehensión; las resoluciones denegatorias de prueba, dictadas hasta en el auto de apertura de juicio oral; la negativa de abrir el procedimiento abreviado; las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios (artículo 414).

Finalmente procede el recurso de casación contra la sentencia, resolución de sobreseimiento o a fin de invalidar la audiencia de debate de juicio oral (artículo 419). Los motivos para su interposición se dividen en procesales (artículo 423) y motivos de casación relacionados con el fondo. Entre los primeros será procedente la casación cuando:

- I. En la tramitación de la audiencia de debate de juicio oral se hubieran infringido derechos fundamentales asegurados por la Constitución federal o local, o por los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano que se encuentren vigentes.
- II. La sentencia hubiera sido pronunciada por un tribunal incompetente o que, en los términos de la ley, no garantice su imparcialidad.
- III. La audiencia del juicio oral hubiera tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exige la ley.
- IV. Se hubiera violado el derecho de defensa o el de contradicción.

- V. En el juicio oral hubieran sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad, oralidad y concentración del juicio, siempre que se vulneren derechos de las partes.

En estos casos, el Tribunal de Casación anulará la sentencia o la audiencia y se ordenará la celebración de un nuevo juicio.

Entre los motivos de casación de la sentencia se encuentra que la sentencia:

- I. Violara, en lo que atañe al fondo de la cuestión debatida, un derecho fundamental o la garantía de legalidad.
- II. Carezca de fundamentación, motivación, o no se hubiera pronunciado sobre la reparación del daño.
- III. Haya tomado en cuenta una prueba ilícita que trascienda al resultado del fallo.
- IV. No hubiera respetado el principio de congruencia con la acusación.
- V. Hubiera sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.
- VI. Al apreciar la prueba, no se hubieran observado las reglas de la sana crítica, de la experiencia o de la lógica, o se hubiera falseado el contenido de los medios de prueba.
- VII. La acción penal esté extinguida.

El recurso de revisión procede contra la sentencia firme, únicamente a favor del imputado cuando: la sentencia impugnada se haya fundado en prueba cuya falsedad se haya declarado en fallo posterior firme o resulte evidente aunque no exista un proceso posterior; la sentencia condenatoria haya sido pronunciada a consecuencia de cohecho, violencia o en cualquiera de las hipótesis a que se refiere el Código Penal, en lo relativo a

los delitos en contra del adecuado desarrollo de la justicia u otros que impliquen conductas fraudulentas, cuya existencia se haya declarado en fallo posterior firme; después de la sentencia sobrevengan hechos nuevos o elementos de prueba que solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hagan evidente que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible o corresponda aplicar una norma más favorable, o corresponda aplicar una ley más benigna, o una amnistía, o se produzca un cambio en la jurisprudencia que favorezca al condenado (artículo 430).

V. ACCIÓN PENAL

Uno de los cambios más importantes en el proceso penal acusatorio tendrá incidencia en la acción penal, sobre todo, en lo que respecta a los requisitos para su ejercicio. Para entrar a comentar este tema es forzoso que, aunque sea de manera provisional, realicemos una definición del concepto de acción penal. Para este fin conviene recordar que la acción en el ámbito civil constituye un derecho subjetivo, público, a favor de los justiciables, del que el obligado es el Estado; quien en presencia de un conjunto de presupuestos jurídicos materiales estará obligado a dictar una sentencia con un contenido concreto.²⁷ En materia penal, el contenido de la acción penal es más restringido, no alcanza a determinar el sentido de la sentencia sino que se limita a ser un *ius ut procedatur*, en otras pala-

²⁷ El concepto del derecho de acción y su contenido, en especial el debate entre el concepto de acción en sentido abstracto y la acción concreta es tratado de forma extensa en nuestro trabajo OLIVA SANTOS, Andrés de la y NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F., *op. cit.*, nota 15; también puede verse el tratamiento en el sistema español en OLIVA SANTOS, Andrés de la y DÍEZ PICAZO, Ignacio, *op. cit.*, nota 15.

bras, la acción penal es el derecho-deber para poner en marcha un proceso —cuando su ejercicio implica un monopolio estatal en manos del Ministerio Público, en virtud del principio de legalidad, la acción penal se configura como un deber— que tiene como fin definir la procedencia de la aplicación del *ius puniendi* estatal.

Al respecto, debe considerarse que derivado de nuestra tradición jurídica romano germano canónica, el sistema penal tiene como una de sus bases el principio de legalidad, que se convierte en una garantía frente a la discrecionalidad en el ejercicio del poder. Si llevamos este principio al terreno que nos ocupa, encontraremos que, el principio de legalidad determina que la acción penal sea un deber, en efecto, si consideramos que el Estado tiene el monopolio de la acción penal —del poder de acusar— y lo deposita en el ministerio público, este no lo podrá ejercer discrecionalmente sino constituirá un deber, es decir, en términos previos a la reforma del 18 de junio de 2008, ante un hecho con apariencia delictiva, una vez establecida la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad el Ministerio Público se encontraba obligado a ejercer la acción.

Recapitulando: ¿qué es la acción penal? Es el poder de acusar, de solicitar de la los órganos que ejercen la jurisdicción la aplicación del *ius puniendi* —entendido como potestad sancionadora o derecho a castigar— ya que este derecho lo tiene única y exclusivamente el Estado.

Ahora bien, como se ha señalado, con la reforma constitucional la regulación existente en materia de requisitos para el ejercicio de la acción penal deberá modificarse profundamente. En efecto, resulta paradójico que una de las reformas más importantes del nuevo texto constitucional, que indudablemente impactará el funcionamiento del nuevo proceso penal mexica-

no, implica, en realidad, volteando a nuestra historia reciente, una continuación de la tendencia que se estableció en 1999, originada como reacción a la reforma de 1993, para disminuir los parámetros probatorios necesarios para el ejercicio de la acción penal.

En este sentido, debe recordarse la evolución del texto constitucional en esta materia, lo que nos permitirá tener una perspectiva más completa de esta cuestión y de los retos que implica para los nuevos códigos.

1. *La primera reforma: la teoría finalista y los elementos del tipo penal*

Una de las más importantes discusiones en materia procesal penal tuvo lugar en 1993, a raíz de la reforma constitucional que modificó los parámetros probatorios tanto para el ejercicio de la acción penal, como para la obtención de la orden de aprehensión, que se desprendió de las modificaciones a los artículos 16, 19 y 20 de la Constitución.

Hasta antes de dicha reforma, los requisitos que el Ministerio Público debía reunir para poder ejercer una acción penal —misimos para la obtención de la orden de aprehensión— establecían que debía acreditar la existencia del *cuerpo del delito* y la *probable responsabilidad* del indiciado. El *cuerpo del delito* se definía como “el conjunto de elementos objetivos o materiales que constituían la descripción típica del ilícito (lo que se había entendido en la práctica y en la jurisprudencia como una exigencia de que la conducta debía de encuadrar perfectamente en la hipótesis penal para ser considerada delito)”. En cuanto a la *probable responsabilidad*, lo que se buscaba era atribuir la *causación* del resultado al indiciado. En la práctica esto se entendió co-

mo que las pruebas existentes permitieran deducir la participación del indiciado en el delito.

Las reformas de 1993 modificaron completamente estas reglas procesales. Para ello, establecieron que los nuevos requisitos para el ejercicio de la acción penal eran acreditar los *elementos del tipo penal* y la probable responsabilidad del indiciado. La reforma se presentó como una acción favorable para la modernización del derecho penal en México y el otorgamiento de mayores garantías a los procesados. En efecto, derivada de la desconfianza que impera en la sociedad mexicana hacia el Ministerio Público, misma que es un lugar común que a la fecha nadie cuestiona, el exigir el cumplimiento de mayores exigencias probatorias se presentó como una ampliación de las garantías de los ciudadanos.

Debe considerarse, además, que derivado del uso generalizado de la prisión preventiva como consecuencia inmediata y directa del ejercicio de la acción penal, sonaba muy razonable aumentar los requisitos para que el Ministerio Público pudiera ejercer la acción penal. Es evidente que esta perspectiva omitía cuestionar la estrecha relación de la acción penal con la más grave de las medidas cautelares y, al contrario, partía de esta relación como premisa. Así pues, la reforma se presentó como *garantista* y moderna subrayando, además, su orientación dogmática *finalista*.

En efecto, desde el legislador se señaló que el nuevo sistema partió de un *concepto final de acción* que ubica el dolo y la culpa (en tanto elementos subjetivos) en el tipo penal. En este sistema la culpabilidad tiene otra connotación; se concibe como un juicio de reproche que se hace al autor de una conducta antijurídica, por haber actuado en contra de lo que exige la norma, pudiendo haberlo hecho de otra manera, por tanto, la responsabilidad penal está compuesta de la conciencia de la antijuricidad y de la culpabilidad.

El sistema que fue establecido por la reforma fue muy criticado. Se dijo que el planteamiento generaba muchas dificultades para el desarrollo del trabajo de las procuradurías de justicia. De igual forma se señaló que el término de 48 horas establecido en la Constitución para definir la situación jurídica de los detenidos en las agencias del Ministerio Público era demasiado breve para satisfacer las necesidades que planteaba una investigación en la que debían determinarse los elementos del tipo penal y la nueva definición de la probable responsabilidad. Por otra parte, fue evidente que los operadores jurídicos tampoco tenían la preparación suficiente para el manejo del nuevo régimen.

En la práctica el resultado del nuevo sistema aumentó la importancia de las investigaciones durante la averiguación previa. De esta manera, cuando los agentes del Ministerio Público integraban las consignaciones, el caso se encontraba prácticamente concluido. Cuando los jueces revisaban las consignaciones y emitían un auto de formal prisión, las probabilidades de que eventualmente se dictara sentencia condenatoria eran muy altas, toda vez que los altos estándares para el dictado del auto de formal prisión planteados por la Constitución dejaban muy poco lugar para la *litis* en la fase de instrucción.

Los efectos de la reforma afectaron a los indiciados de otra manera: al aumentar el grado de importancia de la averiguación previa, la limitada intervención de la defensa durante esta etapa adquirió mayor gravedad, puesto que dejaba a los imputados en indefensión. El esquema desde la perspectiva legal establecía que las pruebas y los argumentos de la defensa se presentaran durante la integración de la averiguación previa, sin embargo, en la práctica la intervención de la defensa siguió siendo muy discreta.

2. *La contrarreforma: la vuelta al cuerpo del delito*

Hacia 1998 las críticas al sistema establecido en la Constitución empezaron a centrarse en la inoperancia de los órganos de procuración de justicia y el consecuente incremento de la impunidad. Las procuradurías argumentaban que era muy difícil reunir los requisitos necesarios para iniciar una acción penal. Así las cosas, la iniciativa de reformas a la Constitución para modificar los requisitos para el ejercicio de la acción penal tuvo su origen en la Procuraduría General de Justicia. Esta iniciativa se concretó en 1999, con una reforma en sentido contrario, que tenía por objeto regresar a un esquema semejante al anterior a 1993. Es decir, los requisitos que se establecieron para la procedencia de la acción penal fueron comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Sin embargo, el contenido de estos conceptos cambió puesto que se señaló que por cuerpo del delito se entendería el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, además de incluir en este concepto los elementos normativos, en el caso de que la descripción del tipo penal los incluyera. Por otra parte, la probable responsabilidad del indiciado implicaba acreditar la participación del sujeto en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y que no existiera acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

De igual forma, se exigió que el Ministerio Público expresara, aunque si bien sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, junto a los elementos subjetivos específicos cuando la descripción del tipo penal lo implicara. De esta manera se estableció un nuevo contenido a los conceptos comentados; en esencia, sin embargo, la reforma trató de

disminuir los estándares probatorios frente a la situación que estaba vigente.

Debe señalarse que los códigos de procedimientos penales de las entidades de la Federación, que cambiaron con la reforma de 1993, no siembre realizaron el cambio de vuelta con la reforma de 1999. Estas circunstancias provocaron que la Suprema Corte de Justicia de la Nación señalara en un conjunto de resoluciones, que en los casos en que existiera una contradicción entre los estándares constitucionales y el código vigente, se aplicaría la Constitución, a pesar de que el código ofreciera mayores garantías al imputado.

La concepción detrás de estas reglas de prueba es contradictoria puesto que parte de la incapacidad de la Procuraduría para investigar y acreditar plenamente los *elementos del tipo penal* —incapacidad que la exposición de motivos de 1999 reconoció expresamente— por lo que era necesario que se le apoyara desde una decisión de política criminal y, por otro lado, también señalaba la desconfianza en las instituciones de procuración de justicia por lo que resultaba conveniente que el ejercicio de la acción penal fuera una especie de carrera de obstáculos para el Ministerio Público.

3. La reforma de 2008: la disminución del estándar probatorio

Durante el periodo que ha pasado desde esta reforma de 1999 a la fecha, el panorama del sistema penal mexicano no ha cambiado radicalmente, las expectativas de la reforma fueron mucho más optimistas que los resultados hasta ahora alcanzados. Esto puede explicar que uno de los elementos más importantes de la actual reforma constitucional es precisamente la nueva modificación a los estándares probatorios para el

ejercicio de la acción penal, ya que la reforma disminuye las exigencias probatorias. Por lo que tampoco resulta sorprendente encontrar que esta parte específica de la reforma es, quizá, la más polémica, dadas las críticas que ha generado a lo largo y ancho del país. Los cuestionamientos, en lo esencial, subrayan los riesgos de la disminución del estándar probatorio y auguran una época de abusos en el ejercicio de la acción penal.

Para abarcar de forma adecuada los matices de este problema debe partirse de los nuevos parámetros de prueba tanto para el ejercicio de la acción penal como para obtener una orden de aprehensión en el nuevo texto aprobado; así, el párrafo segundo del artículo 16 y el párrafo primero del artículo 19, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dicen:

Artículo 16. ...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un *hecho que la ley señale como delito*, sancionado con pena privativa de libertad y *obren datos que establezcan que exista la probabilidad* de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como *los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión* (las cursivas son nuestras).

Ahora bien, como puede apreciarse de la lectura desaparece del texto constitucional el concepto de cuerpo del delito

—finalidad que, además, es expresamente reconocida en los dictámenes del Senado—, y, en general, el sentido de la reforma es reducir los requerimientos de prueba para el ejercicio de la acción penal, lo que incluso se aprecia al observar que en la redacción del precepto se utiliza el verbo *establecer* en lugar del concepto de *acreditar* que era el utilizado en el texto hasta ahora vigente.

Esta modificación implica una transformación profunda de las prácticas de los operadores jurídicos dentro del proceso penal, ya que, en términos reales, implica que los parámetros probatorios se reducen en esta etapa del procedimiento, tanto en su *extensión* (que se refiere a lo que hay que probar) como en su *intensidad* (que se refiere al grado de certeza que se necesita establecer).

4. *Los retos en la implementación de los nuevos parámetros prueba*

De lo dicho hasta este punto, se puede observar que las nuevas reglas de prueba para el ejercicio de la acción penal o para la obtención de la orden judicial de aprehensión resultan un ejemplo claro de la existencia de una estrecha relación entre el diseño procesal y la implementación de la reforma. En efecto, este aspecto de la reforma incide, necesariamente, en el rediseño de las instituciones y de las prácticas del proceso penal. En otras palabras, detrás de las modificaciones a los parámetros probatorios encontramos retos tales como: reconstruir la confianza en el Ministerio Público; la modificación del valor probatorio de los actos de investigación; las dificultades que implica cambiar noventa años de práctica y distinguir entre la decisión sobre el ejercicio de la acción penal y la decisión de establecer la prisión preventiva; de igual forma, se trata de reposicionar al

juez como aliado del ciudadano. Comentemos brevemente estos aspectos.

Como es sabido, el Ministerio Público se introduce en México en el año de 1900 y en el texto constitucional de 1917 adquiere un papel central en el diseño procesal, al desaparecer el juez de instrucción y ser el órgano constitucionalmente encargado de llevar a cabo la investigación. Sin embargo, su cercanía con el poder político derivó, en no pocas ocasiones, en una utilización discrecional de la acción penal y, en general, en una limitada autonomía técnica.

De igual forma, el hecho de que el Ministerio Público fuera, durante la etapa de investigación del proceso, la autoridad que creaba prueba y la desahogaba ante sí mismo, ha generado un espacio propicio para los abusos que, desafortunadamente, en muchos casos pasaban de la posibilidad a la realidad cotidiana, lo que en general se ha traducido en un gran desgaste de la imagen pública de la institución, que es vista como un espacio de corrupción. En este contexto, es previsible que se generen con facilidad cuestionamientos a un texto constitucional que reduce los requisitos de prueba para el Ministerio Público.

El elemento que es más complicado en la implementación, es la supresión de la regla de la prisión preventiva derivada de la calificación del delito como grave, debido a que implica la desaparición de una práctica muy arraigada, la extensa utilización de la prisión preventiva. Lo que la doctrina internacional ha denominado “delitos inexcusables”. El nuevo diseño implica que la decisión sobre el ejercicio de la acción penal no conlleva en automático la privación de la libertad, sino que las medidas cautelares se decidirán en función de las circunstancias específicas del sujeto y no sólo del hecho imputado. Ésta es, quizá, la parte que genera mayor incredulidad en los opera-

dores jurídicos que no se encuentran familiarizados con el funcionamiento del sistema acusatorio.

Así pues, establecer la práctica de distinguir entre la decisión sobre el ejercicio de la acción penal y la decisión de establecer la prisión preventiva es la apuesta más arriesgada del nuevo sistema. De lograrse, se obtendría como resultado una situación que en México no se ha podido concretar: el juez como aliado del ciudadano, como el principal garante de la vigencia de sus derechos, o visto desde otra perspectiva, abaratar los costos para el ciudadano de ver cara a cara a un juez en un proceso penal, ya que no le costaría entrar a la cárcel.

Sin embargo, existen indicios que pueden señalar que el cambio en las prácticas puede no ser tan sencillo. Al respecto basta considerar que en tanto la reforma constitucional puede ser caracterizada como el resultado de una transacción, destaca un conjunto de decisiones que no son congruentes con las finalidades del sistema acusatorio, en este sentido puede verse el párrafo segundo del nuevo artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece prisión preventiva de oficio en el caso de acusaciones de delitos tales como violación, secuestro o delincuencia organizada.

En conclusión, la disminución de los parámetros probatorios podría ser caracterizada como una decisión que es requerida por el nuevo sistema penal acusatorio que se pretende instaurar; sin embargo, en las circunstancias en que se desarrolla el proceso en México, el entendimiento de las finalidades del sentido de la reforma ya es complicado y requiere de un cambio profundo en la manera en que la sociedad mexicana valora y se relaciona con sus instituciones de procuración de justicia.

De acuerdo con la redacción actual y, considerando la exposición de motivos, parece evidente que el Constituyente pretende disminuir lo que hay que probar para el ejercicio de la acción

penal; si se compara con el contenido actual del *cuerpo del delito* en los términos del Código Federal de Procedimientos Penales, una interpretación posible sería que en un primer término habría que probar sólo los elementos objetivos. Esta interpretación da lugar a una discusión por demás interesante, muy amplia, ya que existen interpretaciones en contra que señalan que, al contrario, que el nuevo texto constitucional podría exigir un conjunto probatorio mayor al que exige el actual cuerpo del delito o que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos marca los mínimos y que la recepción en las entidades podría ampliar las garantías. De igual manera, se ha señalado que la disminución de los parámetros probatorios incide solamente en la intensidad probatoria y no en la extensión que seguirá manteniendo su extensión actual.

En nuestra opinión, la reforma disminuye el parámetro probatorio no sólo en intensidad sino también en extensión. Sin embargo, es evidente que no tendremos una definición sobre este punto —como en muchos otros— hasta revisar el contenido de los nuevos códigos de proceso penal, sin perder de vista que la palabra definitiva la dará la jurisprudencia.

5. *Acción penal pública*

Ahora describiremos la regulación existente aunque distinguiremos su ejercicio público dado que el nuevo texto constitucional permite el ejercicio de la acción penal por particulares, sin perder de vista que hasta esta fecha —julio de 2008— no tiene concreción legislativa alguna.

A. *Requisitos*

En el ámbito de Nuevo León y del Estado de México, el ejercicio de la acción penal tenía un perfil muy tradicional ya que exigía cumplir los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para lo cual deberá precisar de una manera breve el hecho por el cual ejercita acción penal; expresando el delito que le imputa al inculpado, incluyendo las modalidades y circunstancias modificativas y calificativas de éste, en su caso, así como el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución; propondrá las cuestiones de derecho y citará las leyes aplicables (artículo 193 del Código de Nuevo León).

En el ámbito de Oaxaca y Chihuahua la principal diferencia era de términos puesto que el marco constitucional restringía las posibilidades de establecer modalidades diferentes a su ejercicio.

Así, se debería formular la imputación inicial cuando se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado, solicitando al juez la sujeción del imputado a proceso cuando, de conformidad con los avances de la investigación, estime necesaria la intervención judicial para asegurar los derechos y garantías procesales del imputado. La imputación deberá contener: el nombre del imputado; el nombre de la víctima y del denunciante; una breve descripción de los hechos y su posible calificación jurídica; los elementos de convicción que arroje la investigación, y lo relacionado con la reparación del daño (artículo 272).

Los códigos señalaban la posibilidad de decretar el archivo temporal, cuando no existieran elementos suficientes para proceder y no pudieran practicar otras diligencias en ese sentido, o cuando no aparezca quién o quiénes hayan podido intervenir en los hechos (artículo 217). También se regula la posibilidad de abstenerse de investigar cuando los hechos relatados en la

denuncia o querrela no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado (artículo 218).

La conciliación está prevista en los artículos 191 y 283.

El agente del Ministerio Público recibe la denuncia o querrela, realiza la investigación de los hechos y la persecución penal, desahoga todos los elementos de prueba que considera pertinentes y con base en ello resuelve según sea el caso: *formular la acusación* cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial, y podrá *solicitar la aplicación de medidas cautelares personales* (artículo 274).

La acusación deberá contener: la individualización del acusado y *de su defensor*; la individualización de la víctima u ofendido, salvo que esto sea imposible; el relato circunstanciado de los hechos atribuidos y de sus modalidades, así como su calificación jurídica; *la mención de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurrieren, aun subsidiariamente de la petición principal; la autoría o participación que se atribuye al imputado; la expresión de los demás preceptos legales aplicables; la pena que el Ministerio Público solicite y los medios de prueba relativos a la individualización de la pena y los relacionados con la improcedencia, en su caso, de sustitutos de la pena de prisión o la suspensión de la misma; el daño que, en su caso, se considere se haya causado a la víctima u ofendido y los medios de prueba que ofrezca para acreditar ese daño y en su caso, la solicitud de que se aplique el procedimiento abreviado* (artículo 294).

B. *Momento de su ejercicio*

Sobre el momento del ejercicio de la acción penal en el ámbito de Nuevo León y Estado de México no existió ninguna diferencia respecto del proceso tradicional y se considera que se realiza en la consignación.

El caso de Oaxaca y Chihuahua es menos claro ya que existen dos posibilidades: en la imputación inicial o en la formalización de la acusación.

La imputación inicial implica una solicitud del Ministerio Público al juez para que otorgue la sujeción del imputado a proceso cuando, de conformidad con los avances de la investigación, estime necesaria la intervención judicial para asegurar los derechos y garantías procesales del imputado. Para tales efectos, el Ministerio Público formulará la imputación inicial, *la cual contendrá los datos que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable su responsabilidad*. Sin embargo, la existencia de un plazo judicial para continuar con la investigación hace que dudemos de esta conclusión puesto que con el ejercicio de la acción penal, de la acusación, concluye la etapa de investigación y da paso a la fase intermedia o de preparación del juicio²⁸ y esto no sucede en los casos de los códigos de Chihuahua y Oaxaca, ordenamientos en los que se abre la fase intermedia hasta el ejercicio de la acusación. Este desfase se debe a que los códigos comentados siguen el modelo chileno, sin embargo, se modificó el contenido del acto de imputación ya que en este país la imputación formal no es más que la comunicación al imputado de que existe una investigación en su contra y la acción penal se ejerce con claridad posteriormente. Esta cuestión

²⁸ Cfr. BINDER, Alberto, *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad Hoc, 2005, pp. 207 y ss.

se convierte en más problemática al considerar la exigencia de congruencia acusación-sentencia derivada del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o garantía de *litis cerrada*

6. Acción penal privada

Este tema es una de las novedades más importantes del nuevo texto constitucional y significa una ruptura profunda de la manera en que se había venido entendiendo el contenido de la acción penal. En efecto, el nuevo segundo párrafo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala: “El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

En consecuencia aunque el tema no se acostumbra a tratar en los textos sobre el proceso penal en México resulta forzoso que señalemos, aun de forma breve, las tendencias en esta materia.

Siguiendo a GUTIÉRREZ BERRINCHES,²⁹ en el proceso penal pueden ejercer la acción penal, adquiriendo la condición de partes acusadoras, un número variable de sujetos: el Ministerio Público, la acusación particular, la acusación popular y el acusador privado. El *Ministerio Público* es el órgano público al que la ley encomienda el ejercicio de la acción penal con carácter general y en nombre del Estado. El *acusador particular* es el ofendido o perjudicado por el delito, que igualmente puede

²⁹ Sobre este punto sugerimos la lectura del excelente ensayo de GUTIÉRREZ BERRINCHES, Álvaro, “Las partes acusadoras en el proceso penal español por delitos”, en CIENFUEGOS, David, NATARÉN NANDAYAPA, Carlos et al. (coords), *Temas de derecho procesal penal en México y España*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

constituirse en parte acusadora. Además de estos dos casos, en algunos sistemas jurídicos como el español cualquier ciudadano, aunque no haya sido ofendido ni perjudicado por el delito puede ejercitar la acción penal, constituyéndose en *acusador popular* siempre que cumpla con una serie de exigencias legales. Por último, también siguiendo el modelo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española el *acusador privado* es también el ofendido o perjudicado por el delito, pero, a diferencia del acusador particular —que cuenta con el ejercicio de la acción por parte del Ministerio Fiscal—, el acusador privado es el único legitimado para ejercer la acción penal, porque el delito por el que se ha visto ofendido o perjudicado no afecta al interés público.

Así pues, en algunos casos la acusación se ejercerá de manera única por uno solo de los sujetos mencionados, en otros casos podrá ejercerse de manera concurrente por varios de ellos. Ahora bien, es necesario que la acusación se ejerza por algún sujeto para que pueda iniciarse el juicio oral: derivado del principio acusatorio es indispensable la distinción entre la figura de juez y acusador. Además, para algunos sujetos —como el Ministerio Público—, el ejercicio de la acción penal se configura como un *deber*, supeditado a la apreciación del carácter aparentemente delictivo de los hechos, y para los restantes sujetos como una *facultad*, condicionada al cumplimiento de una serie de requisitos.

Para comprender por qué y en qué casos podrá o deberá actuar el acusador particular —en tanto, único reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos—, conviene incidir brevemente en la naturaleza diversa de los delitos tipificados en el Código Penal, sin que se desconozca que se trata de una opción legislativa, el párrafo siguiente no es más que una especulación o en el mejor de los casos una propuesta de *lege ferenda*.

Siguiendo la exposición de GUTIÉRREZ BERRINCHES,³⁰ se puede afirmar que las acciones y omisiones tipificadas en el código penal tienen una relevancia que trasciende el interés particular de las personas agraviadas por el delito; es decir, a toda la sociedad en su conjunto le interesa la persecución de los delitos. En el ámbito penal es particularmente intenso el interés público que subyace al proceso, porque su objeto es más relevante para la sociedad que el de los procesos que se siguen ante otros órdenes jurisdiccionales.

En efecto, puede decirse que todos los individuos de una sociedad tienen cierto interés en que los deudores paguen sus deudas, pues eso redundaría en beneficio de todos, al generar un alto grado de confianza en el tráfico jurídico. Sin embargo, esos mismos individuos tienen mayor interés en que se persiga penalmente a los estafadores, secuestradores o terroristas que a los deudores, pues, frente al bienestar económico, en estos otros casos están en juego bienes o valores superiores, como la seguridad, la libertad o incluso la vida. Indudablemente, como no todos los delitos afectan al mismo bien jurídico, no todos los delitos revisten la misma gravedad ni, por lo tanto, interesan a la sociedad en la misma medida su persecución.

A los efectos del ejercicio de la acción penal y atendiendo al interés de la sociedad en la represión de las conductas delictivas, los delitos tipificados en el Código Penal pueden clasificarse en dos categorías: delitos perseguibles de oficio y perseguibles sólo con querrela de la víctima u ofendido. En la primera categoría, el Ministerio Público tiene el deber de ejercitar la acción penal. En la segunda, si el delito requiere de la presentación de una querrela, el Ministerio Público también tiene el deber de ejercitar la acción penal, pero su ejercicio está condicionado a la previa denun-

³⁰ *Idem.*

cia del ofendido o perjudicado por el delito; es en este caso cuando podría establecerse que el acusador particular podrá ejercer la acción penal.

VI. FORMAS ALTERNATIVAS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

Cuando se piensa en el nuevo proceso penal debe partirse del hecho de que las denominadas salidas alternas o medios alternos constituyen el núcleo del nuevo sistema procesal penal; sin embargo, el debate se ha centrado en los juicios orales y en sus características por lo que, a pesar de su importancia, estas salidas alternas no han sido analizadas o, simplemente, comentadas de forma amplia. Su trascendencia para el desarrollo del modelo se puede observar si consideramos que se espera que, al igual que en los Estados Unidos, el 95% de los casos no lleguen a juicio. Sobre este punto debemos revisar cuidadosamente las cifras del distrito judicial Morelos en Chihuahua, donde un porcentaje mayor de las denuncia penales es resultado por esta vías.

Para efectos de este trabajo entiendo por salidas alternas a las formas, en que de acuerdo con los nuevos códigos y regulado por ellos, el proceso penal termina no en virtud de una resolución jurisdiccional —la sentencia— sino debido a la actuación o iniciativa de las partes.

El nuevo texto constitucional abre la puerta a estos medios alternos de terminación del proceso, así el artículo 20, en su apartado a señala:

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 partici-

pación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad.

En este trabajo se abordan las líneas generales de la regulación y las cuestiones que a nuestro juicio son importantes de las tres principales salidas alternas que se incorporan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que están funcionando en nuestro país en algunos estados: los criterios de oportunidad, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba. El juicio abreviado implica una resolución sobre el fondo, que en nuestra opinión, *strictu sensu*, no debe ser considerado una salida alterna y será abordado en otro apartado.

El esquema en el que se desarrolla este epígrafe es muy sencillo, en primer término, se comentan las líneas generales de cada una de estas instituciones procesales, para después destacar las cuestiones que desde nuestra perspectiva se consideran relevantes o, incluso preocupantes, en algún caso. Se hará referencia principalmente a Chihuahua y Oaxaca y en una menor medida, al estado de Nuevo León y al Estado de México.

Debe destacarse que existe una relación directa entre la eficacia de las salidas y el éxito del nuevo modelo. De acuerdo con datos del Centro de Estudios para la Justicia de las Américas, las salidas alternas han sido usadas en los Estados donde ha existido reforma procesal penal, con la siguiente frecuencia: Córdoba 1%; Costa Rica 64%; Chile 61%; Ecuador 2%; El Salvador 26%; Guatemala 4%; Paraguay 10%.

Resulta muy significativo que donde encontramos su mayor utilización por parte de los ministerios públicos es en Costa Rica y Chile, y que es menor en Guatemala y Ecuador, países que han

sido señalados como un fracaso en la implementación de la reforma.

Por otra parte, debe considerarse una pregunta de fondo, las salidas alternas ¿son parte de un nuevo modelo o pueden ser introducidas en el proceso vigente? Las respuestas varían profundamente de acuerdo con la posición personal. Las negativas señalan que para que funcionen las salidas deben tener como horizonte final la “amenaza” de un juicio oral. Las posiciones a favor destacan que todo diseño procesal penal se ve beneficiado por medidas tendientes a su descongestión.

1. *Acuerdos reparatorios*

El nuevo párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que: “*Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial*”.

Los denominados acuerdos reparatorios, aunque podrían utilizarse otras denominaciones, son aquellos que recogen un pacto entre la víctima u ofendido y el imputado con el fin de establecer la solución del conflicto, “por medio de cualquier mecanismo idóneo”, que tiene el efecto de concluir el procedimiento.

En el estado de Nuevo León se señala que el Ministerio Público procurará la *conciliación y mediación* entre las partes en los delitos culposos, en los de instancia de parte y en los que persiguiéndose de oficio, no sean de los considerados como graves y su sanción no exceda de seis años como pena máxima. En estos casos dictará auto de reserva de la acción penal hasta en tanto se cumpla con el acuerdo derivado de la conciliación o mediación (artículo 3o., fracción VII).

Es conveniente circunscribir el ámbito en el cual los acuerdos reparatorios serán admitidos, así conviene recordar que en los códigos de Oaxaca y Chihuahua se aceptan en los casos de los siguientes delitos:

- a) Culposos.
- b) En que proceda el perdón de la víctima u ofendido.
- c) De contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas.
- d) Que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional.
- e) Cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social.

De igual forma, en estos códigos se exceptúa de la posibilidad de admitir un acuerdo reparatorio como terminación anticipada del procedimiento penal, los siguientes delitos:

- a) Homicidios culposos.
- b) Delitos en contra de la libertad y seguridad sexuales.
- c) De violencia familiar.
- d) Delitos cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas.
- e) Realizados por sujetos que pertenezcan a alguna asociación delictuosa.
- f) En los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos de la misma naturaleza.

Si el delito afecta intereses difusos o colectivos, el Ministerio Público asumirá la representación para efectos de la conciliación.

Estos acuerdos proceden hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral, es decir, desde la etapa de investigación hasta la audiencia intermedia.

El juez, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal hasta por 30 días para que las partes negocien, medien o concilien. En caso de interrumpirse la negociación, mediación o conciliación, cualquiera de las partes puede solicitar la continuación del proceso.

Una vez aprobados los acuerdos por el juez, éstos se registran y comenzará a correr el plazo fijado para el cumplimiento de las obligaciones pactadas, lo que suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal. Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas dentro del término que fijen las partes o, en caso de no establecerlo, dentro de un año contado a partir del día siguiente de la ratificación del acuerdo, el proceso continuará como si no se hubiera arribado a acuerdo alguno. Si se cumple lo acordado, no procede el ejercicio de la acción penal o, en su caso, extingue la ya iniciada.

Respecto de esta salida alterna, la cuestión principal que debe resaltarse son las medidas que deben existir para garantizar que el acuerdo no se encuentre condicionado por la ley del más fuerte. Requieren participación del Estado como garante de la igualdad de las partes.

Esta salida alterna al proceso nos parece especialmente delicada en tres ámbitos: primero, debe asegurarse que la aceptación del acuerdo sea completamente voluntaria, que no exista una presión indebida sobre la parte más débil de la negociación; la segunda cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, es la necesidad de la existencia de un control judicial de la decisión, conveniente en la medida en que el juez funcione como garante de la vigencia efectiva de los derechos de las partes, con

especial atención a la víctima u ofendido, y la tercera de las cuestiones, derivada de la anterior, es la forma de establecer un seguimiento oficial del cumplimiento de los acuerdos, que asegure que no se queden simplemente en el papel.

2. *Criterios de oportunidad*

El párrafo séptimo del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos incorpora expresamente esta figura al señalar: “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

En materia del ejercicio de la acción penal —entendida como la facultad de exigir al juez la imposición de una sanción en contra de un individuo derivada de la existencia de responsabilidad penal— nuestro país tradicionalmente ha seguido el principio de legalidad. En otras palabras, en presencia de datos que acrediten el cuerpo delito y la probable responsabilidad, el agente del Ministerio Público *deberá* —es decir, en todos los casos, ya que no es una facultad discrecional sino un deber— ejercer la acción penal.

Los criterios de oportunidad implican que, no obstante de que se reúnan los requisitos legales para el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público podrá prescindir, total o parcialmente, de la persecución penal, ya sea en relación con alguno o varios hechos, o a alguna de las personas que participaron en su realización.

Los criterios de oportunidad *strictu sensu* implican que la institución del Ministerio Público establecerá, como parte de las decisiones de política criminal, la procedencia de la acción penal en consideración de las características particulares de cada caso. Sin embargo, dado que esto implica un gran poder

discrecional para el Ministerio Público —y en consecuencia para el Ejecutivo—, se ha buscado atemperarlo mediante el establecimiento, dentro de los códigos, de los casos en los que procede la aplicación de estos criterios.

El modelo acusatorio aspira a que la aplicación de los criterios de oportunidad tenga como fundamento razones objetivas y sin discriminación, aplicando a cada caso individual los criterios generales que al efecto se hayan dispuesto por la Procuraduría General de Justicia. Esto pone de manifiesto que la aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser realizada como parte de una política criminal claramente delineada por parte de la misma Procuraduría, con la consiguiente exigencia de fundar y motivar la aplicación del criterio de oportunidad a un caso particular.

En el caso de Nuevo León no existe la regulación expresa de esta figura, sin embargo se observa que existe una ampliación de las facultades del Ministerio Público para decidir sobre la acción penal, por lo que resulta conveniente revisar la regulación sobre el no inicio de la preparación, el no ejercicio y el archivo provisional del ejercicio de la acción penal

Por lo que se refiere al no inicio de la preparación, el Código señala que procederá cuando de los hechos denunciados o materia de la querrela se advierta que las conductas no constituyen hechos delictuosos señalados en el Código Penal, o que existe extemporaneidad o prescripción (artículo 3o., fracción XII).

En cuanto al no ejercicio de la acción penal, se modifican las condiciones para la revisión de su aplicación, así como se establecen expresamente un conjunto de supuestos para su procedencia:

- a) Cuando una vez iniciada la averiguación previa, la conducta o los hechos de que se conozca no sean constitu-

tivos de delito conforme a la descripción típica contenida en la ley penal.

- b) Cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo participación en la conducta o en los hechos punibles, y sólo por lo que respecta a aquél.
- c) Cuando la responsabilidad penal se haya extinguido legalmente, en los términos del Código Penal.
- d) Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal.
- e) Cuando los hechos de que conozca hayan sido materia de diverso procedimiento penal, concluido con sentencia ejecutoriada.
- f) Cuando en virtud de la mediación o la conciliación se obtenga la solución de la controversia.
- g) Cuando la querrela sea presentada fuera de término.
- h) Cuando habiendo determinado el delito o delitos que se desprenden de los hechos puestos a su consideración, resuelva que la acción penal persecutoria se encuentra extinguida por la prescripción.
- i) Cuando el inculpado cumpla con las condiciones impuestas en los casos que establece la fracción X del artículo 3o. del Código de Procedimientos Penales (artículo 4).

Otra figura representa el archivo provisional del ejercicio de la acción penal, que procederá cuando no exista o no se encuentren datos que permitan continuar la investigación durante el término de tres años, excepto cuando se trate de delitos graves. Transcurrido dicho plazo sin que se encuentren datos para continuar la investigación se decretará la prescripción de la acción penal, y en caso contrario se ordenará la reapertura de la investigación (artículo 3o., fracción XV).

En los casos de Oaxaca y Chihuahua la decisión del agente del Ministerio Público que aplique un criterio de oportunidad deberá estar fundada y motivada, y será comunicada al Procurador general de Justicia, o a quien éste designe, a fin de que se revise que la misma se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto.

Se señala como requisito de procedibilidad que en los casos en que se verifique un daño, éste deberá ser “previamente reparado en forma razonable”. Esto pareciera que establece la necesidad de que la víctima esté de acuerdo en la aplicación de los criterios de oportunidad, sin embargo, esto no es cierto en todos los casos y el mismo código establece que la decisión de ejercer un criterio de oportunidad, puede ser impugnada por la víctima u ofendido, o por el denunciante, en su caso, ante el juez de control o de garantía, quien resolverá en una audiencia entre las partes.

En cuanto a los efectos del criterio de oportunidad, su aplicación extingue la acción penal con respecto al autor o participe en cuyo beneficio se dispuso. Si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, sus efectos se extenderán a todos los que reúnan las mismas condiciones.

En mi opinión los criterios de oportunidad *strictu sensu*, es decir no regulados, abren la puerta a un espacio de excesiva discrecionalidad para el Ministerio Público inaplicable en México. Sin embargo, es evidente que el Constituyente está considerando el modelo vigente en Oaxaca y Chihuahua que implica un avance respecto del primer proyecto de Vicente Fox Quesada ya que establece los supuestos de su procedencia y, en estas condiciones, lo considero viable.

El problema de fondo que, en mi opinión subsiste, es que implícitamente se reconoce la existencia de tipos penales que el

mismo Estado considera inútiles, demasiado onerosos en su persecución o, simplemente, inaplicables.

3. *Suspensión del proceso a prueba*

En el caso de Nuevo León se establece que procederá la suspensión del procedimiento de la preparación de la acción penal a prueba, cuando se trate de delitos que estén sancionados con pena alternativa o con sanción corporal y pecuniaria cuando la de prisión no sea mayor de dos años, en dichos casos el inculcado tendrá que realizar convenio con el ofendido o la víctima si la hubiere y se le conminará a que no reitere la conducta delictiva (artículo 3o., fracción X).

En Oaxaca y Chihuahua esta salida alterna procede en los casos en que ya se ha dictado auto de término constitucional, lo cual expresado en los términos del Código, sería auto de vinculación a proceso, por un delito cuya pena máxima de prisión no exceda de cinco años, el imputado no haya sido condenado por delitos dolosos, no tenga o haya tenido otro proceso suspendido a prueba y no exista oposición fundada del Ministerio Público y de la víctima u ofendido.

Al igual de los criterios de oportunidad y del abreviado, procede a solicitud del Ministerio Público, pero en este supuesto también admite la solicitud del imputado.

La suspensión del proceso a prueba tiene el mismo plazo que los acuerdos reparatorios, es decir, hasta antes de acordarse la apertura de juicio oral. Se resuelve en una audiencia donde el imputado deberá plantear, en su caso, un plan de reparación del daño causado por el delito (el plan podrá consistir en una indemnización equivalente a la reparación del daño que, en su caso, pudiera llegar a imponerse o una reparación simbólica, así como los plazos para cumplirla) y, lo que diferencia esta salida

alterna de las otras, es el detalle de las condiciones que el imputado estaría dispuesto a cumplir y que el juez le impondrá.

En efecto, esta salida alterna implica una resolución en la que el juez fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado.

Resulta interesante conocer el listado de condiciones que se han establecido en esta materia, para cumplirse durante el periodo de suspensión del proceso a prueba, mismo que no podrá ser inferior a un año ni superior a tres:

- a) Residir en un lugar determinado.
- b) Frecuentar o dejar de frecuentar determinados lugares o personas.
- c) Abstenerse de consumir drogas o estupefacientes o de abusar de las bebidas alcohólicas.
- d) Participar en programas especiales para la prevención y tratamiento de adicciones.
- e) Aprender una profesión u oficio o seguir cursos de capacitación en el lugar o la institución que determine el juez.
- f) Prestar servicio social a favor del estado o de instituciones de beneficencia pública.
- g) Someterse a tratamiento médico o psicológico, de preferencia en instituciones públicas.
- h) Tener un trabajo o empleo, o adquirir, en el plazo que el juez determine, un oficio, arte, industria o profesión, si no tiene medios propios de subsistencia.
- i) Someterse a la vigilancia que determine el juez.
- j) No poseer ni portar armas.
- k) No conducir vehículos.
- l) Abstenerse de viajar al extranjero, y
- m) Cumplir con los deberes de deudor alimentario.

Estas condiciones podrán ser sustituidas si se acredita que el imputado no puede cumplirlas por ser contrarias a su salud, sus creencias religiosas o alguna otra causa de especial relevancia.

Resulta importante considerar que en los asuntos suspendidos resulta responsabilidad del Ministerio Público tomar las medidas necesarias para evitar la pérdida, destrucción o ineficacia de los medios de prueba conocidos y las que soliciten las partes.

Ahora bien, si el imputado no cumple de forma injustificada de las condiciones impuestas, no cumple con el plan de reparación, o posteriormente es condenado en forma ejecutoriada por delito doloso o culposo, en los casos en que el proceso suspendido a prueba se refiera a un delito de esta naturaleza, el juez, a petición del agente del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, establecerá una audiencia en la que se debatirá sobre la revocatoria y resolverá de inmediato; también podría ampliar el plazo de la suspensión a prueba hasta por dos años más. Extensión del término que sólo puede imponerse por una vez.

Transcurrido el plazo que se ha fijado sin que la suspensión haya sido revocada, se extinguirá la acción penal, debiendo el tribunal dictar de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento definitivo de la causa.

VII. PRUEBAS

1. *Ilícitud de la prueba*

El tema de la prueba ilícita es un tema que ocupa bibliotecas enteras, por lo que resulta forzoso señalar los límites dentro de los que se moverá el presente trabajo. Al hablar de prueba ilícita, hay que remitirnos a los estándares mínimos de vigencia de los derechos fundamentales de los imputados o procesados, por

lo que las reglas de la prueba ilícita se encuentran vinculadas al sistema procesal penal del país en que se desarrollen. Este apartado de esta ponencia va a destacar las líneas generales de la prueba ilícita en el proceso penal mexicano, considerando que es sólo una primera aproximación y, por lo tanto, no tiene ninguna pretensión de ser exhaustiva.

Desde nuestra perspectiva, la base desde la que debe partirse es el nuevo texto constitucional que incorpora, de forma expresa, la regla general de prueba ilícita:

Artículo 20. [...]

A. De los principios generales:

[...]

IX. Cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula, y...

Al abordar este tema es necesario iniciar por delimitar el concepto de prueba ilícita. Al respecto puede señalarse que existen dos posibles definiciones, una, que puede ser señalada como *lato sensu*, la asume como aquella que, en sentido absoluto o relativo, niega la forma acordada en la norma o va contra principios del derecho positivo; la segunda, es una definición más precisa que habla no de prueba ilícita, sino de prueba obtenida por medios ilícitos, el concepto hace referencia, en realidad, a la *regla de exclusión* de los instrumentos probatorios obtenidos ilícitamente.

En consecuencia, siguiendo a Andrés de la OLIVA, no consideramos que estas páginas deban abordar las distintas cuestiones sobre eliminación del valor probatorio o de *semiplena probatio* derivada de una defectuosa o irregular práctica de pruebas o de diligencias de investigación, que, de haberse ajustado a la norma procesal, podrían alcanzar valor probatorio. A nuestro entender, la

regla de exclusión de los instrumentos probatorios obtenidos ilícitamente es un asunto diferente en gran medida al de las consecuencias de los vicios procesales en la actividad encaminada a obtener elementos de convicción para el juzgador.

El tema de la prueba ilícita se abordará desde la consideración de la *exclusión* de la prueba —entendida como negación de valor para generar convicción en el juzgador— que es obtenida por medio de la violación o restricción indebida de los derechos fundamentales.

De esta forma, llegamos a una idea ya esbozada, pero que debe enfatizarse: la función del concepto de prueba ilícita no debe entenderse como un derecho fundamental autónomo, sino como una garantía de hacer valer los derechos fundamentales a lo largo de la etapa de investigación. Es en este sentido que la prueba ilícita —entendida, insistimos, como aquella que durante su obtención restringió en forma indebida o violó derechos fundamentales— no puede ser usada para fundar una sentencia.

Debe también señalarse otra cuestión muy cercana al concepto de prueba ilícita: su extensión. En otras palabras, se trata de determinar si la prohibición o la exclusión del valor probatorio de ésta incluye sólo la prueba obtenida directamente por medios ilícitos, o también la prueba obtenida indirectamente por medios ilícitos, lo que se le conoce como la “teoría de los frutos del árbol envenenado”, es decir, una fuente de prueba que ha sido ilícita, pero que produce pruebas que de alguna manera se pueden ajustar a la situación o al mismo sistema jurídico.

Sobre este punto, la regla general es extenderla, aunque coincidimos con las posiciones doctrinales que señalan que la regla general debe considerar si la ilicitud en el instrumento probatorio es manifiesta y, también, si quien trata de hacerlo valer es la persona que infringió las garantías o derechos. En este te-

ma no nos extenderemos, sólo queda apuntado como una cuestión que tiene que decidirse para nuestro sistema jurídico,³¹ ya que se encuentra muy relacionado con el tema de las excepciones a la aplicación de la regla de exclusión, cuestión que será abordada líneas más abajo.

2. Los necesarios límites a las reglas de exclusión de la prueba ilícita

Como se ha señalado, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incorpora de forma expresa una nueva regla de exclusión de la prueba. Esta regla está expresada de manera absoluta en el apartado A del artículo 20 y su lectura aislada podría llevar a la conclusión de que los nuevos códigos deben asumirla sin mayores matices, sin considerar que la regla de exclusión de toda prueba ilícita admite excepciones. Existen supuestos que justifican que una prueba que ha sido

³¹ Al respecto, debe tenerse en cuenta que existe jurisprudencia de la séptima época de los tribunales colegiados de circuito, elaborada por quien fuera posteriormente uno de los más distinguidos integrantes de nuestro máximo tribunal: don Guillermo Guzmán Orozco, que asume plenamente la teoría de los frutos del árbol envenenado. Registro: 252,103. Informe 1975, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, p. 47. Informe 1979, tercera parte, tribunales colegiados de circuito, tesis 13, p. 39.

ACTOS VICIADOS, FRUTOS DE. Si un acto o diligencia de la autoridad está viciado y resulta inconstitucional, todos los actos derivados de él, o que se apoyen en él, o que en alguna forma estén condicionados por él, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal, ya que de hacerlo, por una parte alentarían prácticas viciosas, cuyos frutos serían aprovechables por quienes las realizan y, por otra parte, los tribunales se harían en alguna forma partícipes de tal conducta irregular, al otorgar a tales actos valor legal. Primer Tribunal colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

señalada como ilícita no sea excluida del proceso penal. En consecuencia, en estos supuestos, los jueces deberán realizar una valoración del contenido fáctico que aporte esta prueba y los códigos y la jurisprudencia deberán establecer de forma clara y precisa las condiciones para ello.

Dentro del mismo texto de la reforma del 18 de junio de 2008 podemos encontrar que la regla de prueba ilícita admite excepciones, así se señalan supuestos en los que los registros de una comunicación privada obtenidos sin la autorización de una de las partes pueden ser incorporados al proceso. El nuevo texto constitucional establece:

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, *excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas*. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.³²

De modo que es necesario que los códigos y la jurisprudencia asuman la delimitación, tanto del concepto de prueba ilícita, como de su utilidad en el proceso penal, a través de enunciar los principales supuestos de excepción de la regla de exclusión, así como que establezcan criterios que orienten a los jueces en la aplicación de estas reglas y sus excepciones y, en consecuencia, la forma en que, en ciertos supuestos, realicen la valoración de esta prueba. De igual forma, es necesario que aborden la definición de las reglas esenciales del funcionamiento de la prueba ilí-

³² Párrafo décimo primero del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Las cursivas son nuestras.

cita y, al mismo tiempo, señalen los límites de su aplicación en México.

Esta labor es importante en la medida en que el concepto de prueba ilícita, que no es relevante actualmente en el proceso penal, en un corto espacio de tiempo asumirá mayor relevancia, como es de preverse. En este sentido puede recordarse la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de no ejercicio de la facultad de investigación en el “caso Lydia Cacho”, que implicó decisiones sobre el valor probatorio de las intervenciones telefónicas sin autorización judicial.

Ahora bien, el desarrollo legal de esta materia debe partir de considerar que la falta de utilización del criterio de ilicitud probatoria ha llevado a que no exista en México discusión sobre los límites o excepciones a éste, puede señalarse a manera de ejemplo la ausencia de discusión en torno a la posible aplicación en el ordenamiento jurídico de la “teoría de los frutos del árbol envenenado”.

En efecto, a pesar de que la jurisprudencia ya señalada sobre los actos viciados incorpora plenamente la prohibición del aprovechamiento de los frutos del árbol envenenado (ya que señala que todos los actos derivados de éstos, o que se apoyen en éstos, o “que en alguna forma estén condicionados por éstos, resultan también inconstitucionales por su origen, y los tribunales no deben darles valor legal”), en realidad, esta tesis de jurisprudencia no ha sido recogida en la práctica del proceso penal en México.

De hecho, si se considera que la jurisprudencia reseñada es de la década de los setenta y, además, originada en el ámbito administrativo y que a la fecha no existe jurisprudencia sobre esta cuestión en materia penal, puede afirmarse que la teoría de los frutos del árbol envenenado no tiene aplicación en la práctica mexicana. Esta conclusión debe provocar en el legislador y en el intérprete especial cuidado para evitar generar una

reiteración de las circunstancias que llevaron a la práctica de ignorar esta regla probatoria.

En nuestra opinión, dado lo embrionario de la aplicación de este concepto, para el adecuado desarrollo legal debemos considerar la regla elemental de derecho consistente en que la nulidad radical de un acto no implica en todo caso la nulidad de cuanto sea consiguiente a dicho acto. Se habla incluso, en distintos ámbitos del derecho, del “principio” (más bien una regla) de “conservación de los actos”. Si se acepta que la nulidad de un acto no implicará la de los sucesivos que fueren independientes de aquél, ni la de aquellos cuyo contenido no pudiere haber sido distinto, en caso de no haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad, puede que en el caso de la prueba declarada ilícita, no haya siquiera estrecha relación o dependencia para su existencia —consecutividad señala la doctrina— dentro de la serie de actuaciones concatenadas que forman el proceso, en tanto, la falta de valor probatorio es física y metafísicamente independiente de la ilicitud anterior ocurrida al obtener un instrumento de prueba.

Además, siguiendo nuevamente a DE LA OLIVA, debe considerarse que son varios los derechos fundamentales cuya violación no genera nulidad radical de las actuaciones realizadas. Así, ha sido reconocido en otros sistemas jurídicos, como, por ejemplo, en el ámbito del derecho español y conforme a jurisprudencia de su Tribunal Constitucional, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas o el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

En efecto, puede señalarse que dentro de algunos supuestos, la convicción general y la amplia jurisprudencia vienen a afirmar que el logro de los fines de un proceso —y, sobre todo, de un proceso penal— ha de prevalecer sobre ciertos derechos fundamentales.

Éste es el sentido que lleva a establecer dentro de un sistema jurídico que sea legítimo autorizar actuaciones que afectan a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones y al derecho a la intimidad, así como las resoluciones que decretan medidas cautelares privativas de la libertad. De esta manera puede demostrarse que la superioridad y la “posición preferente” de los derechos fundamentales no es absoluta.

De esta manera descubrimos una zona gris en la que no se puede *prima facie* rechazar de forma absoluta la prueba que vulnere derechos fundamentales, sino que su invalidez dependerá de la satisfacción de un conjunto de elementos a los que por razones de seguridad jurídica conviene discutir y definir desde este momento.

Así pues, los límites a la vigencia de la regla de exclusión probatoria se constituye en una alternativa verdadera, que demanda una opción legislativa, se trata de escoger entre atribuir valor probatorio a los resultados de ciertas conductas o añadir un elemento disuasorio más a éstas (conviene recordar que muchas de las conductas de obtención de la prueba ilícita también se encuentran tipificadas como delitos).

En esa encrucijada, es legítimo que el legislador contraste y pondere lo que se puede perder (un elemento para establecer la certeza procesal sobre hechos relevantes) y lo que se puede ganar (un medio para desalentar ilicitudes: de ordinario, ilicitudes graves) y, efectuada la ponderación, opte por un término u otro de la alternativa.

El esfuerzo por acertar en la opción —y la dificultad e importancia de acertar, con tan importantes valores y bienes en juego, merecen el máximo esfuerzo— debe incluir el mejor conocimiento posible de la realidad en el ámbito geográfico de aplicación de la norma jurídica producto de optar. Sobre la ba-

se de ese conocimiento de la realidad y de la ponderación de valores contrapuestos habrá de entrar en juego la prudencia.

De esta manera resulta innegable que se deben tener en cuenta, con referencia a una determinada sociedad e incluso a ámbitos sociales concretos (los de las fuerzas policiales, por ejemplo), la realidad y los riesgos de graves infracciones jurídicas y las posibilidades mayores, menores o nulas de afrontar eficazmente esas infracciones sin necesidad de *exclusionary rule*. Las experiencias extraprocesales y procesales, propias y ajenas, deben ser conocidas y valoradas cuidadosamente.

En el caso de procesos penales o que entrañan predominantemente un fuerte interés público, la satisfacción de ese legítimo interés constituye una justificación superior para admitir instrumentos de prueba. La justificación es indudablemente menor si en el proceso sólo se pretenden tutelar bienes jurídicos de sujetos jurídicos determinados.

La norma excluyente puede basarse en la experiencia o en el temor no gratuito de abusos protagonizados por representantes de los poderes públicos implicados en aquellos procesos. Sin embargo, ha de considerarse también, como segundo factor, si en verdad son insuficientes las sanciones directas e inmediatas a las ilicitudes de que se trate. En otras palabras se debe ponderar si las sanciones penales y administrativas directamente anudadas a tales comportamientos no presentan ya suficiente eficacia.

Ahora bien, siendo cierto lo anterior, es necesario tener en cuenta que la utilización de elementos probatorios ilícitamente obtenidos no supone necesariamente que el protagonista o protagonistas de la obtención ilícita queden al descubierto. En todos los casos en que los responsables de la ilicitud puedan esperar permanecer desconocidos, la sanción directa e inmediata

prevista para dicha acción vería muy disminuida su eficacia disuasoria.

Por otra parte, resulta también un elemento digno de consideración si la ilicitud en la obtención de los instrumentos de prueba puede imputarse, o no, a la parte procesal que los presente o que de ellos se beneficie. Si la exclusión de la eficacia procesal de ciertas fuentes de prueba, en razón de su obtención ilegal, busca disuadir los comportamientos ilícitos de tal obtención, se ha de impedir que los responsables de esos comportamientos se beneficien de ellos. Pero no cabe descartar que, en ocasiones, el instrumento probatorio producido u obtenido ilegalmente pueda ser aportado o surtir efectos en favor de quien nada tenga que ver con la ilicitud. Al responsable de ésta le corresponderían otras sanciones.

Lo anterior en relación con la próxima reforma en ciernes al proceso penal de nuestro país, obliga a considerar hasta qué punto es útil y necesario incluir todo este tipo de valoración de reglas de inadmisión de prueba dentro de estos nuevos procesos.

VIII. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Procedimiento abreviado

Esta figura, se encuentra expresamente reconocida en el nuevo texto constitucional, de nuevo en la fracción VII del apartado A del artículo 20:

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 partici-*

pación 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 (las cursivas son nuestras).

El procedimiento abreviado, sin ser en sentido estricto una salida alterna, permite dictar una sentencia de forma más rápida y de cuantía menor que en el procedimiento ordinario, en los casos en que, previa solicitud del representante social, el imputado admita el hecho que le atribuyera el Ministerio Público en su escrito de acusación, acepte la aplicación de este procedimiento y no haya oposición fundada de la víctima u ofendido constituido como acusador coadyuvante. Si la víctima no está constituida como coadyuvante se le escuchará, pero su criterio no será vinculante.

Para Chihuahua y Oaxaca, la solicitud del Ministerio Público de ir al abreviado debe presentarse en la audiencia en que se dicte el auto equivalente al auto de término constitucional (vinculación a proceso). El juez de garantía puede rechazar la apertura del procedimiento abreviado por lo que se continúa el procedimiento hasta la audiencia intermedia donde el Ministerio Público puede solicitar nuevamente el abreviado.

Resulta relevante que el Ministerio Público podrá, en estos casos, modificar su acusación. Este último punto es fundamental en el diseño del nuevo proceso, ya que el Ministerio Público podrá solicitar la aplicación de una pena inferior hasta en un tercio de la mínima señalada para el delito por el cual acusa.

Ahora bien, en este aspecto, no debe dejarse de considerar que la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fue la pionera en introducir esta figura en el sistema jurídico mexicano, ofreciendo una reducción de hasta dos terceras partes de la pena posible.

En lo que respecta a esta salida alterna me parece que deben resaltarse como puntos a considerar el hecho de que debe existir siempre una disminución de la pena que en muchos supuestos conlleva una limitación al arbitrio del juez que conlleva el ejercicio de la función jurisdiccional.

De igual forma, resulta interesante la distinción entre aceptar la participación y confesar, que es necesaria para la lógica de la salida como está diseñada, ya que una confesión no permitiría una sentencia absolutoria por parte del juez.

También existe un ámbito de discrecionalidad en la determinación de los hechos, ya que el Ministerio Público puede seleccionarlos con el fin de que sean aceptados. Debe señalarse que la reciente reforma de Veracruz —que no pertenece al modelo impulsado por USAID— en realidad implica la introducción de un abreviado. En el Estado de México también se incluye esta salida con la misma vertiente de una condena igual a la mínima reducida en un tercio.

IX. NOTAS FINALES

La reforma del sistema de justicia penal requiere una aproximación integral, que busque transformar no sólo el marco procesal legal, sino también a las instituciones que lo aplican y que, sobre todo, plantee la transformación —que modifique las normas, el diseño y operación de las instituciones así como la actitud de los aplicadores y sus destinatarios— tanto de los operadores jurídicos como de la sociedad a la que va dirigida.

Debe recordarse que el proceso penal constituye, junto a la política criminal³³ y al derecho penal sustantivo, un elemento

³³ Para definir a la política criminal seguimos el planteamiento de Binder en el que señala que la constituye el conjunto de decisiones del Estado respecto

esencial del sistema de justicia penal; sin embargo, a diferencia de los otros elementos señalados, el proceso penal es especialmente delicado, pues es el ámbito en el que los otros elementos se encuentran con la realidad. Por esta razón resulta fundamental para que el sistema de justicia penal cumpla con las expectativas de la sociedad, que exista coincidencia entre los principios, fundamentos y la orientación filosófico-política que determinan tanto a la política criminal, como a sus concreciones en los códigos penal y procesal penal.

de los hechos criminales. Cfr. BINDER, A., *Introducción al proceso penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2004.