

## *Capítulo primero*

# LA INCORPORACIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO

## I. GENERALIDADES

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) el Decreto de Reformas Constitucionales que establece un sistema procesal penal acusatorio en México. El bloque de reformas y adiciones involucra a los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma impone un plazo no mayor de ocho años, para adoptar tanto a nivel federal como local, un nuevo sistema procesal penal, con base en los principios de oralidad, intermediación, concentración, continuidad y publicidad.<sup>1</sup>

El nuevo esquema penal oral y acusatorio que recoge la reforma es similar al modelo externo que funciona desde hace varios años en países como Costa Rica, Colombia y Chile.<sup>2</sup>

Esto es explicable si se tiene en cuenta que la tendencia globalizadora no se limita a la expansión de los mercados y empresas en busca de alcanzar una dimensión mundial, sino que acarrea implicaciones hacia todo tipo de órdenes, específicamente en los sistemas jurídicos.

<sup>1</sup> En el transitorio segundo del decreto de reformas publicado el 18 de junio de 2008, se establece: “el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafo tercero y décimo tercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este decreto”.

<sup>2</sup> En la exposición de motivos se admite la homologación de criterios en materia de sistemas procesales penales con gran parte de los países de América Latina; debido a las ventajas que trae aparejadas el proceso de carácter acusatorio, legislaciones de países como Chile y Colombia fueran reformadas para adoptar este sistema, pues su corte garantista permite al inculcado salvaguardar sus derechos de presunción de inocencia, en tanto que para la víctima se tiene una investigación ministerial que se presupone flexible y en la cual será parte activa como acusador coadyuvante.

El derecho internacional ejerce influencias sobre los órdenes jurídicos internos sin precedentes, a tal grado que complementa o modifica las normas o instituciones jurídicas de los países. Esta influencia es notable en áreas económicas y comerciales, en la regulación de inversión, en la legislación ambiental y en la protección de los derechos fundamentales. Sobre este punto, Francisco Bernate Ochoa razona que de los procesos de globalización surgen demandas de unificación legislativa en materias como condiciones laborales, condiciones de acceso a los mercados, supresión de barreras arancelarias, solución a eventos de doble tributación, distribución de bienes y servicios y régimen de telecomunicaciones, entre otras; pero también surgen necesidades de unificación legislativa en materia penal, porque esta rama del derecho también está llamada a jugar un papel importante en los procesos de integración, por lo que en la actualidad no cobra aplicación la doctrina que niega esta necesidad partiendo del derecho penal como manifestación y último reducto de la soberanía estatal.<sup>3</sup>

En esa medida, si la delincuencia organizada ha sobrepasado las fronteras nacionales y si el respeto a los derechos fundamentales de los acusados, de las víctimas u ofendidos es una cuestión que suele ser analizada a través de organismos supranacionales, es innegable que se trata de cuestiones multilaterales.<sup>4</sup>

El derecho interno no es capaz de resistir el embate del impacto de los flujos y patrones provenientes del exterior, que de una manera u otra, le obligan a implementar diversas modificaciones a su legislación, a fin de hacerla coherente con un sistema mundial. Surgen entonces normas que aunque se producen en el seno legislativo nacional o local, son generadas o impulsadas por modelos externos. Esta influencia es más notable en países de bajo desarrollo, que generalmente reciben apoyo financiero del exterior para la mejora de sus sistemas de justicia, de parte del Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo.

En esta dinámica los países latinoamericanos y sudamericanos se han visto inmersos en reformas de los sistemas procesales de justicia penal, con la idea de dejar atrás el sistema inquisitivo o mixto por un modelo acusatorio. Este movimiento denota una transformación en el ejercicio del poder punitivo del

<sup>3</sup> Bernate Ochoa, Francisco, “El derecho penal en la era de la globalización”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 7, Tercera Época, septiembre-octubre 2006, pp. 19-21.

<sup>4</sup> Para David Held, la interconexión de los Estados y las sociedades implica que la política de seguridad de un país tiene consecuencias directas para la de otro, y la dinámica del sistema de seguridad del orden global como un todo tiene consecuencias para cada una de las naciones. Al tomar decisiones en materia de seguridad nacional, un Estado no sólo se gobierna a sí mismo, sino que también gobierna para los demás. Held, David, *Globalización/ antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 150.

Estado, puesto que se modifica el proceso penal con el fin que su correcto ejercicio sea acorde con su legitimación democrática.

Entonces surge como cuestión primordial distinguir cuándo se está frente a un sistema penal autoritario y cuándo se presencia el inicio o desarrollo de un sistema penal democrático.

En ese sentido el doctor Sergio García Ramírez explica que:

El autoritarismo confía en el control social punitivo: quiere gobernar con el Código Penal en la mano, de ahí que multiplique los tipos penales, incremente las calificativas, explore nuevas maneras de regular la conducta con la amenaza de la pena, invoque la seguridad para abrir la brecha de la inseguridad, ofrezca mano dura —y providente—, que en su hora será martillo sobre las libertades y las garantías de los ciudadanos.

El sistema penal de la sociedad democrática actúa de otra manera, confía en medios de control no punitivos; prefiere el Derecho penal mínimo, reduce el horizonte de los tipos penales y batalla contra la conducta ilícita con diversas requisiciones jurídicas —civiles, administrativas—, no apenas con instrumentos penales. Lucha contra el crimen, sin pausa ni desmayo, con mano firme y fuerte, a sabiendas de que el éxito de esa lucha contribuirá a la firmeza de la democracia. Obviamente, para desarrollar la investigación exitosa se vale del progreso de la ciencia y de la técnica, no del retroceso de los derechos humanos...

Y en cuanto al método —que es el procedimiento penal, el proceso, el enjuiciamiento—, también hay opciones autoritaria y democrática. Aquella concentra una gran de facultades en las manos de la autoridad que investiga y resuelve. Las reglas son el imperio y el arbitrio que pueden disponer de la suerte del procesado. Hay muchos argumentos para justificar las injerencias flagrantes; a la cabeza de ellos se coloca la seguridad pública, que debiera prevalecer sobre cualesquiera derechos y garantías, que supuestamente debilitan la reacción pública, condescienden con los delincuentes y dejan a la sociedad en grave peligro. El autoritarismo reduce la exigencia de prueba para someter al ciudadano al aparato punitivo del Estado, bastan la sospecha, el indicio, las probanzas ligeras y someras.

En contraste, la opción democrática reconoce y multiplica, racionalmente, los derechos y las garantías del inculgado y de la víctima del delito. No se vale de la seguridad jurídica como pretexto para el autoritarismo. Reclama pruebas persuasivas, convincentes, desde el primer momento en que el Estado interviene en la esfera de las libertades del individuo hasta que dicta sentencia de condena. No formula un “prejuicio inicial” a reserva de lo que diga —mucho tiempo después, y al cabo de numerosas restricciones— el “juicio final”. Apoyada en el Derecho, la opción democrática no teme los derechos. Exige eficacia y coloca en el mismo plano derechos humanos y seguridad pública, a sabiendas de lo que es obvio: la seguridad es un derecho humano.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional ¿democracia o autoritarismo?* (2007-2008), 2a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 5-7.

Para el profesor argentino Alberto Binder, la reforma de la justicia penal en América Latina está vinculada a diversos procesos, tales como:

- 1) El proceso de transición, recuperación o simplemente de construcción de la democracia y la república en América Latina.
- 2) El proceso de pacificación, ya sea luego de los grandes estallidos de violencia interna que conocemos como terrorismo de Estado o luego de guerras civiles con bandos beligerantes formales, tales como hemos visto en Centroamérica.
- 3) La creciente regionalización y la aparición de una actividad económica poco dispuesta a encerrarse en los límites del mercado nacional.
- 4) La crisis del Estado, tanto en el nivel de la eficiencia de sus servicios tradicionales como en el abandono de áreas de prestación estatal consideradas indispensablemente unas décadas atrás, y;
- 5) El mayor protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos y la creciente aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.<sup>6</sup>

## II. ALGUNAS NOTAS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL

En la exposición de motivos de la Reforma Constitucional Penal, se aduce de manera reiterada que su objeto principal es avanzar en el fortalecimiento de los derechos fundamentales de los inculpados, el ofendido y la víctima, el respeto al principio de presunción de inocencia, debido proceso y transparencia en los juicios, que caracterizan al derecho penal en un Estado democrático.

En ese tenor, se propuso un proceso penal acusatorio, adversarial y oral, y con base en los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

La reforma constitucional contempla la existencia de leyes que prevean mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 17). En materia penal se dice, dichas leyes deberán regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y fijar los casos que requieran supervisión del juez.

Estos mecanismos se basan en la reunión o intervención autorizada del conflicto por parte de sus protagonistas con la intervención de un tercero imparcial, debidamente capacitado que asume el rol de mediador.

<sup>6</sup> Binder, Alberto M., *Reforma de la justicia penal y constitución del programa político al programa científico*, Chile, Universidad Diego Portales, 1998.

En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (última reforma publicada en octubre de 2011) que sigue la línea marcada por el poder reformador, se reconocen como mecanismos alternativos de solución de controversias: la mediación, la conciliación y el arbitraje. Su efecto es concluir anticipadamente el procedimiento penal, previo acuerdo reparatorio entre la víctima u ofendido y el imputado. Procede en delitos culposos, delitos que admitan el perdón, los patrimoniales exentos de violencia sobre las personas y delitos cuya pena, no exceda, en su media aritmética, de cinco años de prisión (artículos 115, 116 y 117).

El procedimiento deberá desarrollarse a petición de la parte interesada, de su representante legal a propuesta del Ministerio Público o por remisión de la autoridad judicial.

María Olga Noriega y Mariel Albarrán comentan que el procedimiento se desarrolla mediante sesiones orales, comunes o individuales y que por su contenido deben ser confidenciales, con excepción del convenio que pone fin a la controversia, el cual es supervisado y aprobado por el juez de control.<sup>7</sup>

Los mecanismos alternativos de solución de controversias se traducen en un aspecto positivo de la reforma, en la medida que por una parte, permitirán la pronta satisfacción de la reparación del daño para la víctima u ofendido mediante la celebración de convenios conciliatorios, y por otro lado ayudarán a disminuir las cargas de trabajo del Ministerio Público y juzgados, tratándose de delitos leves; aunque no hay que verlos sólo desde una posición utilitarista de descongestión del sistema, sino como instrumentos adecuados para el logro de la pacificación social.

En esa misma línea, la reforma constitucional autoriza al Ministerio Público para considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal (artículo 21, párrafo séptimo constitucional). El criterio de oportunidad permite que el fiscal se abstenga de iniciar o dar por concluida una indagatoria, por ejemplo, en delitos de bagatela o poca importancia social; lo que se entiende es en beneficio de la propia sociedad, porque la persecución del Estado se enfocará principalmente a delitos de mayor impacto y trascendencia.

Otra nota favorable de la reforma, consiste en inscribir expresamente el principio de presunción de inocencia en la propia Constitución.

Es positivo también, que el proceso de enjuiciamiento se centre en una audiencia pública, es decir, que con intervención de la parte acusadora y acusada se reciban las pruebas y contrapruebas, en su caso, para justificar la culpabili-

<sup>7</sup> Noriega Sáenz, María Olga y Albarrán Duarte, Mariel, “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, p. 114.

dad del imputado. Audiencia oral en la que el juez recibirá de manera directa las pruebas, lo que contribuirá a una mejor apreciación de los medios probatorios.

La reforma constitucional pretende el reconocimiento efectivo de los derechos de la víctima y el reforzamiento de su rol en el proceso penal. Es sabido que en el procedimiento mixto que rige en la actualidad, la víctima u ofendido están prácticamente excluidos del curso del proceso y su participación queda reducida a la de un testigo de cargo o acusación.

Otro aspecto que inicialmente prometía mucho es el relativo a la disminución de la prisión preventiva. En relación a este tópico, el diputado Camacho Quiroz destacó que en nuestro país la utilización de esta medida ha sido excesiva, y que su uso indiscriminado afecta el principio de presunción de inocencia; pero que aparte de ello, se deben añadir consideraciones de carácter económico para demostrar la necesidad de que su uso se limite, porque según datos recabados por especialistas, cada preso en México tiene un costo directo de 130 pesos diarios, lo que implica un gasto de 27 millones de pesos cada día y más de 800 millones de pesos al mes; por lo que al reducirse el número de personas que estarán en prisión preventiva con el nuevo sistema procesal penal, se podría salvaguardar su presunción de inocencia y el Estado mexicano se ahorraría cuantiosos recursos económicos.

En el mismo sentido, los diputados Javier González Garza, Alejandro Chavona y Ricardo Cantú Garza, mencionaron que:

La prisión preventiva se traduce en que el órgano acusador obtiene el encarcelamiento de la persona acusada, desde los primeros minutos del proceso, sin que haya sentencia ni pronunciamiento judicial sobre su culpabilidad. Esto confunde a la opinión pública, y dificulta la tarea de los jueces, produciendo una distorsión en los incentivos deseables. La imparcialidad de los jueces se ve afectada porque quien juzga no quisiera posteriormente tener que reconocer que tuvo preso a un inocente: preferiría condenarlo. En cambio, la parte acusadora, que normalmente tendría que investigar exhaustivamente un delito para obtener una respuesta punitiva, tiene menos razones para profundizar en su investigación, pues el resultado máximo que podría obtener para el imputado —la cárcel— ya ha sido obtenido. Así, quien debe juzgar imparcialmente es menos imparcial, y quien debe investigar exhaustivamente, hará menos investigación. En consecuencia, el efecto neto de la prisión preventiva es incrementar los riesgos de error judicial ya que, como hubo menos investigación y menos imparcialidad, aún si la persona es condenada, hay menos certeza de que ésta es quien efectivamente cometió un delito.

Los antecedentes narrados, permiten advertir la intención de los legisladores de disminuir la aplicación de la prisión preventiva; lo cual se traduce en un

aspecto positivo de esta reforma, porque al disminuir la utilización de esa medida cautelar se consolida el principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, Gobernación, Seguridad Pública y Estudios Legislativos, al examinar el estándar de prueba, para librar órdenes de aprehensión, consideraron que era adecuado racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión. Para justificar esta decisión, esbozaron que el nivel probatorio planteado es aceptable, porque en el nuevo diseño procesal, el valor de lo actuado en la averiguación es muy limitado y la prisión preventiva se construye como una medida cautelar de carácter excepcional por lo que no es necesario mantener un nivel probatorio tan alto. Enfatizaron también que sería contraproducente para el Ministerio Público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio.<sup>8</sup>

Se indicó también, por el poder reformador, que el auto de formal prisión pasará a ser sustituido por el auto de vinculación a proceso, que se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, y la probable participación del inculpado, a diferencia del primero, que amerita la demostración del cuerpo del delito y probable responsabilidad. Los legisladores, aclararon que, originalmente la Constitución no proveía la necesidad de acreditar estos últimos extremos, sino que ello se introdujo como resultado de una interpretación jurisdiccional, por lo que es viable reducir la exigencia probatoria al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal.

Para el investigador del Centro de Investigación para el Desarrollo, Guillermo Zepeda, la reducción en los requisitos para sujetar a las personas a la molestia de un proceso penal, obedece a un nuevo modelo y a unas nuevas instituciones que, en opinión de este jurista, deberán generarse en los próximos años, que por el principio de legalidad y profesionalismo de los funcionarios, hagan poco probable que una autoridad de investigación como el Ministerio Público solicite capturar o procesar a una persona partiendo de meras sospechas o señalamientos sin fundamento.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> Cámara de Senadores, *Dictamen*, “Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda H. Asamblea”, México, 13 de diciembre de 2007.

<sup>9</sup> Zepeda, Guillermo, Centro de Investigación para el Desarrollo, 19 de junio de 2010, <http://www.cidac.org/unm/pdf>.

*Aspectos desfavorables*

La reforma penal incorpora a nivel constitucional el arraigo y un enjuiciamiento diferenciado para imputados por delitos graves y delincuencia organizada, lo que pudiera ser indicativo de cierta involución, especialmente con la implementación de la figura del arraigo que confronta al principio de presunción de inocencia que, la reforma constitucional, reconoce ahora de manera expresa.

En efecto, se ha mencionado que en los procesos de delincuencia organizada se reducen las garantías que la reforma otorga al resto de los enjuiciados en el nuevo sistema y que se mantienen subsidios para investigaciones deficientes con ventajas para el Ministerio Público. Por ejemplo, las personas acusadas de delincuencia organizada sufrirán en todos los casos, por disposición constitucional, prisión preventiva; podrán estar en centros especiales de reclusión; las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial; se podrá dar valor probatorio a diligencias realizadas por el Ministerio Público durante la investigación, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas.

Para Sergio García Ramírez, el doble sistema penal que incorpora la reforma acarrea entre otras consecuencias: la erosión de las libertades, la mengua de garantías y el retraimiento de la democracia; sin que el dictamen de los diputados se cuestione en modo alguno, ni remotamente, por qué no es posible luchar contra la delincuencia organizada con sustento en las disposiciones ordinarias del orden procesal democrático, no obstante que éste permite, en sus formulaciones clásicas y ampliamente aceptadas, medidas tales como el cateo, la intervención de comunicaciones y la vigilancia de la autoridad como complementos del verdadero arraigo. Simplemente se da por hecho que es impracticable enfrentar la delincuencia con ortodoxia constitucional y que es preciso, por lo tanto, practicar un corte en la historia del enjuiciamiento penal en lo que atañe a las garantías y los derechos fundamentales.<sup>10</sup>

Es criticable también el establecimiento de la prisión preventiva oficiosa, que se implementa para cierta clase de delitos; porque aunque esa regla existe en otros órdenes jurídicos; lo cierto es que debió dejarse cierto margen de actuación a la autoridad jurisdiccional, para que a pesar de tratarse de delitos “graves”, el juez de control calificara la necesidad de esa medida, caso por caso.

<sup>10</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 52 y 53.



Es positiva la incorporación de jueces de control para que en el nuevo esquema oral y acusatorio se ocupen de garantizar los derechos de los indiciados, el ofendido y la víctima; pero en mi opinión, debió aprovecharse la reforma para instituir en estos jueces un nuevo control de regularidad constitucional, por las razones que se explicarán más adelante.

Asimismo, se han generado severas críticas en relación con la aparente flexibilidad para el ejercicio de la acción penal, habida cuenta de que para algunos implica que se aligeren las condiciones para la actuación represiva del Estado, al prescindir de los conceptos de cuerpo de delito y probable responsabilidad que fueron sustituidos por las expresiones de hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo haya cometido o participado en su comisión (artículos 16 y 19 constitucionales).

Esta inquietud se genera porque en los dictámenes que preceden a la reforma, repetidamente se hizo alusión a que era necesario reducir los requerimientos probatorios que, antes de la reforma se han impuesto al Ministerio Público como soporte para el ejercicio de la acción penal; lo que era justificable para los legisladores, porque la aplicación de la prisión preventiva sería excepcional y en el nuevo esquema procesal el Ministerio Público no solicitaría una orden de aprehensión sin contar con altas probabilidades de acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio; pero como se verá en el capítulo siguiente, respecto a lo primero, la prisión preventiva no es abiertamente excepcional en el nuevo sistema, en la medida que aparece contemplada, oficiosamente para un gran número de casos y por lo segundo, es subjetivo estimar que no existirá el riesgo de que el Ministerio Público ejercite la acción penal basado en simples conjeturas o sin fundamentos probatorios para sustentar una sólida acusación.

En efecto, un tema delicado sin duda, es el relativo a la sustitución de los conceptos “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” por los diversos de “hecho delictivo” y “probabilidad de comisión o participación”. La noción de cuerpo del delito, por su largo y refinado estudio doctrinal y jurisprudencial, difícilmente podrá ser sustituido en la práctica por la nueva expresión de hecho delictivo, porque la última está al margen de su contenido lingüístico, parece orientarse precisamente a la verificación de los mismos elementos que componen al cuerpo del delito.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Para la doctrina y jurisprudencia de los años cuarenta, el cuerpo del delito se conformaba por los elementos materiales del delito contenidos en su definición legal. La Primera Sala de la Corte estableció, a manera de excepción, que cuando el dolo entra como elemento esencial constitutivo del delito, su comprobación era indispensable para la formalización de la pretensión punitiva. Así se desprende la tesis de rubro: “CUERPO DE DELITO, CONCEPTO DE. Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta

Es decir, a la constatación, por más simple que sea, sustentada en indicios, sobre los aspectos objetivos, subjetivos y normativos del tipo penal, en la medida que técnicamente se debe considerar cuáles son los elementos o la estructura del delito y verificar si existen datos que permitan tenerlos por comprobados. Porque todo delito contempla un supuesto hipotético y su adecuada justificación requiere el análisis de sus elementos.

Igualmente acontece respecto a la “probabilidad de comisión o participación”; que tampoco tiene la claridad deseable en el texto constitucional; por lo que empiezan a generarse interpretaciones contradictorias. Para algunos se traduce en la exigencia de expresar, con sustento en los elementos de prueba, la existencia de una posibilidad razonable de que una persona participó o cometió un delito; mientras que para otros, implica el mismo ejercicio que actualmente realizan los jueces penales para tener por demostrada la probable responsabilidad del inculgado.<sup>12</sup>

En ese sentido, Sergio García Ramírez ha expresado que prefiere entender que el cambio de palabras no significa modificación de conceptos de fondo y que por tanto no “aligera” los datos de los que depende la injerencia penal del Estado y que de no ser así, la reforma habría nacido bajo un signo ominoso que merecería el mayor reproche.<sup>13</sup>

Pero sobre ello, no existe ningún consenso, por lo que seguramente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como intérprete máximo de la Constitución tendrá que definir jurisprudencialmente el alcance de las nuevas nociones.

el criterio de que por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger), “Tratado de Derecho Penal”, Tomo I, pp. 351-352”. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Segunda Parte, t. XLIV, Primera Sala, p. 54.

<sup>12</sup> En el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se destaca que: “La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

<sup>13</sup> García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia de justicia penal (Jornadas de Justicia Penal)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, pp. 187-213.

En opinión de Gerardo Urosa Ramírez, buena parte del éxito de esta reforma (que él califica como teóricamente garantista) dependerá de la legislación secundaria que se vaya promulgando durante la prolongada *vacatio legis* a que quedó sometida su implementación.

En ese sentido, Urosa Ramírez reflexiona lo siguiente:

Da la impresión de que se pretende convencer a la comunidad sobre la generosidad de la reforma constitucional, mostrando únicamente la punta del iceberg que oculta bajo el agua el enorme bloque de hielo que corresponde a una política criminal autoritaria, policíaca, de excepción... Lo cierto es que determinar si estamos ante un tramposo espejismo autoritario o una reforma garantista, dependerá en gran medida de la legislación secundaria o códigos de procedimientos penales que se promulguen durante la prolongada *vacatio legis* de la Constitución reformada; del cuestionamiento académico y forense; de los criterios jurisprudenciales que se vayan forjando conforme se desenvuelva la reforma... Indudablemente se viven momentos delicados, pues atendiendo a la exposición de motivos de la reforma —único medio confiable hasta ahora para inferir la postura del Constituyente permanente—, saltan a la vista una serie de interrogantes y justificadas preocupaciones. Empero, a pesar de ello, tenemos la esperanza de que la reforma resulte finalmente positiva, garantista y no un vulgar maquillaje cuyo trasfondo sea la imposición de un Estado policíaco. En fin, los dados están echados y no hay marcha atrás, ni tiempo para lamentaciones. La suerte de la reforma ahora depende en gran medida de todos los actores del drama penal, y puede tomar diferentes rumbos. Ojalá y se encamine por un sendero garantista que sirva como un eficiente equilibrio entre el interés público de sancionar al responsable de un ilícito y el respeto a las garantías procesales de éste, que es el punto crítico en torno al cual se agita toda la reforma penal.<sup>14</sup>

### III. LA REFORMA PENAL ¿HACIA DÓNDE?

Como se mencionó al principio es una reforma penal con una amplia *vacatio legis* (ocho años) tiempo durante el cual, el Poder Legislativo federal y las legislaturas de las entidades federativas y la asamblea del Distrito Federal tienen la obligación de crear las normas secundarias que desenvuelvan los principios y orientaciones del nuevo esquema procesal penal. Es por ello que en ese mismo periodo los operadores del nuevo sistema tendrán no sólo que capacitarse para llevar a cabo la correcta implementación de las reformas, sino fundamental-

<sup>14</sup> Urosa Ramírez, Gerardo, “Reflexiones en torno a la reforma constitucional en materia penal”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 5, Cuarta Época, septiembre-octubre de 2008, pp. 158 y 159.

mente asumir un cambio sustancial en la manera de entender y aplicar el derecho penal, dejando atrás las prácticas y vicios del sistema inquisitorio y mixto.<sup>15</sup>

La reforma parece estar orientada a mejorar el sistema de justicia penal y de seguridad pública; a combatir la actual delincuencia e impedir su acrecentamiento y el desarrollo de nuevas formas de criminalidad, para lo cual se reconoce que la crisis por la que atraviesa el sistema penal es atribuible, a la lentitud, vicios, corrupción y excesos de los operadores de este sistema.

La implementación de esta reforma tendrá que estar encaminada a dotar de celeridad y eficacia a la investigación y enjuiciamiento de los responsables de los delitos, pero vigorizando al mismo tiempo los mecanismos de protección de los derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos para así cumplir con el objeto de la reforma consistente en el esclarecimiento de los hechos, la protección al inocente, la erradicación de la impunidad y el cumplimiento efectivo de la reparación de los daños causados por los delitos.

En relación con el tópico de la celeridad, el nuevo proceso penal mexicano, pretende desarrollarse bajo mecanismos ágiles y rápidos.<sup>16</sup>

Así el artículo 16, párrafo sexto constitucional reformado, que señala que en los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. En el párrafo décimo cuarto, del mismo artículo, se dispone que los jueces de control resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, pero garantizando los derechos de los indiciados o las víctimas.

La rapidez o inmediatez, sin embargo, no debe ser causa de improvisación, ni determinaciones carentes de todo sustento, sino que el juez de con-

<sup>15</sup> Sobre el tema de la capacitación, Álvaro Vizcaíno Zamora, puntualizó que no sólo deberá incluir a los servidores públicos que operen el sistema —como lo son jueces, agentes del Ministerio Público, peritos, defensores públicos y policías— sino que tendrá que incluir a defensores particulares y asimismo modificar los planes y programas de estudio de las facultades de Derecho. Vizcaíno Zamora, Álvaro, “Diez pasos para implementar la Reforma Constitucional en materia penal en los Estados de la República”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 7, Cuarta Época, enero-febrero 2009, pp. 167-168.

<sup>16</sup> Esta celeridad es justificable, porque como lo explica Claus Roxin “Tomando en consideración que el proceso penal interviene sensiblemente en el ámbito de derechos de quien, posiblemente, es imputado o culpado injustamente y que la calidad de los medios de prueba (a saber, la capacidad de memoria de los testigos) disminuye con el transcurso del tiempo, existe un interés considerable en contar con una *administración de justicia penal rápida*”. Roxin, Claus, *Derecho Procesal Penal*, 25a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

trol deberá velar porque las medidas que adopte tengan motivo y fundamento suficiente, porque en ello está la custodia de las garantías que el poder reformador le ha encomendado. La celeridad deberá ser instrumento que impida la ocultación o destrucción de evidencia y, que sin frustrar estos propósitos, evite o prevenga el atropello de los derechos fundamentales de los imputados, víctimas u ofendidos.<sup>17</sup>

En opinión de Ovalle Favela, si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los indiciados, las víctimas y los ofendidos. Pero, todavía es más grave según el autor en comento, que pueda resolver por cualquier medio, sobre medidas cautelares y técnicas de investigación. El mandamiento escrito ha sido uno de los principales instrumentos para combatir la arbitrariedad, por lo que en su opinión: “Es la única forma con la que se puede cumplir con la garantía de fundamentación y motivación; su supresión equivaldría a abrir las puertas a la arbitrariedad, derogar la garantía de fundamentación y motivación y prácticamente abolir el Estado de Derecho”.<sup>18</sup>

Para el magistrado del Poder Judicial de la Federación Miguel Ángel Aguilar López:

En la actualidad, el reto del proceso penal es buscar un equilibrio entre la libertad y el orden, siempre que se respeten los derechos constitucionales reconocidos a los ciudadanos. El proceso penal debe impregnarse de constitucionalidad. Las normas que integran los códigos procesales penales deben ser examinadas, analizadas e interpretadas desde la óptica de los valores, principios y garantías constitucionales. El proceso penal debe concebirse como un verdadero sistema de garantías frente a la actuación punitiva del Estado (instrumentalidad garantista). En su seno, el juez asume el rol de guardián y defensor de dichas garantías.

<sup>17</sup> En relación con este tópico en entrevista con el juez Luis Ávila Benítez, coordinador de jueces de control y de juicio oral del Distrito Judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México, manifestó: “La inmediatez hace más efectivo el control judicial, habida cuenta que se atiende de manera rápida el requerimiento hecho al juez de control y para ello en el Estado de México se señalan las audiencias de tipo urgente en un plazo de dos a sesenta horas (a partir de la petición) dependiendo de la clase de tema que deba resolverse y se provee respecto de la solicitud en la misma audiencia, lo cual implica que en la propia audiencia ha quedado resuelto el tópico controvertido. Por ende, se garantiza sobremanera el control judicial, puesto que los actos motivo de impugnación ante el juez de control no tienen duración prolongada sin que el juzgador de mérito lo autorice, situación que da confianza a los ciudadanos porque saben de la presteza para que una situación procedimental sea controlada por el juez respectivo” (véase anexo 2 al final de este trabajo).

<sup>18</sup> Ovalle Favela, José, “Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política”, *op. cit.*, p. 292.

En otras palabras, el juez se convierte en garante de los derechos y libertades del imputado y acusado (*giudice guardiano*). Por tanto, la función del proceso penal no puede reducirse exclusivamente a ser un instrumento de imposición de la pena, sino que es principalmente un instrumento de garantía de los derechos y libertades individuales. Desde esta perspectiva, podemos hablar de democratización del proceso penal. El debido proceso debe abarcar a la víctima u ofendido, carácter de parte procesal, presunción de inocencia y principio in dubio pro victima.<sup>19</sup>

Así las cosas, la reforma constitucional penal intenta hacer efectiva la garantía del debido proceso y por otra parte, busca mejorar la investigación para erradicar o disminuir los altos índices de impunidad que actualmente existen en nuestro país, especialmente los delitos de delincuencia organizada.

A la sociedad le interesa que los responsables sean castigados y que los delitos sean investigados; pero también le preocupa que la investigación se desarrolle dentro de los cauces legales. El problema actual es que existe consenso al decir que la policía y el Ministerio Público no desarrollan adecuadamente su labor por negligencia, corrupción o incluso por temor a sufrir represalias del crimen común y organizado que ha logrado penetrar a estas instituciones.

Al lado de lo anterior hay desconfianza en el Ministerio Público, porque es una instancia que sigue dependiendo del Poder Ejecutivo (federal y locales), lo que pone en entredicho su autonomía de gestión y decisión.

En efecto, es necesario que la investigación y persecución de los delitos sea realizada por un ente completamente autónomo, a fin de evitar cualquier tipo de interferencia de tipo político, social o económico, que impida o dificulte la importante función de investigar los delitos. Debe haber plena confianza en que el Ministerio Público no estará sujeto a ningún tipo de atadura o compromiso, que le impida desarrollar sus atribuciones constitucionales. Si esto se logra, los agentes del Ministerio Público de las entidades federativas y de la Federación podrán desplegar libre y responsablemente su actuación y con ello será posible establecer un clima de confianza en los ciudadanos para denunciar o querrellarse por los delitos de los que sean víctimas.

Es innegable que en nuestro país se requiere urgentemente avanzar en el tema de la procuración y administración de la justicia penal.

Ese avance no se logra sólo con cambiar las leyes, endurecer las penas o con aparatosos operativos policíacos, sino con la incorporación de un sistema de investigación oportuno, profesional, tecnificado, que logre la obtención de

<sup>19</sup> Aguilar López, Miguel Ángel, “Sistema acusatorio y derecho de excepción”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 7, Cuarta Época, enero-febrero de 2009, pp. 68 y 69.

evidencias que lleven a esclarecer de manera rápida y transparente los delitos o conductas antisociales, incluso en sus fases de planeación, preparación y desarrollo, lo que permitirá reducir las consecuencias del delito y abatir la impunidad.

A partir de esta situación debemos preguntarnos: ¿qué es lo que finalmente debe primar, el interés del Estado en la investigación y persecución penal o el derecho de los procesados en el respeto de sus garantías fundamentales?, ¿cuál es el equilibrio deseable entre ambas pretensiones?, ¿hasta qué punto llega la protección de las víctimas u ofendidos por los delitos en el nuevo proceso penal?

En mi opinión, el proceso penal al que aspira México, debe desarrollarse como un verdadero sistema de garantías al lado de la efectiva actuación punitiva del Estado. Debe replantearse y mejorarse en mucho la investigación de los delitos, que sin duda es el talón de Aquiles del Poder Ejecutivo, pero sin menoscabo de las garantías o derechos fundamentales de los indiciados, que constituyen límites materiales impuestos al poder público y a la colectividad en general.

El Estado no puede negar su eficacia o prescindir de los mismos, por ello se requerirán ministerios públicos eficientes y profesionales, y jueces imparciales e independientes sometidos a una prudente racionalidad.

#### IV. EL NUEVO ESQUEMA PENAL ORAL Y ACUSATORIO

El artículo 20 constitucional reformado establece que el nuevo proceso penal será acusatorio y oral y que se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

Según la estructura de esta norma constitucional, el sistema acusatorio requiere que la parte acusadora recolecte elementos suficientes para afirmar que una persona ha cometido un delito y abre la posibilidad efectiva del ejercicio del derecho de defensa frente a la actividad de investigación.

En la reforma se abandona el sistema mixto; en el cual predominaba el inquisitivo, a través de la intervención ministerial desde la indagatoria y la etapa de instrucción, siendo quien presentaba las pruebas al juez y si bien había pruebas de descargo, se estimaba que la base probatoria se sustentaba en la averiguación previa. Con base en los datos o pruebas recabadas durante la averiguación previa si se consideraban satisfechos el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se promovía el ejercicio de la acción penal, con detenido o sin él. Posteriormente, esas mismas pruebas servían de base al auto de formal prisión o de sujeción a proceso y durante la instrucción el Ministerio Público normalmente no allegaba más pruebas, en tanto que el inculpado y la defensa

se ocupaban afanosamente de desvanecer o destruir las pruebas recabadas en la fase indagatoria. La sentencia penal, en el sistema mixto, en no pocas ocasiones, presentaba casi el mismo contenido que el auto de formal procesamiento, y sólo se agregaba un capítulo sobre la individualización de las sanciones.

Ahora el paradigma tiende al proceso penal bajo el sistema “acusatorio y oral”, en el cual, las partes intervienen en igualdad procesal con la presencia judicial, en una audiencia en la que se reciben las pruebas que sustentan la acusación, las cuales quedan sometidas al principio de contradicción e inmediatez fundamentalmente. Según el nuevo esquema procedimental el Ministerio Público y los órganos de investigación pasan a tener funciones claras a lo largo del proceso: durante la investigación deberán recolectar los elementos que les permitan fundamentar su acusación y buscar respaldar sus carpetas con las pruebas de cargo idóneas para demostrar su pretensión punitiva.

Para Joahana del Río Rebolledo, si bien nuestro sistema de justicia penal desde 1917 respeta la separación de funciones (persecución penal y juzgamiento), al establecer órganos diferentes del Estado de acuerdo a las funciones que desempeñan, en la práctica no se percibía claramente esta división en materia criminal, pues tenemos un Ministerio Público que en la etapa de investigación es autoridad y el juez que, indirectamente, investiga el delito debido a las facultades que se le conceden en la ley secundaria para el desahogo de la prueba, como por ejemplo las preguntas para mejor proveer cuando conllevan la incorporación de hechos nuevos que no han sido producidos por las partes, y mucho menos incorporados por éstas a juicio y con una defensa disminuida a un mero requisito de procedibilidad para condenar. Según esta autora, el principio acusatorio limita la posibilidad de confusión entre el acusador y el juzgador, estableciéndose claramente cuáles son las facultades y atribuciones que le corresponden a cada uno de ellos en los diversos apartados del artículo 20 constitucional.<sup>20</sup>

## V. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ADVERSARIAL ACUSATORIO

Los principios de este sistema se enuncian como los de:

- a) Publicidad.
- b) Contradicción.
- c) Concentración.
- d) Continuidad.
- e) Inmediatez.

<sup>20</sup> Del Río Rebolledo, Joahana, “Reforma al artículo 20 constitucional”, *Iter Criminis*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, pp. 174 y 175.



En efecto, en cuanto a la forma del procedimiento, el artículo 20 apartado A constitucional, perfila un proceso penal cuya etapa central es un juicio oral, público, contradictorio y continuo pero que, adicionalmente a ello, establece la necesidad de preparación y la posibilidad de un control.

La propia norma constitucional para reforzar la imparcialidad judicial, establece categórica que será un juez distinto al que ha intervenido en las etapas anteriores al juicio el encargado de dictar la sentencia correspondiente al caso.

Esto es, el juez de control que ha intervenido en medidas cautelares, y autorización de técnicas de investigación o bien ha pronunciado el auto de vinculación a proceso, cesa su función; para que sea otro juzgador quien decida en definitiva la causa criminal.

En ese sentido, los legisladores estimaron que:

Para los efectos de garantizar la imparcialidad judicial y evitar que los jueces se contaminen con información que no haya sido desahogada en el juicio, se prevé que éste se desarrolle ante un juez o tribunal distinto al que haya conocido del caso previamente, en la fracción IV. Se trata de la separación de los órganos de jurisdicción de la primera instancia.

Una vez que se ha cerrado la investigación y se ha formulado una acusación, el juez de control que dicta el auto de vinculación y la resolución de apertura a juicio, deja de ser competente para conocer el juicio. La idea con esta previsión es que el juez o el tribunal del juicio no tenga sino el autor de apertura en el que se indique cuál es la acusación y la prueba que será desahogada en el juicio y que el órgano de decisión escuchará por primera vez.<sup>21</sup>

El nuevo proceso penal establece la obligación de intermediación de parte del juez con relación a la prueba, prohibiendo expresamente la delegación de funciones (fracción II, apartado A, artículo 20 constitucional).

Queda suprimido el desahogo de pruebas en presencia de secretarios u oficiales administrativos, quienes son los que en la mayoría de ocasiones, se ocupan de llevar a cabo las audiencias relativas. Conforme al nuevo juicio, el tribunal abrirá un debate oral, en el que se recibirán y percibirán, en forma directa los testimonios y declaraciones de parte.

Toca a las partes establecer los puntos de debate y las peticiones concretas al juez, igualmente les corresponde presentar su caso, lo que se traduce en fijar en concreto los puntos de hecho y de derecho, sobre la acusación y la defensa, respectivamente.

En consecuencia, los jueces deben estar avocados a presidir las audiencias por lo que podrán llevar a cabo una audiencia a la vez, y el principio de continuidad dispone que esa audiencia debe terminar antes del inicio de otra. En-

<sup>21</sup> Cámara de Senadores, *Dictamen*, cit., p. 39.

tonces, se requiere de una adecuada organización de la agenda del juzgado para evitar que se empalmen o interrumpan las audiencias del juicio oral.

La norma constitucional reformada señala que la valoración de las pruebas, debe realizarse de manera libre y lógica.

¿Qué significa la valoración libre? En la exposición de motivos, se destacó que el sistema de prueba tasada que se ha venido aplicando conduce a resultados insatisfactorios, porque en los mismos prevalece una valoración legislativa preconstituida de la prueba por encima de la determinación judicial; pero que a pesar de la pretendida objetividad de este sistema, sus resultados son francamente pobres desde el punto de vista de la calidad de la información usada para la toma de decisiones. Por tal motivo se destacó en el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia, que los sistemas basados en la libre valoración y la sana crítica son los idóneos para hacer más fiable el conocimiento obtenido por medio del proceso penal.

En opinión de Juan Enrique Vargas y Andrés Baytelman, que se sintetiza a continuación, el sistema de libre convicción conlleva las siguientes implicaciones:

- a) Cualquier cosa que forme convicción en el tribunal y que pase el *test* de credibilidad en el juicio oral, puede ser considerado prueba. Por ende, los medios probatorios no se encuentran taxativamente establecidos en la ley y están abiertos al modo en que las partes quieran presentar su caso.
- b) Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio. La ley no obliga a probar ningún hecho a través de medios específicos. Esto supone que la jurisprudencia desarrolle estándares para determinar criterios respecto de la prueba.
- c) No hay valor predeterminado de ningún medio probatorio. La palabra clave en el tratamiento de la prueba por parte de los jueces en lo penal es ésta: “credibilidad”. Es cierto que esa credibilidad debe estar fundada, pero también es cierto que esa fundamentación tiene componentes subjetivos y que, por ende, no puede ser determinada más que por el juez que está frente al examen de la prueba. No hay, por ende, credibilidad determinada por la ley. Una parte podrá presentar diez testigos para acreditar un hecho y la otra sólo uno que los contradiga: nada le impide al juez conceder mayor credibilidad a este único testigo que a los restantes diez, con tal que ese testigo haya concitado su credibilidad y que esa credibilidad pueda ser fundada.
- d) La prueba por excelencia en un sistema como éste, es lo que la cultura continental conoce como “prueba indiciaria”, y lo que el sistema anglosajón denomina “prueba circunstancial”. La prueba indiciaria es aquella que exige una mediación inductiva del tribunal, para llegar a la conclusión de que un determinado hecho está probado. El juez, finalmente, deberá inducir una cierta verdad de toda esta evidencia puesta en relación.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Vargas, Juan Enrique y Baytelman, Andrés, “Destrezas del juez en los juicios ora-

En mi opinión, la valoración libre de la prueba, no puede traducirse en arbitrariedad o falta de motivación al momento de apreciar la prueba. Debe existir voluntad discrecional en los jueces, pero no motivación e irresponsabilidad que son notas que caracterizan al sistema de la íntima convicción, que se encuentra en la base de las normas que se refieren a la valoración de la prueba a la conciencia del juez.

Sino que, como acertadamente lo destaca el doctor Juan Montero Aroca, no puede seguirse afirmando que la valoración de la prueba en el proceso penal es simplemente libre.

Para este jurista, la valoración debe hacerse depender de dos consideraciones fundamentales:

- a) La prueba tiene que valorarse conforme a la sana crítica o las reglas del criterio humano, con lo que se está diciendo que la valoración debe hacerse ciertamente por el juez y no según reglas legales apriorísticas, pero también que esa valoración no puede basarse en el “buen sentido”, en la “conciencia”, en el “conocimiento psicológico” o en expresiones similares referidas al juez. La sana crítica exige que el juez en la sentencia deje constancia de las reglas de la experiencia que le llevan a conceder o negar valor a cada uno de los medios de prueba. La valoración de la prueba puede representarse a través de un silogismo en el que: 1) La premisa menor es la fuente —medio de prueba—. 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia. 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o inexistencia del hecho que se pretendía probar.
- b) Las exigencias de la valoración racional y motivación llevan a excluir la llamada valoración conjunta de la prueba. Esta consiste en llegar a establecer los hechos probados, no tomando en consideración ni valorando cada uno de los medios de prueba en sí mismos considerados, sino atendiendo al conjunto de todos los medios de prueba practicados. La utilización de una valoración conjunta, conduce a una consecuencia no admisible: la no motivación real de las sentencias, en cuanto que, en ellas no quedan claras las máximas de la experiencia que llevan al juez a conceder valor a un medio de prueba y a negárselo a otra.<sup>23</sup>

Como puede apreciarse de lo anterior, el sistema de libre valoración se encuentra vinculado con las llamadas máximas de la experiencia, que el juez debe fijar en su sentencia al conceder o negar credibilidad a un medio de prueba y, esa fijación ha de expresarse de forma motivada en la sentencia.

les”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 5, septiembre–octubre de 2008, pp. 112-114.

<sup>23</sup> Montero Aroca, Juan, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, *Prueba y proceso penal, análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 62-64.

Pero aquí surge una dificultad que con gran acierto ha puesto sobre la mesa Michele Taruffo. Este autor explica que a menudo se designa como máxima de experiencia cualquier noción que se encuentre en el ámbito del sentido común o de la cultura media de un cierto lugar en un determinado momento. Pero que a veces, esas máximas de experiencia, no son más que la traducción de leyes científicas de carácter general en los términos del sentido común y de la cultura media. En esos casos, con la condición de que la vulgarización de la ley científica no haya traicionado su significado originario se puede equiparar la máxima de experiencia a la ley científica y usarla como norma de cobertura de la inferencia causal. En otros casos, la máxima de experiencia expresa sólo frecuencias estadísticas de un grado muy elevado.

No obstante ello, continúa diciendo, existen numerosos casos en que la máxima de experiencia carece de cualquier apoyo científico o estadístico, es decir, precisamente cuando se trata de una afirmación fundada únicamente en la experiencia. En estos supuestos, pueden elaborarse las siguientes cuestiones:

- ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima?
- ¿La del juez?
- Pero entonces, ¿Cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia?
- O en cambio ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿cuál?, ¿cuán amplio?, ¿cuán homogéneo?, ¿cuánto tiempo ha sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general?

En opinión del propio Taruffo, el juez puede recurrir a nociones de sentido común, pero a condición de que haga un uso prudente y correcto de las mismas.

Por ejemplo, si una máxima de experiencia contradice una ley científica, el juez debe recurrir a ésta y no a aquélla. Además, si dos máximas de experiencia se contradicen —como sucede a menudo— el juez debe comprobar cuál de ellas es más atendible y, si es el caso, concluir que no lo son ninguna de las dos. El juez debe comprobar de la manera más cuidadosa posible el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia, eventualmente descartándola y comprobando la posibilidad de utilizar otras máximas, hasta que pueda “anclar” firmemente las nociones que adopte sobre una base generalmente compartida (Wagenaar, van Koppen y Crombag, 1993: 61 ss., 73 ss., 237 ss.). El juez, por otra parte, no debe sobreestimar el valor lógico y heurístico de la noción que utiliza: en particular, no debe considerar como general una noción que expresa sólo la posibilidad o la eventualidad infrecuente de que un hecho se produzca. Finalmente,

el juez debe saber distinguir entre la formulación de generalizaciones fácticas y la expresión de valoraciones éticas, estéticas o culturales que forman una parte importante del sentido común de la cultura media, pero no sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos [Taruffo, 2002: 132 ss., 312 ss. (trad. Cast.: 117 ss., 285 ss.)].<sup>24</sup>

Otro problema relacionado con la valoración de las pruebas es el relativo al sistema que pueda emplear el Tribunal de alzada al revisar la sentencia del juez de primer grado. El inconveniente que aquí se plantea tiene que ver con la aparente fragmentación del principio de inmediación que busca garantizar el juicio oral. Ello debido a que si el Tribunal de Segunda Instancia puede revisar nuevamente los hechos, la inmediación parece verse amenazada, porque el revisor no presenció personal y directamente el desahogo de las pruebas.

Hasta aquí esta breve exposición acerca de la problemática que presenta el tema de la valoración de las pruebas.

La Constitución reformada establece también que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán aquéllas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio, aunque se autoriza admitir en el juicio oral la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo (fracción III, apartado A, artículo 20, constitucional).<sup>25</sup> La regla general es clara. Sólo es posible tener en cuenta las pruebas que se reciban en audiencia pública, y que se sometan al escrutinio del tribunal, mediante debate de las partes.

La prueba anticipada, que se enuncia en este apartado constitucional, procederá en los casos en que el medio o fuente de prueba corra el riesgo de perderse si no se recaba en un momento previo al juicio oral. Se trata de casos en que esta prueba se ofrece y desahoga bajo la supervisión y autorización del juez de control, en presencia de las partes y bajo los mismos principios generales del juicio oral y acusatorio. Y se incorpora al debate mediante lectura o reproducción.

En el sistema chileno para que la prueba recibida anticipadamente pueda ser incorporada de la manera indicada (lectura en el juicio), es necesario que el temor que fundamentó su recepción anticipada se haya concretado al momento de la celebración de la audiencia, esto es, que a esa fecha, por ejemplo, el testigo haya fallecido o caído en incapacidad, se encuentre ausente a larga distancia o no pudiere declarar por cualquier obstáculo semejante. Si esta cir-

<sup>24</sup> Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 267-270.

<sup>25</sup> “La prueba anticipada procede en aquellos casos en los que la prueba corra el riesgo de perderse si no se recaba anticipadamente. Una vez realizada la diligencia judicial de anticipo de prueba el resultado de la misma se incorpora por lectura al juicio oral”, Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

cunstancia no se cumple al momento del juicio oral, la excepción que permite su incorporación mediante lectura deja de operar y por tanto, el testigo o perito deben comparecer ante el tribunal y declarar o desahogar el cuestionario correspondiente.<sup>26</sup>

En el caso de México, la Constitución reformada determina como principio general que, la presentación de los argumentos (alegatos) y elementos probatorios se deberá desarrollar de manera pública, contradictoria y oral.

El principio de publicidad se aborda desde dos puntos de vista contrapuestos: el primero se define como una garantía constitucional que propiciará en el proceso penal, que el juzgador se conduzca de manera imparcial y con estricto apego a derecho, pues permite que los ciudadanos tengan un control sobre la justicia y que las sentencias sean un reflejo de la deliberación de pruebas surgidas dentro del juicio oral; en tanto que el segundo se entiende relacionado con los intereses del estado; pues como acertadamente sostiene el doctor Sergio Gabriel Torres, “... el hecho de que el enjuiciamiento se encuentre abierto a conocimiento de los integrantes de la sociedad deviene un elemento hábil para lograr los fines de prevención general que cierta posición sostiene como finalidad de la pena...”,<sup>27</sup> lo cual torna más fuerte el efecto intimidatorio de la pena.

Al decir del jurista Alberto Binder: “El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia...”.<sup>28</sup>

Se concluye que la particularidad de este principio reside en su doble función, ya sea como garantía constitucional o potestad del Estado, ambas encaminadas a la prevención y al control de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales.

El principio de contradicción se concibe como uno de los principios más notorios y medulares en el desarrollo del juicio oral, ya que refiere a la posibilidad de que las partes o sujetos procesales puedan intervenir con igualdad de fuerzas dentro del proceso penal y realicen libremente todo lo jurídicamente posible para desvirtuar o controvertir el caso de la contraparte. Para el juez chileno Rodrigo Cerda San Martín, el principio de contradicción es un “derecho que propugna que los litigantes deben encontrarse en una posición de

<sup>26</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal chileno*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. II, pp. 143 y 144.

<sup>27</sup> Torres, Sergio Gabriel *et al.*, *Principios generales del juicio oral penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 39.

<sup>28</sup> Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 103.

igualdad, disponiendo todos ellos de los medios, recursos y oportunidades necesarias para que puedan formular sus alegatos y peticiones, y para que rindan sus pruebas”.<sup>29</sup>

El jurista José Antonio Neyra Flores explica:

... dicha contradicción permite también que el juez pueda aceptar una información que ha sido debidamente procesada y puesta a prueba, y que la contraparte será quien trate de desvirtuarla utilizando toda su capacidad para desmentirla, a través del contraexamen. Este principio del juicio oral, nos conmina a una bilateralidad en el proceso penal, entiéndase como una lucha en igualdad de armas.<sup>30</sup>

El principio de concentración surge como consecuencia natural de la oralidad como lo apunta el doctor Sergio Gabriel Torres, dado que

... se traduce en la realización del debate en una sola audiencia, y en caso de no ser materialmente posible, en el menor número de audiencias consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas, a fin de evitar que el transcurso del tiempo borre la impresión que el juzgador pueda formarse en relación al acusado y los actos del debate...<sup>31</sup>

En conjunto, la concentración, continuidad e inmediación propias del juicio oral, permiten al juez al momento de dictar sentencia, el que tenga presente de manera directa, la impresión que le causó cada una de las diligencias que se llevaron a cabo durante el debate.

El principio de continuidad se encuentra íntimamente relacionado al de concentración, ya que, tratándose de la audiencia aludida en el apartado anterior, de no ser materialmente posible la culminación de la misma, esa se diferirá procurando que sea en el menor número de audiencias consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas, lo anterior, con la finalidad de imponer en el juez una mayor atención respecto de los medios de prueba, esto aunado al principio de contradicción lo que propiciará que la discusión entre las partes sea plena, facilitando así la vinculación entre éstas y el juez, lo que de transcurrir en excesivo tiempo quedaría desvirtuado.

No es óbice a la hipótesis contemplada dentro de este principio, el hecho de no poder concentrar el debate dentro la misma audiencia, porque esta situa-

<sup>29</sup> Cerda San Martín, Rodrigo, *El juicio oral*, Chile, Metropolitana, 2003, p. 125.

<sup>30</sup> Neyra Flores, José Antonio, *Código procesal penal, manuales operativos: manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Perú, Academia de la Magistratura, 2007, p. 34.

<sup>31</sup> Torres, Sergio Gabriel *et al.*, *op. cit.*, p. 45.

ción únicamente da lugar a que de manera excepcional, se difiera de la misma dentro de un plazo razonable previamente establecido por la norma. Así sucede en el proceso penal chileno, porque como bien lo apunta el jurista Patricio Llancamán Nieto, "... caso extraordinario en el que el juicio oral no haya concluido, no obstante terminar la hora de funcionamiento del tribunal, el artículo 282 indica que el juicio podrá prolongarse en sesiones sucesivas procurando así la continuidad del juicio..."<sup>32</sup>, así también, se deberá expresar el motivo por el cual dicha audiencia no podrá concluirse de manera continua, motivos que se fraccionan en causales subjetivas y objetivas. Las causales subjetivas son aquellas que paralizan el proceso oral y que son atribuibles a las partes; en tanto que las objetivas son las que implican una paralización del proceso oral por circunstancias propias a las diligencias o actos procesales desarrollados dentro del propio proceso oral, consecuencia de lo anterior se tiene como ejemplo la necesidad de la realización de diligencias probatorias en lugares distintos de aquél en que se lleva a cabo el debate.

El principio de inmediación refiere que no debe mediar nadie entre el juez, la percepción directa de la prueba y las partes del proceso, tampoco, pueden existir demoras que se interpongan entre la apreciación que hace el juez de la prueba y ésta, pues de esta manera recibe una percepción inmediata y originaria de todo aquél material que conformará el fundamento de la decisión que adopte en el juicio.

Este principio, como bien lo menciona el jurista Rodrigo Cerda San Martín, "... impone al tribunal la obligación de decidir de acuerdo con las impresiones personales que obtenga del acusado y de los medios de prueba recibidos en el juicio", postura que además se comparte, en razón de que la recepción directa de la prueba por el juzgador propicia su mejor apreciación.

Motiva también este principio, la necesidad de que el juez valore la prueba en su estado natural, y para ello, las pruebas deben ser analizadas directamente por el tribunal del juicio oral y no a través de impresiones o expresiones de terceras personas. En consecuencia, el tribunal al momento de dictar sentencia, por regla general, sólo tomará en cuenta los actos producidos en el debate, pues no podrá utilizar como pruebas los simples actos o medios que se encuentren por escrito, sino por el contrario, toda prueba o fuente de prueba, entre otras, testigos y peritos, tienen que estar presentes en la audiencia para que puedan declarar lo que saben.

En ese sentido, como lo destaca Alex Carocca como consecuencia de la exigencia de la presencia directa del juez que requiere el juicio oral, surge natu-

<sup>32</sup> Llancamán Nieto, Patricio, *El juicio oral penal*, Chile, Jurídica La Ley, 2003, pp. 102 y 103.



ralmente la intermediación, y para que esta sea posible se requiere llevar adelante el proceso en audiencias programadas en las que se agote el examen de los medios de prueba, en que aparece también como consecuencia connatural de la oralidad, la concentración y además facilita que el juicio sea público, es decir, pueda ser presenciado por cualquier persona.<sup>33</sup>

El principio de oralidad, será el medio principal utilizado en el proceso penal a implantar motivo de la reforma constitucional de 2008, en la inteligencia de que la oralidad no significa la reproducción oral de escritos, actas o dictámenes, sino la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos o peritos, que deben ser oídas por las partes y los jueces; declaración que será acompañada y robustecida a través de la actuación corporal y gesticulación de las partes del proceso, que incrementará la potencia expresiva de aquélla, con el fin de otorgar al juzgador los elementos de convicción idóneos para la valoración de las pruebas de manera directa.

Sin embargo, como ya se ha mencionado, no podemos entender que sea un sistema de oralidad absoluta, pues de lo que se exprese de manera oral, se dejará constancia escrita en actas, prevaleciendo así testimonio de los actos procesales procesados.

Al respecto, Andrés Baytelman define a los principios del juicio oral:

1. Presunción de inocencia a través de la eliminación del catálogo de delitos graves y el establecimiento de reglas más racionales para la prisión preventiva...
2. La intermediación procesal, de tal manera que sólo tenga valor probatorio la evidencia que se desahogó en presencia inmediata del juez (y no del Ministerio Público, del secretario o de la mecanógrafa) para que realmente se cumpla la garantía de ser juzgado por un juez imparcial.
3. La contradicción procesal y la igualdad entre las partes que permitan articular un proceso dialéctico de valoración de la prueba para conocer la verdad de los hechos a partir de la presentación de pruebas y argumentos de manera equilibrada y en igualdad de circunstancias entre la defensa y el Ministerio Público.
4. La publicidad y transparencia de los procesos penales para instruir y juzgar a la vista de la sociedad y bajo su control...
5. La concentración y la economía procesal para que las audiencias puedan llevarse a cabo con la interacción de todos los actores, lo que ayudará a desahogar los procesos con agilidad y eficacia. Recordemos que la palabra audiencia se refiere a oír, no a leer o a escribir.

<sup>33</sup> Carocca P., Alex, “Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Chile, ConoSur, 2000, p. 59.

6. La oralidad que permita conocer los alegatos, las pruebas y las decisiones de manera presencial...<sup>34</sup>

En consecuencia, los principios rectores del juicio oral deben ser entendidos de manera integral y no aislada, en función de que para el cabal funcionamiento del juicio no debe inhibirse u obviarse alguno de ellos, pues en su conjunto conforman las reglas a seguir en la implementación de este sistema penal, acusatorio y oral.

Siguiendo el estudio de los principios, encontramos que la fracción V, apartado A, del artículo 20 constitucional señala que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, lo que robustece el principio de contradicción, e igualmente establece que la carga para demostrar la culpabilidad le corresponde al Ministerio Público, conforme lo establezca el tipo penal. El *onus probandi* es únicamente para el Ministerio Público. El imputado puede contradecir las pruebas u objetarlas de cualquier modo; pero ello no implica en sí carga probatoria.

La Constitución determina que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado y que es derecho de toda persona imputada a que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa (artículo 20, apartado A, fracción VIII, y apartado B, fracción I).

En efecto, la sentencia de condena debe ser precedida de elementos de prueba que lleven al juez a la convicción sobre la existencia de un delito y la participación del acusado en su ejecución.

Conforme al principio de presunción de inocencia, no puede a nadie suponerse culpable, a menos que se haya demostrado la acusación fuera de toda duda razonable. La presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado de conformidad a ese principio y por ende, las autoridades y sociedad en general, tienen la obligación jurídica y moral, respectivamente, de no prejuzgar el resultado del juicio penal.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que:

De todas las garantías judiciales propias del ámbito penal, la más elemental es, quizás, la presunción de inocencia, expresamente reconocida sin salvedad ni excepción alguna por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos tales como la Declaración Universal, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Declaración Americana y la Convención Americana.

<sup>34</sup> Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio J., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 18-19.

Esta disposición atribuye a favor del acusado la presunción de que éste debe ser considerado inocente, y tratado como tal, mientras no se determine su responsabilidad penal mediante una sentencia firme. El contenido de la presunción de inocencia exige ‘que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de la pena, sólo pueden ser fundadas en la certeza del tribunal acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado’. El juez a quien le corresponde conocer de la acusación penal tiene la obligación de abordar la causa sin perjuicios y bajo ninguna circunstancia debe suponer a *priori* que el acusado es culpable.

Por el contrario, la Convención Americana requiere que, en aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.<sup>35</sup>

En nuestro país, luego de la reforma constitucional penal de junio de 2008 se incorporó expresamente la presunción de inocencia. En ese sentido, el artículo 20, Apartado A, prescribe que uno de los objetivos del nuevo proceso acusatorio es la protección del inocente y que ese principio rige también en las audiencias preliminares del juicio. En tanto que, el propio artículo 20, Apartado B, fracción I, establece el derecho de todo imputado: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.<sup>36</sup>

Para la efectividad de este principio es de suma importancia que los operadores del proceso penal, los medios de comunicación y la sociedad, se esmeren en considerar realmente al presunto infractor como inocente, evitando adelantar el resultado del juicio, como también ha establecido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al estudiar los alcances de la presunción de inocencia, consideró que trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales como son la dignidad humana, la libertad, la honra

<sup>35</sup> CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, pp. 118 y 119, la cita es de O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 399 y 400.

<sup>36</sup> Efectivamente, este principio se incorpora ahora en forma expresa al texto constitucional, porque anteriormente se consideraba contenido de manera implícita en la Constitución federal. Así se estimó por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en la Tesis P.XXXV/2002, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

y el buen nombre, que podrán resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares.<sup>37</sup>

Otro de los principios generales del proceso adversarial es el relativo a la prohibición para el juzgador, es decir, tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra; lo que refuerza el principio de contradicción.

La Constitución establece que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determinen la ley secundaria.

La fracción VII del apartado A de la misma norma constitucional, puntualiza que si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia y que será la propia ley secundaria la que establecerá los beneficios que los jueces podrán otorgar a los acusados que acepten su responsabilidad penal.

La base de la sentencia condenatoria, por disposición expresa del poder reformador, será a partir de la convicción del juez acerca de la culpabilidad del procesado (fracción VIII, apartado A, artículo 20 constitucional). “La fracción VIII dispone el estándar de prueba para la condena, que no es otro sino la convicción motivada para la condena”.

No se trata, como ya se expresó con anterioridad, de una convicción íntima, sino que de aquélla que pueda ser justificada a partir de los elementos fácticos que el Ministerio Público logre probar.

En la fracción IX del mismo artículo, se establece que cualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula.

Sobre ese punto, el poder reformador, en la exposición de motivos destacó:

La redacción que se eligió obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan sólo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser saneadas y corregidas en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos. Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otras garantías podría llegar a producir

<sup>37</sup> Tesis 2a. XXXV/2007, PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

la repetición de actos procesales inútiles o la anulación de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una efectiva procuración de justicia.<sup>38</sup>

En un artículo Miguel Carbonell, refiere que:

La justificación de la norma contenida en la citada fracción IX se encuentra en el hecho de que las autoridades no deben violar derechos fundamentales en el curso de una investigación y, si lo hacen, dicha violación debe ser ‘neutralizada’ dentro del proceso, con independencia de la responsabilidad concreta a la que pueden hacerse acreedores los agentes responsables de la misma. De otro modo los agentes de la autoridad contrarían con buenos incentivos para investigar violando de derechos fundamentales. Y no sólo eso, sino que además se estaría permitiendo una doble violación de derechos: una primera a través de la obtención de la prueba ilícita (por ejemplo a través de la entrada de un domicilio sin orden judicial o de la interceptación de comunicaciones privadas), una segunda a través del uso de ese material en un proceso, en perjuicio de la víctima de la primera violación. El principio que estamos analizando se proyecta solamente respecto de la segunda violación; la primera tendrá que ser reparada y sancionada por medio de los cauces procesales correspondientes.

El principio de nulidad de prueba se proyecta tanto a lo que los procesalistas llaman ‘actividad probatoria’, como a la prueba misma. La actividad probatoria comprende los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso, los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba), los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes y el proceso de valoración de esa información por parte del juez.<sup>39</sup>

En ese mismo artículo, Carbonell nos recuerda que en la jurisprudencia estadounidense se han desarrollado ciertos estándares que permiten aceptar que, bajo ciertas circunstancias, no hay conexión lógica entre una primera violación de derechos y otros elementos de prueba que pretenden presentarse en juicio. Entre dichos estándares se encuentran la teoría de la fuente independiente, el principio de conexión atenuada y la regla del descubrimiento inevitable, que seguramente serán objeto de consideración en nuestro derecho procesal.

Es interesante recordar también, que la regla que ordena la exclusión de las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales (conocida como

<sup>38</sup> Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*

<sup>39</sup> Carbonell, Miguel, “Sobre el principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero, de 2009, pp. 191 y 192.

*exclusionary rule*), surgió en Estados Unidos de América, a partir de resoluciones en las que la Corte Suprema de ese país, luego de reconocer la ilegalidad de allanamiento al domicilio del acusado, determinó que los tribunales no pueden basar sus sentencias en pruebas obtenidas por medios inconstitucionales.

Esta regla establece que pruebas obtenidas, directa o indirectamente, como resultado de una violación de las enmiendas cuarta, quinta o sexta de la Constitución de los Estados Unidos, no pueden ser presentadas en un juicio penal con el propósito de establecer la culpabilidad de la persona cuyos derechos han sido vulnerados. Es importante destacar que la regla ha evolucionado y actualmente consiste en un recurso establecido judicialmente para proteger derechos protegidos en la cuarta enmienda de la Constitución por su efecto disuasorio y no puede ser vista como una medida reparadora del daño personal sufrido por el sujeto que fue objeto de la detención o registro ilegal.

En el caso de México, existen precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que previamente a la reforma constitucional, el Pleno del máximo tribunal del país resolvió que las grabaciones derivadas de intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial constituyen pruebas ilícitas, carentes de todo valor probatorio.<sup>40</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió recientemente jurisprudencia por contradicción de tesis, en la que sostuvo que la orden de cateo debe cumplir cabalmente con los requisitos del artículo 16 constitucional, porque de lo contrario dicha orden y las pruebas que se hayan obtenido como consecuencia directa de la misma carecen de existencia legal y eficacia probatoria.<sup>41</sup>

En este interesante precedente se destaca que las pruebas obtenidas con vulneración a la inviolabilidad del domicilio, como son los objetos y personas que se localicen, y el acta circunstanciada de la propia diligencia carecen de eficacia probatoria alguna; en la medida que, de acuerdo a la regla procesal de exclusión de pruebas ilegalmente obtenidas no puede darse valor a las pruebas adquiridas con violación al debido proceso legal.

En tanto que la Segunda Sala anteriormente había señalado también que las pruebas ofrecidas en un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin consen-

<sup>40</sup> Tesis XXXIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XXVII, abril de 2008, p. 6.

<sup>41</sup> Tesis 1a./J. 22/2007, CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Primera Sala, t. XXVI, agosto de 2007, p. 111.

timiento expreso e irrefutable de los que entablan la conversación, incurre en ilícito constitucional y por tanto, no debe admitirse por el juez la prueba, pues ello implica convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.<sup>42</sup>

Lo anterior denota que el tema de las pruebas ilícitas no es totalmente novedoso; aunque debe advertirse también, que no está totalmente explorado, pues son pocos los criterios establecidos por el Poder Judicial de la Federación, pero que seguramente será un tema de amplio desarrollo jurisprudencial.

Cabe preguntarse por último ¿a qué juez o tribunal toca pronunciarse sobre las pruebas ilícitas?

En mi opinión, los jueces de control podrán excluir pruebas que violen derechos fundamentales, cuando ello quede demostrado en la etapa de investigación; aunque por regla general será el juez del juicio oral a quien toque pronunciar sentencia, el que deberá decidir la exclusión de alguna prueba cuando se alegue y se demuestre que se obtuvo con violación de derechos fundamentales.

Para finalizar este apartado me permito agregar un cuadro comparativo del sistema probatorio que involucra algunas reglas del proceso anterior y nuevo sistema acusatorio.

*Cuadros comparativos del sistema probatorio antes y después  
de la reforma procesal penal*

	<b>Proceso anterior</b>	<b>Proceso oral y acusatorio</b>	¿Se producen cambios importantes?
<b>Valoración de la prueba</b>	Sistema tasado (valoración legislativa preconcebida). Sistema mixto (Que surge de la reunión del sistema de libre valoración de la prueba y el sistema tasado).	Se elimina el sistema tasado o mixto. La valoración de la prueba se debe hacer de manera libre y lógica. (Artículo 20, Apartado A, fracción III constitucional).	Sí. Se elimina el sistema tasado de valoración de las pruebas.
<b>Nulidad de prueba ilícita</b>	Incipiente el mecanismo de anulación de pruebas obtenidas de manera ilícita, a partir de criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tesis aisladas de Tribunales Colegiados de Circuito.	La Constitución establece que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula. (Artículo 20, Apartado A, fracción IX constitucional).	No. En la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios que se orientan a la eliminación de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales.

<sup>42</sup> Tesis 2a. CLXI/2000, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.

	<b>Proceso anterior</b>	<b>Proceso oral y acusatorio</b>	¿Se producen cambios importantes?
<b>Carga de la prueba</b>	La carga de la prueba para demostrar la responsabilidad es del Ministerio Público.	La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (Artículo 20, Apartado A, fracción V, Constitucional).	No. Prevalece la misma regla.
<b>Ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas.</b>	En la etapa de averiguación previa se recaban las pruebas por el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpa- do. Durante la instrucción que se desarrollaba ante el juez, la actividad probatoria del Ministerio Público era mínima o nula. La defensa allegaba pruebas para confrontar las recabadas por el Ministerio Público en la averiguación previa.	La regla general es que las pruebas se reciban o desahoguen en la audiencia del juicio, por excepción se pueden recibir pruebas anticipadas ante el juez de control. (Artículo 20, Apartado A, fracciones II y III constitucional).	Sí. El nuevo sistema ordena que por regla general las pruebas se presenten en la audiencia del juicio, conforme a los principios de publicidad, inmediación y contradicción.

## VI. ETAPAS DEL NUEVO PROCESO ACUSATORIO

El nuevo proceso penal oral y acusatorio se compone por tres etapas: la de investigación, la intermedia y la etapa del juicio oral. A continuación expongo el objeto de cada una de estas etapas procedimentales, para lo cual me he apoyado en la consulta de los códigos procesales penales de los estados de México, Chihuahua y Oaxaca.

*Etapa de investigación*, la cual tiene por objeto la obtención de información y recolección de elementos que permitan soportar una acusación y el respeto de la defensa del imputado. Queda atrás la averiguación previa en la que el Ministerio Público ha venido marcando el rumbo de la investigación, la recolección de pruebas y el desarrollo de las diligencias con una reducida o nula intervención de los ofendidos, defensores e imputados.

En la nueva fase de investigación existe participación de las partes y control de un juez imparcial para garantizar los derechos fundamentales de los intervinientes. Para el ministro Sergio A. Valls:

El juez de control, o de garantías, debe actuar en varios momentos durante la fase de investigación: para autorizar previamente alguna diligencia del ministe-



rio público que pretenda limitar algún derecho fundamental o para examinar la legalidad formal y material de actuaciones de la fiscalía en ejercicio de sus poderes en la etapa preliminar. Su actuación de protección previa la podrá realizar a través de audiencias preliminares donde decide sobre la orden de aprehensión en contra del imputado; la obtención de muestras que involucran al imputado, cuando éste se niega a proporcionarlas y ciertas inspecciones oculares entre otros. La protección garante posterior se podrá encauzar a través de audiencias preliminares, casi siempre públicas donde decida sobre la legalidad de la captura hecha en flagrancia, diligencias de registro y cateos, medidas cautelares sobre bienes del imputado, búsqueda selectiva de base de datos y exámenes que involucren al imputado.

En efecto, como se desprende de la nota antes transcrita, el juez de control interviene en la etapa de investigación de delito y si considera que el Ministerio Público ha vulnerado derechos fundamentales del imputado, el juez de garantías no legitima la actuación del fiscal y, por ende, los elementos de prueba recopilados mediante actuación ilícita se reputan inválidos (inexistentes). Estos efectos decisivos se desprenden del contenido del nuevo artículo 20 constitucional, apartado A, fracción IX, que sanciona como nula a toda prueba obtenida con violación a derechos fundamentales.

Por el contrario, si el juez de control estima que el Ministerio Público, en ejercicio de sus facultades no ha desconocido los límites superiores de su actuación, convalida su gestión y el fiscal, puede continuar la investigación, formular la imputación y plantear la acusación ante el Tribunal del juicio oral, sin que esto implique, desde luego, un pronunciamiento sobre el alcance demostrativo de los elementos de prueba objeto de verificación preliminar, en la medida que la justipreciación corresponde al juez o tribunales orales.

Así también, corresponde al juez de garantías, realizar un control *ex post*, cuando decide sobre la legalidad de la captura hecha en flagrancia o por caso de urgencia, dado que, en términos del párrafo séptimo del artículo 16 constitucional, el juez de control al recibir la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar o decretar la libertad con la reserva de ley.

En la prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo, el juez de control avala que la probanza ha sido recibida con las mismas formalidades exigidas para su desahogo en la etapa del juicio oral, esto es, en audiencia pública y sujeta a los principios del nuevo proceso adversarial. Si la prueba supera el filtro establecido por el juez de control, podrá ser incorporada al juicio oral mediante lectura.

En consecuencia, el Ministerio Público sigue siendo autoridad; pero sometido a un control judicial inmediato y directo que busca evitar atropellos en los derechos de quienes se ven involucrados como víctimas o inculcados en un delito.

*Gráfica que muestra la intervención del juez de control  
(según texto constitucional)*

**Medidas cautelares y técnicas de investigación**

Controla las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial (artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional)

**Control sobre la acción penal**

Resuelve las inconformidades sobre omisiones del ministerio público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento; verifica la validez de convenios reparatorios (mecanismos alternativos); la aplicación del principio de oportunidad (artículos 17 y 20, apartado B, fracción VII y 21, párrafo séptimo, constitucionales).

**Prueba anticipada**

Controla la prueba anticipada (artículo 20, apartado A, fracción III constitucional).

**Detención y vinculación a proceso**

Audiencias preliminares sobre detención en casos de urgencia o flagrancia.  
(artículo 16, párrafo séptimo constitucional).  
Formulación de imputación  
Audiencia de vinculación a proceso  
(artículo 19 constitucional).

*Etapa intermedia*, que tiene como fin el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, la depuración de los hechos y la determinación del daño causado por el delito que será materia del juicio oral.

De la consulta a los códigos procesales penales del Estado de México, Chihuahua y Oaxaca, se desprende que la etapa intermedia o de preparación de juicio oral tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de pruebas, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio. En el Estado de México, las actuaciones que se desarrollan en esta etapa están encomendadas al juez de control, en tanto que en Chihuahua están encargadas al juez de garantía; en el caso de Oaxaca, el legislador soslayó mencionar qué juez será el competente para su desarrollo. Esta etapa del procedimiento penal inicia después de que el Ministerio Público formuló la acusación y en ella podrán deducirse las excepciones de incompetencia, litispendencia, cosa juzgada, falta de algún requisito de procedibilidad o extinción de la pretensión punitiva.

Una de las figuras integradas al sistema jurídico mexicano, resultado de la reforma constitucional de junio de 2008, fue la del acusador coadyuvante, y es precisamente en esta etapa donde la víctima u ofendido puede constituirse como tal, para formular por escrito y antes de la audiencia intermedia su acusación para ser considerado parte en el proceso penal. Asimismo, la víctima u ofendido hasta antes de la celebración de la audiencia intermedia, podrá señalar los vicios formales del escrito de acusación y requerir su corrección, de igual manera, podrá ofrecer las pruebas que estime necesarias para complementar la acusación del ministerio público.

La audiencia intermedia será dirigida por el juez y se desarrollará oralmente, por tanto, las argumentaciones y promociones no serán admitidas por escrito. Al inicio de la audiencia, el Ministerio Público expondrá de manera sucinta su acusación y la víctima u ofendido su acusación coadyuvante, y si el acusado o su defensor no contestaron la acusación por escrito, el juez le otorgará la oportunidad de hacerlo de manera verbal. Es pertinente señalar, que como requisito de validez de la audiencia intermedia se ha dispuesto la presencia ininterrumpida del juez, ministerio público y defensor, lo que pone de relieve el respeto al principio de inmediación del juicio oral contemplado en el artículo 20 constitucional.

Si el acusado hubiera planteado excepciones, el juez deberá abrir el debate en torno a éstas, y de estimarlo, permitirá durante la audiencia la presentación de pruebas que considere idóneas y sobre las que resolverá de inmediato. Es conveniente puntualizar, que los códigos de procedimientos penales de los estados de México y Chihuahua denominan como excepciones a aquéllas que habrán de resolverse en la audiencia intermedia y que constituyen la contradicción o repulsa de la acusación formulada por el ministerio público o acusador coadyuvante, en tanto que el Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, en su artículo 305, las denomina cuestiones, a pesar de que se tratan de iguales supuestos.

Los códigos Procesal Penal de Oaxaca y de Procedimientos Penales del Estado de México, en sus artículos 307 y 324, respectivamente, prevén la posibilidad de que la víctima u ofendido y el inculcado lleguen al advenimiento mediante la conciliación que habrá de ser procurada por el juez de control en cualquier momento de la audiencia. Por el contrario, la legislación adjetiva penal de Chihuahua soslaya la conciliación en la audiencia intermedia, y omite contemplar tal figura dentro del apartado relativo a la misma en el Código de Procedimientos Penales del referido Estado.

El juez luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a las partes, ordenará fundadamente excluir aquellas pruebas que sean manifiestamente impertinentes, tengan por objeto acreditar hechos públicos o notorios y las

legalmente inadmisibles, a saber, aquéllas que provengan de actuaciones o diligencias que se hayan declarado nulas o que hayan sido obtenidas con inobservancia de las garantías individuales. Las demás pruebas que hayan sido ofrecidas, serán admitidas al dictar la resolución de apertura a juicio.

La resolución de apertura a juicio es dictada para finalizar la audiencia intermedia, y en ella se indica el tribunal competente para celebrar la audiencia de debate de juicio oral; las acusaciones que serán objeto del juicio; los hechos que se dieran por acreditados; las pruebas que deberán producirse en el juicio oral y las que deban desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño; asimismo, la individualización de quiénes deberán ser citados a la audiencia de debate.

*El juicio oral*, que se realiza sobre la base de la acusación y se desarrolla en audiencia pública, bajo los principios de oralidad, inmediación, publicidad, contradicción y continuidad. Surge un verdadero debate entre la parte que acusa y la defensa, pues se reciben las pruebas y se presentan los alegatos en un acto público que preside el tribunal o juez.

De la consulta a los códigos procesales penales del Estado de México, Chihuahua y Oaxaca, se desprende que el juicio es la etapa donde se decidirán las cuestiones esenciales del proceso, la cual, a su vez, habrá de concentrar los principios que constitucionalmente están dispuestos en el artículo 20 de nuestra carta magna y que rigen el proceso penal oral y acusatorio. Esta etapa habrá de ser substanciada, según la figura de la restricción judicial, por un juez distinto a aquél que conoció de las actuaciones que precedieron al juicio oral, por lo que no podrá integrar el tribunal de debate.

Las actuaciones previas al juicio oral las constituyen, en primer término, la resolución de apertura a juicio y el conocimiento que de ésta tenga el juez de juicio, pues una vez que se le haya hecho llegar la determinación del juez de control, o de aquel que conoció hasta antes de la etapa de juicio, según sea el caso, habrá de radicar el proceso en el tribunal del juicio oral y citar para la audiencia de debate. En el caso de los códigos de procedimientos penales de Chihuahua y Oaxaca, el término en el que deberá celebrarse la audiencia será de no menos de quince, ni más de sesenta días después de la radicación del proceso; no así el caso del Estado de México, pues su legislación adjetiva penal, en el artículo 331, dispone que el término será no menor de quince, ni mayor de treinta días después de la radicación.

Atendiendo al principio de inmediación, 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. La inasistencia de alguna de las partes producirá diversos efectos según sea el caso. Ante la incomparecencia del defensor al debate, o si se aleja de la

audiencia, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo inmediato por un defensor público, hasta en tanto el imputado designe un defensor de su elección.

En el caso de que quien no comparezca a la audiencia de debate sea el ministerio público, o si se alejare de la misma, se procederá de inmediato a su reemplazo. En el caso particular del estado de Oaxaca, el artículo 317 de su código adjetivo penal señala que el reemplazo del fiscal se hará bajo el apercibimiento de que, si no se hace en el acto de la audiencia, se tendrá por retirada su acusación. En diverso aspecto, si quien no comparece a la audiencia o se aleja de ésta es el acusador coadyuvante, se le tendrá por desistida su pretensión.

La audiencia de debate será pública, sin embargo, excepcionalmente, aun de oficio, el juez podrá resolver que se celebre total o parcialmente en privado. Si bien el principio de publicidad es de observancia obligatoria para el juzgador, existen causas que justifican su excepción, tales como: que pueda afectarse el pudor, la integridad física o la intimidad de alguna de las partes; que pueda afectarse gravemente el orden o la seguridad pública, o que peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial cuya revelación indebida sea punible.

La continuidad y la inmediación en el juicio oral permiten al juzgador, al momento de dictar sentencia, tener presente de manera directa la impresión que le causó cada una de las diligencias llevadas a cabo durante el debate. La continuidad en el juicio implica desarrollar el debate durante todas las audiencias consecutivas necesarias, sólo pudiendo suspenderse por una sola vez y por un tiempo no mayor a diez días, ya que de superar el referido término, la audiencia se considerará interrumpida y deberá realizarse de nuevo desde su inicio, declarando la nulidad de todo lo actuado en ella.

El debate será oral, así en los alegatos como en los argumentos de las partes, de igual forma serán las declaraciones de quienes participen en la audiencia y en lo atinente a la recepción de pruebas. Sólo en caso de requerirse, las resoluciones del tribunal que conozca del juicio oral serán expresadas de manera verbal con sus fundamentos, únicamente cuando la determinación del juzgador implique un acto de molestia, además de ser dictada oralmente, deberá fundarse y motivarse por escrito.

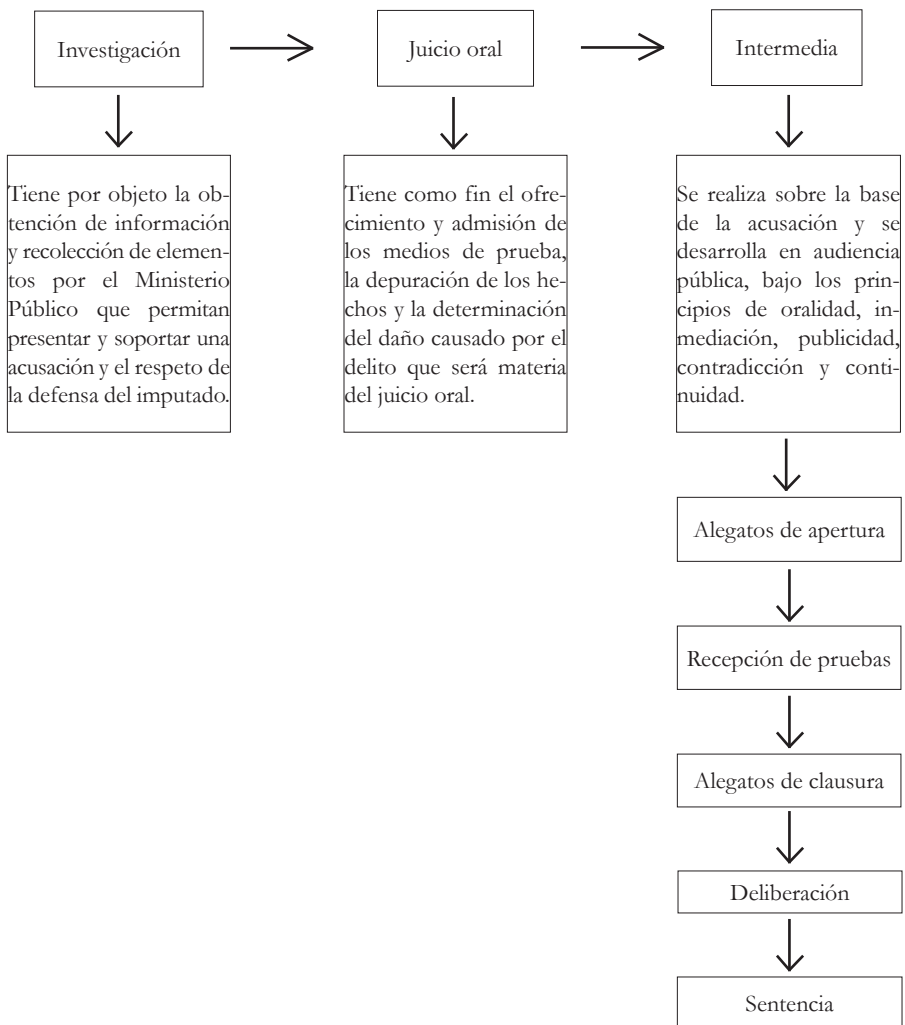
Al debate sólo podrán ser incorporadas por lectura aquellos testimonios que se hayan recibido conforme a las reglas de prueba anticipada, las documentales admitidas previamente o las actas de las pruebas que se ordenan practicar durante el juicio fuera de la sala de audiencias, quedando sin valor alguno, cualquier otro elemento convictivo que se incorpore por su lectura al juicio.

De lo dispuesto por los códigos procesales penales de Oaxaca y Chihuahua, en sus artículos 329 y 328, respectivamente, se aprecia que la dirección del debate está encomendada al juez de juicio, quien ordenará y autorizará las lec-

turas pertinentes, hará las advertencias que correspondan, tomará las protestas legales, moderará la discusión e impedirá intervenciones impertinentes. Es de señalar en este aspecto, que el código adjetivo penal de Chihuahua prevé medidas que podrá implementar el juez para preservar la disciplina en la audiencia, las que contemplan el apercibimiento, la multa, la expulsión de la sala de audiencia o el arresto.

En seguida, presentaré de forma gráfica las etapas del nuevo proceso penal oral y acusatorio:

*Etapas del nuevo proceso penal oral y acusatorio*



## VII. INCORPORACIÓN DEL JUEZ DE CONTROL EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL PENAL

El constituyente permanente autorizó la incorporación de jueces de control, a los poderes judiciales federal y local, al señalar que:

Los poderes judiciales contarán con jueces de control, que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos.

En la exposición de motivos se aclara que no se refiere al antiguo juez de instrucción, en sustitución de la autoridad persecutora del delito, por lo que la figura de jueces de control es una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental, pues establece jueces federales y locales denominados de control que se avoquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia, ello con el fin de que tales medidas se resuelvan en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y que contenga los datos requeridos.

El poder reformador estableció que el juez de control también tendrá atribuciones para conocer de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal para controlar su legalidad y, en todos los casos señalados, resguardar los derechos de los imputados y las víctimas y ofendidos.

También se determinó que al no visualizarse a corto plazo la posibilidad de que en cada ciudad haya jueces especializados en materia penal, como para asignar al menos a uno la función de control, a otro la función preparatoria, uno más para los juicios y un último para la ejecución de las sanciones penales; entonces, los legisladores establecieron un marco constitucional flexible para permitir diversas formas de organización sobre las bases del sistema acusatorio oral, tanto para el fuero federal como para el fuero común y que por ello, este tipo de jueces podrán ser los que substancien las audiencias del proceso, preliminares al juicio, ya que dependerá de la organización que las leyes establezcan pero también de las cargas laborales y los recursos disponibles en cada lugar.

VIII. BREVE ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 16,  
PÁRRAFO DÉCIMO CUARTO, CONSTITUCIONAL

La disposición jurídica que incorpora a los jueces de control al sistema de administración de justicia penal, en sus ámbitos federal y local, no tiene la claridad que en el caso se requería para identificar su naturaleza y el alcance preciso de sus atributos.

Existen por lo menos cuatro serias deficiencias:

- a) No contempla todas y cada una de las atribuciones que, según la minuta de los congresistas, corresponderán a los jueces de control.
- b) No identifica ninguna clase de instrumento o mecanismo para que los jueces de control garanticen los derechos fundamentales.
- c) No quedó perfilado el sistema de recursos que operará en caso de inconformidad con sus resoluciones.
- d) La alusión que se hace en el artículo 16 constitucional en el sentido de que los jueces de control al emitir sus resoluciones sobre medidas cautelares o técnicas de investigación, lo hagan “garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos”; proporciona muy poca información para delinear claramente el alcance de la jurisdicción que se asigna como garantes de esos derechos.

En efecto, los legisladores se concretaron a decir que “a nivel constitucional sólo deben establecerse las atribuciones fundamentales y remitir el desarrollo de las garantías a la legislación secundaria, para no sobrerregular en nuestra Constitución”; pero creo que no indicaron las bases fundamentales que permitan establecer el alcance de las competencias que tendrían los jueces de control en este rubro. A ello debe sumarse que el término control tampoco ofrece la claridad requerida para delinear la naturaleza de los jueces de control, dado que como se explicará más adelante, el significado lingüístico de esa palabra es sumamente amplio, por comprender nociones tales como “fiscalizar”, “someter”, “vigilancia”, “comprobación”, entre otras.

Esta ambigüedad crece, si se tiene en cuenta que también se determinó que los jueces de control sustituyan a los jueces de amparo, en el conocimiento de las reclamaciones provenientes del ofendido y/o las víctimas contra las decisiones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal, pero no se explica, ni se descarta, si al realizar estas atribuciones asumirán también un rol de regularidad de la Constitución similar al desplegado por los jueces de distrito en el amparo.



Esta problemática fue advertida por los especialistas del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), quienes en su proyecto de investigación sobre la implementación de la reforma procesal destacaron que:

En el diseño que define la reforma constitucional, se ha hecho referencias a las funciones propias del juez de control y del juez de juicio, como también a las posibles funciones de un Juez de ejecución y la necesidad de discusión del establecimiento de esa figura. Pero este caso involucra algunas otras consideraciones que se han mencionado y que no se encuentran reguladas en forma específica por la reforma constitucional: ¿cuál juez será encargado de resolver las impugnaciones en contra de las decisiones del Juez de control y/o del juez de juicio?

Adicionalmente, en función a que las atribuciones del juez de control serán básicamente, las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso (ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo en Jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales, ya sea diferenciando casos en los que se podrá aun disponer del amparo indirecto en proceso penales).<sup>43</sup>

El doctor Sergio García Ramírez, en su libro *La reforma penal constitucional (2007-2008) ¿democracia o autoritarismo?* menciona lo siguiente:

Es plausible la figura del juez de control, que en otros regímenes —cada uno con sus peculiaridades— se denomina juez de garantías al que se refiere el párrafo décimo tercero del artículo 16, conforme a la RC. No es admisible, en modo alguno, que las actuaciones de autoridades administrativas que operan en el procedimiento penal, específicamente en la fase de investigación —así, el Ministerio Público y la Policía—, queden a salvo del control que puede y debe ejercer el órgano jurisdiccional, conforme a la naturaleza de su misión garantizadora, en tanto aquéllas afecten derechos del individuo. Sí es plausible, en sí misma, la adopción de una figura judicial que a través de un acucioso control jurídico garantice los derechos del inculpaado y el ofendido —y por este medio afirme la pulcritud en el desempeño de la procuración de justicia—, la regulación constitucional no resulta particularmente clara, quizás porque la Ley Suprema no ofrece una articulación del procedimiento que permita establecer el curso de éste, distinguir sus etapas y precisar la intervención que en cada una de ellas tendrán las autoridades jurisdiccionales llamadas a participar. Desde luego, reconozco que la Constitución no tendría por qué fijar con detalle la estructura del enjuiciamiento. Ya hay bastantes normas reglamentarias como para que sea necesario agregar precisiones de este carácter... empero, el establecimiento de

<sup>43</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México: Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, 2008, pp. 118 y 119.

esas atribuciones fundamentales debe ser explícito y claro, sobre todo cuando se trata de incorporar novedades relevantes en un procedimiento que durante más de un siglo ha tenido características diferentes de las que pretende imprimir la RC, y aún más si se considera que a partir de las normas constitucionales comenzará la enorme etapa de construir el nuevo sistema de justicia penal, entidad por entidad, a través de decisiones legislativas autónomas que deben instalarse en cimientos uniformes, perfectamente definidos...

Entonces, era necesaria una mejor previsión, porque si bien es cierto que debe evitarse una regulación excesiva a nivel constitucional, no es menos verdad que por tratarse de una figura novedosa debió especificarse el alcance de sus atributos como garante de derechos fundamentales y, en su caso, el tipo de recursos que deben operar para el correcto funcionamiento del nuevo sistema.

En esas circunstancias, en mi opinión la norma pudo tener el siguiente diseño:

Los poderes judiciales contarán con *jueces de control de garantías* que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. *Para fundar sus resoluciones podrán invocar los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.*

*Igualmente serán competentes para controlar la legalidad de las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño. En estos casos las resoluciones de los jueces de control de garantías serán impugnables ante los Tribunales Colegiados de Circuito, a través de los recursos que establece la Ley de Amparo.*

Lo resaltado en cursivas contiene la regulación que en mi concepto debió haberse utilizado por el poder reformador para perfilar la naturaleza de los jueces de control.

- a) A la denominación de jueces de control se agregan las palabras “de garantías” para evidenciar o hacer patente su naturaleza como custodio de derechos fundamentales.
- b) De manera explícita se incorporan al texto constitucional las herramientas (principios) que pueden emplear los jueces de control de garantías para el ejercicio de sus atribuciones, específicamente, los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.
- c) Se describen íntegramente las atribuciones del juez de control de garantías para verificar la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público,

tales como omisiones en la investigación de los delitos, resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño; actos que, por corresponder a una función sustitutiva de los jueces de amparo, deberán ser impugnados a través de los recursos establecidos por la ley de la materia.

#### IX. EL JUEZ DE CONTROL O DE GARANTÍAS EN LOS PROCESOS PENALES DE COLOMBIA Y CHILE

En Colombia, el acto legislativo 03 de 2002, modificó el sistema procesal penal de ese país mediante la creación del juez de control de garantías. La Corte Constitucional de ese país al analizar las funciones de este nuevo funcionario judicial señaló:

Una de las modificaciones más importantes, que introdujo el Acto Legislativo 03 de 2002 al nuevo sistema procesal penal, fue la creación del juez de control de garantías, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea del caso, con competencias para adelantar (i) un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; (ii) un control posterior sobre las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación; (iii) un control posterior sobre las medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas; (iv) un control previo para la adopción de medidas restrictivas de la libertad y (v) decretar medidas cautelares sobre bienes; (vi) igualmente deberá autorizar cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales y que no tenga una autorización expresa en la Constitución. De tal suerte que el juez de control de garantías examinará si las medidas de intervención en el ejercicio de los derechos fundamentales, practicadas por la Fiscalía General de la Nación, no sólo se adecuan a la ley, sino además son o no proporcionales, es decir, si la medida de intervención en el ejercicio del derecho fundamental (i) es adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; (ii) si es necesaria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que ésta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.<sup>44</sup>

Como se desprende de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que una de las modificaciones más importantes al sistema procesal penal de ese país, fue la creación del juez de control de garantías, porque en estos jueces se deposita la competencia para que, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea el caso, puedan adelantar

<sup>44</sup> Sentencia C-591/05, Corte Constitucional de Colombia, p. 31.

un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; sobre las capturas o detenciones que realice la Fiscalía General de la Nación y controles sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas, entre otros controles.

La Corte Constitucional del país colombiano también destacó que los jueces de control no sólo deben verificar si las medidas de intervención engastan en la ley, sino que tiene que evaluar, conforme al principio de proporcionalidad, si el objetivo perseguido con la intervención del fiscal compensa los sacrificios que esta implica para los titulares del derecho y la sociedad, lo cual se traduce en realizar una evaluación similar, a la de los tribunales constitucionales encargados de resolver sobre la legitimidad jurídica de una restricción a un derecho fundamental.

### *Chile*

En el nuevo Código Procesal Penal Chileno, localizamos algunos preceptos que tienen interés para este trabajo, en virtud de estar referidos a los jueces de garantía y que estimo conveniente transcribir:

Artículo 9°.- *Autorización judicial previa.* Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Artículo 39.- *Reglas generales.* De las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía y el tribunal de juicio oral en lo penal se levantará un registro en la forma señalada en este párrafo.

En todo caso, las sentencias y demás resoluciones que pronunciare el tribunal serán registradas en su integridad.

El registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido.

Artículo 40.- *Registro de actuaciones ante juez de garantía.* El registro de las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía contendrá una relación resumida de la actuación, de modo tal que refleje fielmente la parte esencial de lo actuado y describa las circunstancias en las cuales la actuación se hubiere llevado a cabo.

Los intervinientes podrán pedir al juez que se deje constancia en el registro de observaciones especiales que se formularen.

Lo previsto en este artículo no se aplicará al registro de la audiencia de preparación del juicio oral, respecto de la cual regirá el artículo siguiente.

Artículo 70.- *Juez de garantía competente.* El juez de garantía llamado por la ley a conocer las gestiones a que dé lugar el respectivo procedimiento se pronunciará sobre las autorizaciones judiciales previas que solicitare el ministerio público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

Sin embargo, cuando esas actuaciones debieren efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratase de diligencias urgentes, el ministerio público también podrá pedir la autorización directamente al juez del juzgado de garantía del lugar. En este caso, una vez realizada la diligencia, el ministerio público dará cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento.

En estos preceptos queda consignado que toda actuación procedimental que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución le asegura, o bien que los restrinja o perturbe, requiere de autorización judicial previa; la cual debe ser obsequiada o denegada, en su caso, por el juez de garantía.

Las normas transcritas establecen que de todas las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía debe levantarse un registro, que contenga una relación resumida de la actuación, de modo tal que refleje fielmente el arte esencial de lo actuado y que describa las circunstancias en las cuales se produjo la actuación, entre el fiscal y el juez de garantía.

El artículo 70 de esa codificación procesal penal claramente señala que el juez de garantía es competente para conocer sobre las autorizaciones judiciales previas que le pida el Ministerio Público para realizar actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren el ejercicio de derechos asegurados por la Constitución.

Por su parte, el código orgánico de tribunales de esa nación sudamericana, en su artículo 14, inciso A, menciona que corresponderá a los jueces de garantías asegurar los derechos del imputado y de más intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal.

Estas ideas pueden ser avaladas con los comentarios de Cristián Riego y Mauricio Duce:<sup>45</sup>

De modo muy general es posible afirmar que el juez deberá habitualmente ponderar, por una parte, el legítimo interés estatal en llevar adelante la persecución estatal de una manera eficaz. Así el juez debe considerar desde esta perspectiva que los fiscales son quienes intentan dar cumplimiento a las reglas de convi-

<sup>45</sup> Riego R. Cristián, y Duce, Mauricio, “La Etapa de Investigación en el Nuevo Proceso Penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, p. 118.

vencia que nos hemos dado democráticamente por la vía de su aprobación en el parlamento y desarrollan esta actividad en nombre del conjunto de la comunidad, la que los ha comisionado para tal tarea. Por lo tanto, debe el juez permitirles ejercer su función razonablemente. Por otra parte, el sujeto afectado es un ciudadano que goza de todos los derechos que la Constitución establece a su favor, los cuales, en principio, no deberían ser afectados en modo alguno por la mera existencia de una imputación en su contra. Esta persona se encuentra especialmente protegida por la garantía de la presunción de inocencia que predica precisamente el deber del Estado de tratar a quien no ha sido condenado como inocente. Es decir, el juez debe procurar limitar al máximo cualquier perturbación, restricción o privación de los derechos del imputado dado que sólo al final del proceso se establecerá si existe o no base legítima para establecer esos efectos por medio de la pena.