

## *Capítulo segundo*

### NATURALEZA Y FUNCIONES DE LOS JUECES DE CONTROL

La norma constitucional que incorpora a los jueces de control al sistema de justicia penal, no tiene la claridad requerida para identificar sus características y tampoco fija el alcance de todas y cada una de sus atribuciones; por lo que esta investigación se propone dar a conocer cuáles son los roles que van a desarrollar estos nuevos jueces, ya sea, como jueces de control de garantías o como jueces de conocimiento o preparación del juicio oral, por ser éstos los dos ámbitos fundamentales de sus competencias.

También es preciso ofrecer, desde este ámbito académico, algunas propuestas que puedan orientar la importante función que se asigna a los jueces de control, para que, al controlar la investigación de los delitos, lo hagan garantizando los derechos de los imputados, las víctimas y los ofendidos. Como hemos visto, que la norma constitucional no identifica ningún mecanismo o instrumento para que los jueces de control cumplan su función garantista.

Esto obliga a conocer el alcance del término “control”, que califica la función de los nuevos jueces y adentrarse al estudio de algunos principios constitucionales, explícitos e implícitos vinculados con el nuevo procedimiento penal acusatorio.

Éstos son los propósitos de este nuevo capítulo.

#### I. SIGNIFICADO LINGÜÍSTICO Y JURÍDICO DEL CONCEPTO CONTROL

El constituyente permanente ha instruido al Poder Judicial de la Federación y a los poderes judiciales locales para que modifiquen su estructura orgánica e incorporen jueces denominados de “control” para que intervengan en el nuevo proceso penal acusatorio.

El Diccionario de la Real Academia Española otorga a la palabra control los siguientes significados: “comprobación”, “inspección”, “fiscalización”, “intervención”, “dominio”, “mando”, “preponderancia”.

Manuel Aragón, explica que desde un punto puramente lingüístico, la palabra “control”:

Proviene del término latino-fiscal medieval *contra rotulum*, y de ahí pasó al francés *contre-rôle* (*contrôle*), que significa, literalmente, “contra-libro”, es decir “libro-registro”, que permite contrastar la veracidad de los asientos realizados en otros. El término se generalizó, poco a poco, hasta ampliar su significado al de “fiscalizar”, “someter”, “dominar”, etcétera. Aunque suele decirse que en el idioma inglés “control” se refiere a dominio, a diferencia de lo que ocurre en francés, en el que el término se restringe más bien a “comprobación”, lo cierto es que la amplitud del significado se manifiesta en ambos idiomas, y en otros. En inglés significa “mando”, “gobierno”, “dirección”, pero también “freno” y “comprobación”; en francés, “registro”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “dominio” y “revisión”; en alemán (*kontrolle*), “comprobación”, “registro”, “vigilancia”, pero también “intervención”, “dominio” y “revisión”; en italiano (*controllo*), “revisión”, “inspección”, “verificación”, pero también “vigilancia”, “freno” y “mando”.

Manuel Aragón agrega que si de ese análisis letrístico, pasamos al examen de la utilización que de la palabra se hace en las normas jurídicas, la pluralidad del significado no desaparece, porque el término control suele encontrarse referido a fenómenos muy diversos (control parlamentario, judicial, administrativo, etcétera); pero, sin embargo, esta variedad de significaciones, que puede obligar a la elaboración de una pluralidad de conceptos de control no impide aprehender a éste en un único sentido. Bajo las diversas formas (parlamentaria, judicial, social, etcétera) del control del poder y bajo las diversas facetas (freno, vigilancia, revisión, inspección, etcétera) que tal control puede revestir, late una idea común: hacer efectivo el principio de la limitación del poder. Todos los medios de control en el Estado constitucional están orientados en un solo sentido, y todos responden, objetivamente, a un único fin: fiscalizar la actividad del poder para evitar sus abusos.<sup>46</sup>

Carla Huerta Ochoa, explica que en los diccionarios la palabra control no se define como actividad, sino que se explica por medio de sinónimos, algunos de los cuales aluden a actividades tales como revisar, verificar, comprobar; pero que sin embargo, en el contexto jurídico la palabra control no se constrañe a supervisar las actividades de otros o las propias, sino que simultáneamente establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder; es decir, que se acaten las limitaciones establecidas.

El control es necesario, dice esta autora, por exigencia propia de la naturaleza del poder político para mantener su estabilidad y que el control existe porque de otra manera sería posible atentar en contra de derechos fundamen-

<sup>46</sup> Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 121 y 122.

tales que deben ser protegidos, y no se puede permitir a los gobernantes el ejercicio arbitrario del poder. Para Carla Huerta, el control es el conjunto de medios que garantizan las limitaciones establecidas al ejercicio del poder; la forma en que se asegura la vigencia de la libertad y de los derechos fundamentales del ser humano. El control es un sistema de vigilancia que asegura la observancia del sistema jurídico.<sup>47</sup>

Estas ideas aunque referidas al control político, son útiles para vislumbrar la naturaleza fiscalizadora que deben realizar los jueces de control sobre la autoridad persecutora de los delitos.

El artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional expresamente prevé que los jueces de control deben resolver las solicitudes del Ministerio Público sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, lo cual es demostrativo, en principio, de que las figuras del juez de control y el Ministerio Público no se identifican o confunden, sino que sus funciones y finalidades son diversas.

El juez no indaga, ni recopila pruebas para el juicio oral sino que resuelve y a la vez controla, verifica o inspecciona, que la actividad del Ministerio Público respete los derechos fundamentales del imputado, el ofendido y la víctima.

En efecto, bajo el nuevo esquema procesal penal, la función del juez de control no estriba en dirigir el curso de la investigación, sino en supervisar la actuación del Ministerio Público para garantizar los derechos de los imputados, víctimas u ofendidos, y en esa medida el juez de control desarrolla sus atribuciones constitucionales, en forma paralela al proceso criminal que se desenvuelve conforme al impulso del Ministerio Público, el imputado y las víctimas u ofendidos.

Por tanto, la reclamación que pueden formular el imputado, la víctima u ofendido, respecto a la posible afectación a sus derechos, es de tipo incidental, en la medida que según esta alternativa, los sujetos legitimados formulan su impugnación ante el juez de control en el curso del proceso de investigación o preparación del juicio en el que se trate de aplicar cualquier acto o determinación del Ministerio Público que represente una injerencia o lesión de sus derechos fundamentales.

La legitimación activa para hacer valer una reclamación ante el juez de control corresponde al imputado, a la víctima u ofendido, por ser ellos los titulares de los derechos fundamentales que pueden verse vulnerados por la actuación del Ministerio Público.

<sup>47</sup> Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 35-38.

El interés para obrar viene determinado por la lesión o injerencia en sus derechos fundamentales, que debe ser, en líneas generales, personal y directo, como es requerido para la acción de amparo.

En esa medida, los jueces de control deberán cumplir funciones de vigilancia, para asegurar la observancia del sistema jurídico representado por el procesamiento penal. Y son, en palabras de Manuel Aragón, el vehículo por medio del cual se tratarán de hacer efectivas las limitaciones del poder, en el caso, el poder punitivo del Estado ejercido a través del Ministerio Público.

## II. EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL EN MEDIDAS CAUTELARES, PROVIDENCIAS PRECAUTORIAS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

El artículo 16, párrafo decimocuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incorporó la figura de los jueces de control, en los términos siguientes:

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

Pasemos entonces al estudio de las atribuciones del juez de control para conocer sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación.

## III. MEDIDAS CAUTELARES (GENERALIDADES)

Héctor González Chévez considera que las medidas cautelares son resoluciones adoptadas por el juzgador o por la autoridad administrativa, con la finalidad de asegurar la efectividad de la resolución definitiva que se pronuncie en el proceso principal, o para evitar que durante la pendency del proceso se puedan producir daños de imposible reparación.

Este jurista menciona que generalmente la legislación procesal penal en México no hace una distinción clara entre los conceptos de medidas cautelares y medidas precautorias, pues en algunos ordenamientos procesales se utilizan indistintamente, como sucede con el actual Código Federal de Procedimientos Penales.

Para González Chévez las medidas cautelares en materia penal, son garantías constitucionales de carácter procesal, que se adoptan por el órgano juris-

diccional o por la autoridad administrativa destinadas a garantizar provisionalmente la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, así como a evitar que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia e impedir que obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso y a salvaguardar la integridad personal de las víctimas u ofendidos o el pago de la reparación de daños; asimismo, orientadas a evitar que se originen daños de imposible reparación a la sociedad o a los derechos sustantivos del imputado. Determinadas por el peligro o la urgencia que supone el inevitable retardo de la resolución definitiva, por el devenir temporal del proceso.<sup>48</sup>

Por su parte, Peláez Sanz y Bernal Neto<sup>49</sup> explican que las medidas cautelares penales participan de los mismos caracteres de los adoptados en el proceso civil: instrumentalidad (no constituyen un fin en sí mismas, sino que están vinculadas a la sentencia que en su día pueda dictarse), provisionalidad (no son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas) y homogeneidad (debe ser semejante o parecida a la medida ejecutiva que en su día debe acordarse para la efectividad de la sentencia).

Los dos autores antes citados explican que de acuerdo con la mayoría de la doctrina, los actos procesados cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tienden a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio, a los primeros se les llama actos o medidas cautelares personales y a los segundos actos cautelares reales.

Las medidas cautelares personales son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral.

En tanto que las medidas cautelares reales o patrimoniales son aquellas que tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal.

Una de las medidas cautelares de mayor importancia es la prisión preventiva de cuyo examen me ocuparé enseguida.

<sup>48</sup> González Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Coyoacán, 2009, pp. 17 y 70.

<sup>49</sup> Peláez Sanz, Francisco y Bernal Neto, Juan Miguel, "Artículos Doctrinales: Derecho Procesal Penal", consultado en: <http://noticias.juridicas.com/extras/print.php?doc=../articulos/65Derecho%Procesal%2...>

### 1. *La prisión preventiva*

Para José Luis Embriz Vásquez y Juan David Pastrana Berdejo, la prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, que tiene lugar cuando otras medidas no son suficientes para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena. Implica en la privación de la libertad de una persona física que ha cometido un hecho delictivo que amerita pena corporal —privativa de libertad— por un tiempo definido y breve que no podrá exceder de dos años, ordenada por un juez competente en proporción a la necesidad de garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad y que se ejecuta ingresando al imputado en un centro preventivo y de readaptación social.<sup>50</sup>

Ahora, como ya se indicó en el capítulo anterior, los legisladores manifestaron su intención de disminuir la aplicación de la prisión preventiva. Los grupos parlamentarios de los partidos de la Revolución Democrática, Convergencia y del Trabajo destacaban que la prisión preventiva debe usarse solamente para prevenir o cautelar ciertos riesgos que de actualizarse impedirían o dificultarían el juzgar a una persona; así como cuidar el desarrollo de la investigación o para eliminar el riesgo de que se vean afectados la integridad o la vida de víctimas o testigos; por lo que es una medida que debe tener siempre un carácter excepcional, provisional y proporcional.

Estas ideas son acordes con la naturaleza de un sistema penal acusatorio, en el que efectivamente, la libertad del inculcado durante su procesamiento es la regla general y la detención es la excepción, ya que a la aplicación de la prisión preventiva se amplía la posibilidad de defensa y se privilegia el principio de presunción de inocencia.

Con base en estos antecedentes, se aprobó el párrafo segundo del artículo 19 constitucional en los siguientes términos:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la

<sup>50</sup> Embriz Vásquez, José Luis y Pastrana Berdejo, Juan David, “Tópicos de la Prisión Preventiva”, *Arresto y prisión preventiva, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, México, Flores, 2010, p. 103.

ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Así las cosas, la prisión preventiva en nuestro sistema acusatorio, no tiene un carácter abiertamente excepcional, porque se seguirá aplicando para delitos que el poder reformador ha conceptualizado como graves. Esta norma limita claramente la discrecionalidad o arbitrio del juez de control para decidir cuál o cuáles medidas cautelares son las adecuadas y necesarias en cada caso. La prisión preventiva oficiosa atiende simplemente a la naturaleza del delito y a los bienes jurídicos tutelados, pero prescinde de considerar el comportamiento o antecedentes de vida de la persona involucrada en el evento delictivo o las circunstancias específicas del hecho delictivo, lo que la torna de entrada injusta.

En el Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación, la Comisión Nacional de los Tribunales Superiores de los Estados consideró que es posible establecer la facultad del juez de control para valorar la necesidad de la prisión preventiva, aunque se trate de delitos graves. Se sugirió que de estimarlo procedente, las legislaturas locales podrían utilizar la siguiente redacción: “El juez, aun de oficio, impondrá la medida cautelar de prisión preventiva *cuando lo estime necesario* y se cumplan los requisitos previstos en los artículos precedentes, en los casos en que se investigue homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos y delitos contra el libre desarrollo de la personalidad”(énfasis añadido).<sup>51</sup>

No obstante, si se revisa el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, publicado en febrero de 2009, incorpora el proceso penal acusatorio y se advierte que no se siguió esa recomendación. En el artículo 194 de esa codificación se establece la procedencia de la prisión preventiva en los términos del texto constitucional y, además, se hace extensiva para la tentativa en los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro.<sup>52</sup>

La tendencia de ampliar el catálogo de delitos “graves”, había sido ya advertida por Ovalle Favela, quien señaló:

El intento inicial de los autores de la reforma de señalar específicamente los delitos en los cuales el juez deba ordenar de oficio la prisión preventiva, finalmente se pierde al regresar al concepto de ‘delitos graves’ que determine la ley, pues

<sup>51</sup> Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, *Código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación*, p. 72.

<sup>52</sup> “Artículo 194. Procede la prisión preventiva en los siguientes casos: A. De oficio: 1. Cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro, y su comisión en grado de tentativa...”.

los bienes jurídicos que se enumeran son tan amplios que permiten al legislador ordinario incrementar considerablemente la lista de los delitos graves.<sup>53</sup>

También por García Ramírez, quien ha señalado que:

La Reforma Constitucional ha incurrido en el desacierto de prever algunos supuestos de “prisión preventiva forzada” inexorable —aunque no utiliza estos términos—, y con ello ha caído nuevamente en inconsecuencia con reglas internacionales sobre la materia, y desde luego con la orientación misma de la medida cautelar conforme a los principios que informan la mejor parte de la legislación nacional... El uso del giro “delitos graves” y la interpretación que esto ha tenido constituyen una fuente de problemas y excesos notorios... Por otra parte, las nociones “libre desarrollo de la personalidad” y “salud”, que aparentemente identifican bienes jurídicos sujetos a tutela penal, son en sí sumamente amplias, pueden dar acomodo a múltiples figuras delictivas, a discreción del legislador secundario.<sup>54</sup>

Así, la intención del poder reformador de disminuir el número de procesados en prisión preventiva, resultó ilusoria, porque se introdujo la figura de la prisión preventiva de oficio, y quedó abierta la potestad para que el Congreso de la Unión y las legislaturas locales aumenten el número de delitos graves. Eso fue lo que hizo la legislatura del Estado de México al considerar que los delitos de homicidio doloso, violación y secuestro en grado de tentativa, ameritan también dicha medida restrictiva de la libertad.

Dicho lo anterior, volvamos al examen de la parte inicial del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, el cual señala que el Ministerio Público “sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso...”, lo que es indicativo, que tal solicitud quedará sujeta a la ponderación del juez de control y no necesariamente a la solicitud del fiscal.

En el caso de que el imputado, concomitantemente sea procesado por diversa causa o que previamente haya sido condenado por la comisión de un delito doloso; el juez de control será el único facultado para determinar si procede aplicar la prisión preventiva en lugar de otra medida menos gravosa, porque

<sup>53</sup> Ovalle Favela, José, “Las reformas a los artículos 16 y 19 de la Constitución Política”, en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *op. cit.*, p. 295.

<sup>54</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 5, pp. 104 y 105.



la reforma constitucional establece que el Ministerio Público “podrá” solicitar al juez; lo que es indicativo que la decisión corresponde al juez; a diferencia de lo que sucede con la prisión preventiva oficiosa, en la que tajantemente se dispone que el juez ordenará para los casos ahí reglamentados.

En relación con lo anterior, es plausible que el juez de control niegue la prisión preventiva si el delito conexo o anterior, aunque doloso, sea o haya sido de cuantía mínima o que el bien jurídico tutelado haya sufrido una mínima afectación o si ha transcurrido un tiempo prolongado desde que se ejecutó el delito. Debe privilegiarse la libertad y no la reclusión provisional en estos casos.

En efecto, si el Ministerio Público quiere pedir que se utilice la prisión preventiva, por estimar que se está en algunos de los supuestos antes indicados, deberá elevar su solicitud al juez de control para que sea éste quien, en el marco de una audiencia oral, con intervención de la defensa resuelva en definitiva.

En este contexto, la medida se justifica cuando en concreto, en la causa específica que se tramita, se presenten circunstancias igualmente concretas que exijan la adopción de esa medida cautelar, y para la apreciación de las mismas es ineludible que el juzgador deba tomar en consideración las pruebas existentes, la naturaleza de los hechos atribuidos, así como el comportamiento del acusado. El juez de control no puede contentarse con decir que sospecha de la fuga del acusado, sino que debe exponer en concreto en qué se basan esas sospechas, y para hacerlo, debe referirse indefectiblemente a las pruebas existentes en la causa y a cualquier otra evidencia derivada del comportamiento del imputado que respalde ese juicio.

En el trabajo desarrollado por el CEJA,<sup>55</sup> se indica: si el Ministerio Público quiere solicitar una prisión preventiva, y pide una audiencia a ese efecto, debe mostrar al juez de control, en presencia de la defensa, al menos los siguientes aspectos:

- Que ha sucedido un hecho que constituye un delito.
- Que el imputado es con probabilidad el autor de ese hecho o tiene al menos algún grado de participación.
- Que existe el peligro de fuga, obstaculización de la investigación, reincidencia.
- Que la prisión preventiva es la única medida que puede impedir que ese peligro se cumpla y con ello se frustre el proceso penal.

<sup>55</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 50.

Los investigadores del CEJA agregan que sobre cada uno de esos cuatro aspectos el Ministerio Público deberá pronunciarse en forma concreta, aportando información sobre la base de la investigación que venga realizando con el objeto de mostrarle al juzgador la solidez de su pretensión.

Por su lado la defensa tendrá la posibilidad de contradecir cada uno de los puntos y afirmar por ejemplo, que una medida menos gravosa basta para el control del imputado mientras se desarrolla el juicio oral.

El artículo 19 constitucional establece también, que “la ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso”.

Esto es, existe la posibilidad de que cambien las circunstancias o condiciones, bajo las cuales se autorizó la libertad en lugar de la prisión preventiva; lo que dará lugar a que el Ministerio Público solicite la revocatoria de la libertad del imputado; pero esa revocación, quedará, desde luego, sujeta a la determinación del juez de control.

La Constitución puntualiza igualmente, que la prisión preventiva no podrá exceder del tiempo máximo de pena que la ley fija al delito motivo del proceso y que en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Pero que si cumplido ese término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

Es decir, se ordena la libertad pero ésta no tiene el alcance de exonerar al enjuiciado, sino únicamente se le deja en libertad mientras se resuelve en definitiva el asunto.

En consecuencia, el juez de control deberá fijar la medida cautelar adecuada y necesaria para asegurar la presencia del imputado en el proceso penal.

## 2. *Arraigo*

Al acudir al Diccionario Jurídico Mexicano,<sup>56</sup> se localiza la siguiente definición de arraigo:

Arraigo. I. (Acción y efecto de arraigar; del latín *ad y radicare*, echar raíces). En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda... Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin

<sup>56</sup> 10a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte...

El Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 133 Bis (según reforma del DOF del 23 de enero de 2009), dispone que:

La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia...

Esta disposición es similar al contenido del párrafo octavo del artículo 16 constitucional que establece:

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

De lo expuesto, es válido afirmar que la orden de arraigo domiciliario, según la norma constitucional constituye una medida cautelar ordenada por la autoridad judicial (federal o local), a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, (el Código Procesal Penal menciona “delitos graves”) en los casos limitativos siguientes:

- a) Que sea necesario para el éxito de la investigación
- b) Que sea necesario para la protección de personas o bienes jurídicos; o
- c) Existe el riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia.

El arraigo, es sin duda la medida cautelar personal que ha recibido el mayor número de críticas por parte del foro y de los organismos protectores de los derechos humanos, porque se le considera abiertamente transgresor del principio de presunción de inocencia.

En la exposición de motivos se argumentó que es una medida de gran utilidad porque se aplica a sujetos que viven en clandestinidad o no residen en el

lugar de la investigación, pero especialmente cuando los investigados pertenecen a estructuras criminales que con relativa facilidad pueden evadir los controles migratorios u obstruir el trabajo de investigación o afectar a los órganos de prueba.

Pero esas justificaciones no parecen suficientes. El arraigo procede sin que se encuentren justificados los requisitos mínimos sobre la existencia del delito o sobre la participación del arraigado. Esto ocasiona que en muchos casos el arraigado sea puesto en libertad, después de cumplir el plazo, sin que queden claras las razones de su detención y posterior liberación, lo que debilita la credibilidad de la autoridad investigadora, y por otro lado, lastima la dignidad del arraigado.

La Organización de las Naciones Unidas, según ha informado la prensa nacional, demandó al gobierno mexicano eliminar la figura del arraigo, porque esa figura prevé la posibilidad de detener a una persona sin cargos durante un máximo de 80 días, sin ser llevado ante un juez y sin las necesarias garantías jurídicas.

El Comité de Derechos Humanos señala que: “Lamenta la falta de información sobre el tipo y número de pruebas necesarias para una orden de arraigo”, y subrayó el peligro que corren las personas detenidas con este precepto de ser sujetas a malos tratos.<sup>57</sup>

El actual consejero de la judicatura federal, magistrado César Esquinca Muñoz, en las Jornadas de Justicia Penal, expresaba su preocupación por la figura del arraigo en los siguientes términos:

En contrapartida, preocupa desde el punto de vista de la defensa que en el artículo 16, párrafo séptimo, se legitime el arraigo de una persona decretado por autoridad judicial a petición del Ministerio Público, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale y sin que pueda exceder de 40 días, prohibición que la propia norma exceptúa al prevenir que podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen, sin exceder los 80 días.

La preocupación deriva de que el arraigo implica, nos guste o no, la aplicación de una pena anticipada para efectos de investigar la responsabilidad del imputado en un hecho delictivo, lo que por otra parte contradice abiertamente el principio de presunción de inocencia. No obsta en contrario que esta desafortunada figura se vincule con delitos de delincuencia organizada, cuenta habida que la experiencia demuestra la ligereza con la que este concepto se maneja y que en la práctica lleva, con el pretexto precisamente de tratarse de delincuencia organizada, de la detención hasta por 90 días al término de los

<sup>57</sup> *Milenio*, 27 de marzo de 2010: <http://www.milenio.com/node/410762>.

cuales, en no pocos casos, el arraigado es dejado en libertad por no contarse con elementos demostrativos de su culpabilidad, sin que se le pueda resarcir de los días que permaneció privado de su libertad, que se convierte así en una pena anticipada impuesta sin justa causa. No está por demás mencionar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por estas y otras razones, ha considerado inconstitucional la figura del arraigo.<sup>58</sup>

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, por mayoría de cinco votos, determinó que el arraigo penal, previsto en el artículo 122 Bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua de vigencia anterior que lo establecía, violaba la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución federal, fundamentalmente, porque si bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite excepcionalmente la afectación de la libertad personal del gobernado, también es cierto que en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica; en tanto que el precepto tildado de inconstitucional viola aquellas garantías, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el delito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detección con un auto de formal prisión, en el que se le den a conocer los pormenores del delito, ni oportunidad de ofrecer pruebas.<sup>59</sup>

Lo cierto es que el constituyente permanente la incluyó en la reforma penal y difícilmente podrá ser tildada de inconstitucional, porque hasta donde se tiene noticia, en nuestro sistema jurídico nacional sólo es susceptible de impugnación el procedimiento de reformas constitucionales, mas no así, el contenido de las normas constitucionales adicionadas o reformadas.<sup>60</sup>

<sup>58</sup> Esquinca Muñoa, César, *La defensoría pública federal*, México, Porrúa, 2003, pp. 329 y 330.

<sup>59</sup> Tesis P.XXII/2006, ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

<sup>60</sup> En una tesis de diciembre de dos mil nueve, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, determinó que el Poder Reformador es un órgano complejo limitado y sujeto necesariamente a las normas de competencia establecidas en el

En esas circunstancias no hay posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación confronte directamente el arraigo contra el principio de presunción de inocencia, porque lo único que puede revisarse es el procedimiento reformativo.

No obstante, la utilización de esta medida puede atemperarse en la medida de las exigencias que vayan imponiendo los jueces de control al Ministerio Público. Si la ley hace referencia a la noción de necesidad para el éxito de la investigación o que es necesaria para la protección de personas o bienes jurídicos, o evitar la fuga del indiciado, es posible exigir algún tipo de evidencia que justifique aquella necesidad, que demuestre al menos indiciariamente, que el inculcado se sustraerá de la acción de la justicia. Aquí contarán en mucho los antecedentes y *modus vivendi* del que es indiciado sin que baste el simple argumento del fiscal.

Los jueces de control, deberán no sólo verificar que se trata de un hecho vinculado a la delincuencia organizada o que simplemente es necesario el arraigo para el éxito de una investigación; sino verificar si efectivamente existe tal necesidad, esto es, deberán abordar el examen de la proporcionalidad para decidir si es estrictamente necesaria esa medida.

### 3. Otras medidas cautelares personales

Al momento de elaborar este trabajo, no se cuenta con la legislación procesal penal federal que permita conocer cuáles serán las medidas cautelares, no privativas de libertad, que existirán en los juicios penales orales de rango federal.

En cambio, ya están en vigor algunas codificaciones locales que instrumentan el proceso penal oral y acusatorio, y que por tanto, contienen disposiciones sobre medidas cautelares.

Para fines simplemente didácticos, acudiremos al Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en el que se enlistan las siguientes medidas de aseguramiento sin restricción de libertad:<sup>61</sup>

texto constitucional, y que entonces es jurídica y constitucionalmente posible ejercer medios de control constitucionales contra la eventual actuación violatoria de las normas del procedimiento reformativo. Tesis aislada P.LXXXV/2009, PODER REFORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATIVO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 14.

<sup>61</sup> El Código Modelo de Procedimientos Penales y los Códigos Procesales Penales

- a) La exhibición de una garantía económica.
- b) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez, sin autorización.
- c) La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informe regularmente al juez.
- d) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe.
- e) La colocación de localizadores electrónicos, sin que pueda mediar violencia o lesión a la dignidad o integridad física del imputado.
- f) La reclusión domiciliaria, con o sin vigilancia.
- g) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.
- h) La prohibición de convivir o comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- i) La separación inmediata del domicilio cuando se trate de agresiones a mujeres y niños o delitos sexuales y cuando la víctima u ofendido conviva con el imputado.
- j) La suspensión provisional en el ejercicio del cargo, profesión u oficio, cuando se atribuya un delito cometido con motivo de estos, siempre y cuando aquél establezca como pena la inhabilitación, destitución o suspensión.
- k) La suspensión de derechos vinculados al hecho, cuando exista riesgo fundado y grave de que el imputado reitere la conducta objeto de imputación.
- l) Internamiento en instituciones de salud, en los casos en que el estado físico o mental del imputado así lo amerite.

Las medidas cautelares alternativas tienen como finalidad sustituir a la prisión preventiva por ser menos gravosa. La aplicación de alguna o algunas de estas medidas, a solicitud del Ministerio Público, por parte de los jueces de control, quedará sujeta también, a los subprincipios vinculados al principio de proporcionalidad, es decir, la idoneidad, necesidad, y proporcionalidad en sentido estricto (razonabilidad) de la implementación de las mismas. Esto implica que el juez de control podrá imponer una sola de las medidas cautelares personales o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, para lo que deberá además observar el principio de dignidad humana, como objetivamente lo precisa el inciso *e* con la colocación de localizadores electrónicos.

de los Estados de Chihuahua y Oaxaca, son coincidentes en general con las medidas que aquí se transcriben.

Es importante destacar que la aplicación de alguna o algunas de estas medidas, puede servir como forma alternativa a la prisión provisional. El juez de control, en lugar de autorizar la prisión preventiva (medida más gravosa) puede optar por imponer por ejemplo, la exhibición de una fianza y si es necesario, la colocación de localizadores electrónicos; medidas siempre preferibles a la reclusión preventiva, porque esta última acarrea serios perjuicios de carácter personal, familiar, profesional y social al imputado.

Para la aplicación de cualquiera de estas medidas se requiere haya sido formulada la imputación y que existan datos que acrediten el hecho delictuoso y hagan probable la responsabilidad del imputado.

Así lo disponen los artículos 192 y 192.1 del Código de Procedimiento Penales del Estado de México.

Conforme el artículo 196 de esa misma codificación la resolución relativa a medida cautelar contendrá:

Artículo 196. La resolución que imponga una medida cautelar contendrá:

- I. Los datos personales del imputado y los que sirvan para identificarlo.
- II. La enunciación del hecho o hechos delictuosos que se le atribuyen y su preliminar calificación legal.
- III. La medida cautelar y las razones por las cuales se aplica y.
- IV. La fecha en que vence el plazo máximo de vigencia de la medida”.

#### 4. *Medidas cautelares de carácter real*

Esta atribución, se desprende del contenido al artículo 20 constitucional, Apartado C, fracción VI, que establece entre los derechos de las víctimas o de los ofendidos “solicitar las medidas cautelares necesarias para la protección y restitución de sus derechos”.

En la fracción III del ordinal 2o. del Código Federal de Procedimientos Penales (última reforma publicada el 24 de octubre de 2011 en el DOF), se contemplan correctamente como medidas precautorias, el aseguramiento y el embargo, pues aun cuando en dicha hipótesis normativa se introduce también el arraigo, en realidad éste constituye una medida cautelar y no propiamente una providencia precautoria.

Pues bien, a través del aseguramiento, la representación social impide que se alteren, destruyan o pierdan los indicios, huellas o vestigios del hecho delictuoso y, en general, cualquier prueba sobre la comisión del mismo, así como los instrumentos, objetos o productos del delito, tal como se desprende de los artículos 123, 133 Ter y 181 del mismo cuerpo de leyes invocado.

En esta parte es pertinente destacar que el aseguramiento de bienes es una medida precautoria que puede decretar el Ministerio Público sin necesidad de



acudir ante la instancia judicial, tal como se aprecia de la redacción empleada en los artículos 123 Quater, 181, 182, 182-A y 182-H del código adjetivo penal federal.

De conformidad con el diverso numeral 182-L los inmuebles que se aseguren podrán ser restituidos de manera provisional a sus propietarios, poseedores o alguno de sus ocupantes, siempre y cuando no se afecte el interés social ni el orden público; empero, tienen como restricción la imposibilidad de enajenar o gravar los inmuebles a su cargo, y en caso de que generen frutos o productos, estarán obligados en los términos de los artículos 12 y 15 de la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público.

En cambio, el embargo se practica sobre los bienes del indiciado o procesado, con el propósito de garantizar el pago o cumplimiento de la reparación de los daños que, probablemente el juzgador determine en la sentencia. No obstante cuando el inculcado u otra persona en su nombre otorguen caución bastante, a juicio del órgano jurisdiccional, para asegurar la satisfacción de la responsabilidad de los daños y perjuicios causados, el embargo se puede negar o levantar el que se haya decretado (artículo 149 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Cabe agregar que el Ministerio Público no es el único que puede solicitar se dicten providencias precautorias, ya que también la víctima o el ofendido lo puede hacer cuando, a través de ellas, pretenda proteger sus bienes, posesiones o derechos, contra todo acto de intimidación, represalia o daño posible, o cuando existan datos suficientes que demuestren que pudieran ser afectados por los probables responsables del delito o por terceros implicados o relacionados con el inculcado.

Este tipo de medidas tiene mayor aplicación en el ámbito del fuero común, por la incidencia de delitos contra el patrimonio (despojo, robo, abuso de confianza) en los que el sujeto pasivo es desposeído o desapoderado, de algún bien a consecuencia directa de la infracción penal.

En estos casos, el juez de control cautelarmente puede ordenar la entrega provisional de lo que ha sido objeto de apoderamiento o desposeimiento ilícito, mientras el juicio oral se resuelve en definitiva, con lo que se adelanta la eventual reparación del daño.

##### 5. *Técnicas de investigación*

En el artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional, como ya se ha visto, se establece 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; sin embargo, si se revisa el Código Federal de Procedimientos Penales, actualmente en vigor, u otras codificaciones de las entidades federativas, no aparece una clara definición de lo que debemos entender por técnicas de investigación de la autoridad.

Esta visión es compartida por Jorge Arturo Yáñez Romero, quien expone que desde la formulación constitucional de la función investigadora del delito a cargo del Ministerio Público y su auxiliar policía investigadora o judicial, en la Constitución de 1917 hasta el tiempo actual, la función de investigación de los delitos no ha sido suficientemente fundamentada, ni formalizada en términos jurídicos, científicos, administrativos, técnicos, ni metodológicos, ya que no existe una definición ni una descripción en la cual explique en qué consiste la investigación o medios de ésta y cuáles son las técnicas de investigación. Agrega, por ejemplo que el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 124, atribuye absoluta discrecionalidad al juez, ministerio público y policía judicial para usar los medios de pruebas que crean pertinentes para el esclarecimiento de la verdad aunque no sean de los que define y detalla el propio código; situación que desde su punto de vista se traduce en un argumento clave para comprender y reconocer que en la lógica judicial del modelo procesal, los resultados (datos, informes, indicios) de la aplicación de cualquier medio de investigación tendrán que ser reducidos, traducidos o materializados bajo la forma de los medios de prueba definidos en el Código, porque ya sea que se apliquen técnicas formales o informales, científicas o técnicas, la clave es que puedan adoptar las formas probatorias predefinidas.<sup>62</sup>

Por su parte Héctor González Chévez, explica con claridad la distinción que existe entre medidas cautelares y técnicas de investigación, en los términos siguientes:

En el proceso penal se observan diversas medidas adoptadas generalmente por el órgano jurisdiccional utilizadas como técnicas de investigación, particularmente tratándose de delincuencia organizada, tales como: la intervención de comunicaciones privadas; intervención de cuentas bancarias y estados financieros; auditorías fiscales con fines de investigación penal; la infiltración de agentes encubiertos; la reserva de las actuaciones de la averiguación previa; la reserva de la identidad de testigos; las órdenes de cateo; los beneficios a copartícipes que colaboren con la investigación, o la recompensa a delatores.

Es cierto que las técnicas de investigación antes referidas en la mayoría de los casos comparten, junto con las medidas cautelares penales las características de éstas como su provisionalidad, revocabilidad, instrumentalidad, urgencia y se

<sup>62</sup> Yáñez Romero, José Arturo, *La policía de investigación: entre las técnicas de investigación y las pruebas judiciales*, México, Ubijus, 2010, pp. 80 y 81.

adoptan ante la presencia de indicios suficientes que hagan presumir fundadamente la comisión de un delito y la probable responsabilidad, sin embargo dichas técnicas de investigación tiene como fin común identificar fuentes de prueba y obtener información que puedan ser utilizadas como medios probatorios en el proceso penal, lo cual no es finalidad que persigue en el proceso con las medidas cautelares penales, éstas son: evitar que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia, garantizar su presencia en el proceso para los fines probatorios, impedir que obstaculice el normal desarrollo de la investigación o el proceso y garantizar la integridad o seguridad de las víctimas u ofendidos, testigos o peritos, así como garantizar la reparación de daños y en su caso impedir que se originen daños de imposible reparación a los derechos sustantivos del inculpado.<sup>63</sup>

Lo antes transcrito permite obtener una primera noción sobre las técnicas de investigación que, para el autor en consulta, se traducen en instrumentos que tienen como fin común identificar fuentes de prueba y obtener información que pueda ser de utilidad como medio probatorio.

Maximiliano Hairabedián nos dice que es común que los medios de prueba se confundan con las medidas de investigación e inclusive que se empleen ambos como sinónimos. Si bien existe una estrecha vinculación entre los mismos, su correcta distinción tiene importantes consecuencias jurídicas. También es frecuente, dice el autor, la asimilación entre “investigar” e “instruir”. Lo primero es la actividad de averiguar, indagar, reuniendo información; lo segundo es volcar por escrito u oficializar lo investigado. Las medidas de investigación son aquellos actos de averiguación pendientes a orientar una pesquisa, obtener una hipótesis delictiva o conseguir elementos de prueba. De esta manera las medidas de investigación son previas a la obtención de la evidencia.<sup>64</sup>

Con base en lo anterior, las técnicas de investigación se traducen en actos de la averiguación, encaminados a obtener una hipótesis delictiva (línea de investigación) o bien para la obtención lícita de elementos de prueba para incorporarlos al juicio oral.

El cateo y la intervención de comunicaciones privadas, son ejemplos de técnicas de investigación de la autoridad, porque a través de los mismos el Ministerio Público busca encontrar evidencias que le permitan sostener una acusación; pero como su realización o desahogo implica injerencias a derechos fundamentales, quedan sujetas a los requisitos que la propia Constitución marca. Si el resultado de estas técnicas de investigación es positivo, y ajustado a las previsiones de ley, las pruebas recabadas podrán ser incorporadas al juicio oral.

<sup>63</sup> González, Chévez, Héctor, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

<sup>64</sup> Hairabedián, Maximiliano, *Cuestiones prácticas sobre la investigación penal*, Argentina, Mediterránea, 2004, pp. 59-61.

El cateo es por definición, una técnica de investigación, porque a través del allanamiento que se realiza en un domicilio particular, el Ministerio Público pretende la búsqueda de objetos o instrumentos de los delitos. Pero para que la diligencia de cateo tenga valor jurídico, es necesario que sea expedida por autoridad judicial a solicitud del Ministerio Público y expresar el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

La intervención de comunicaciones privadas, es un medio de investigación, restrictivo del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, que igualmente deberá controlar el juez de garantías. También tiene como finalidad recopilar datos sobre las circunstancias de la comisión de un delito y respecto a la identificación de sus autores o partícipes.

El doctor Osorio y Nieto explica:

Por comunicaciones privadas entendemos la transmisión de mensajes, notas, informes, avisos, recados u otras manifestaciones de ideas, pensamientos o expresiones, por cualquier medio, con fines exclusivamente personales; esto es, no por motivos oficiales, propios de un servicio público o de difusión pública a las comunicaciones privadas, las anteriores entran en el ámbito de la intimidad o privacidad de las personas y son parte personalísima de los individuos, ya sea en la esfera de las relaciones personales, familiares o de negocios y por tanto tales comunicaciones son objeto de protección jurídica del más alto rango, inclusive a nivel constitucional.<sup>65</sup>

El juez de control, en la etapa preliminar puede autorizar técnicas de investigación que requieren control judicial, tales como:

- Cateos de domicilios particulares u otros locales, siempre y cuando sea estrictamente necesario.
- Incautación de bases de datos, siempre que sea necesario.
- Inspecciones de lugares o vehículos.
- Pruebas periciales, pero con la obligación del perito de comparecer a la audiencia del juicio oral.
- Revisión corporal de personas; exámenes corporales o pruebas de tipo científico, siempre que no produzcan daño a la salud o a la dignidad del imputado, o la víctima.

<sup>65</sup> Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos contra la salud*, México, Porrúa, 2009, p. 138.

Es preciso recordar que en el nuevo proceso penal acusatorio la etapa de investigación tendrá por objeto determinar si hay fundamento para abrir un juicio penal, mediante la obtención de información y la recolección de elementos que permitan soportar una acusación y respetar simultáneamente la defensa del imputado.

Es en ese ámbito en que habrán de producirse las técnicas de investigación que se insiste quedan también sujetas a los principios guía que deben servir de parámetros a los jueces de control al momento de autorizar o denegar las técnicas de investigación solicitadas por el Ministerio Público.

#### IV. EL ROL DE LOS JUECES DE CONTROL SOBRE LAS DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN RESERVA, NO EJERCICIO, DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN PENAL O SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y POR SUS OMISIONES EN LA INVESTIGACIÓN DE LOS DELITOS

Un importante derecho de la víctima y del ofendido dentro del procedimiento penal, es que puedan constituirse en una suerte de control externo y contrapeso de las actuaciones del Ministerio Público y de la policía; es decir, coadyuvar con la investigación mediante la aportación de las pruebas o datos con los que cuenten (especialmente lo relacionado con la reparación del daño); pero también verificar si el curso del procedimiento de investigación no quedó injustificadamente suspendido o inconcluso.

En ese sentido, María Inés Horvitz y Julián López<sup>66</sup> recuerdan que tal control es justificable, porque impide que dichos órganos, con tendencia a la burocratización, reaccionen rutinariamente ante las cosas individuales o actúen discrecionalmente infringiendo sus deberes.

Este control *sui generis* no representa muchas dificultades en delitos de bagatela; pero sí asume rasgos muy problemáticos, en delitos de mayor gravedad que pueden dar lugar a serias discrepancias, entre la opinión del fiscal y los ofendidos o víctimas. Por ello, es necesaria la intervención de la autoridad jurisdiccional para que sea ésta quien de manera imparcial resuelva esas diferencias.

El derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal tiene una historia reciente en el derecho penal mexicano. Nace a partir de enero de 1995 cuando se adicionó el artículo 21 constitucional, para establecer que: “Las resoluciones del Ministerio

<sup>66</sup> Horvitz Lennon, María Inés y López Masle Julián, *Derecho procesal penal chileno, principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. I, p. 291.

Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.<sup>67</sup>

Esta modificación constitucional surgió con motivo de la iniciativa presentada en 1994 por el Ejecutivo Federal ante la Cámara de Senadores, con miras a lograr cambios en los rubros de administración y procuración de justicia.

En el proceso reformador se destacó por el diputado José Francisco Lozada Chávez y en el Dictamen de la Cámara revisora lo siguiente:

La iniciativa considera la necesidad de que sea una instancia diferente al Ministerio Público quien conozca de este medio de impugnación para erradicar la impunidad y desviación en corruptelas en detrimento de las víctimas de los delitos, haciendo nugatorio esto el principio de la justicia.

El texto del párrafo que se adiciona al artículo 21 constitucional representa un gran avance en la materia de procuración de justicia, ya que las resoluciones del Ministerio Público en esta materia podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley y serán las reformas a la ley secundaria, al Código Federal de Procedimientos Penales, las que establezcan la forma y términos en que habrá de sustanciarse este medio de impugnación que representa, repito, un gran avance en esta materia.

La ley ordinaria deberá establecer formas prácticas y sencillas para que todos los ofendidos en la comisión de los delitos, tengan acceso en forma inmediata a este recurso, que deberá resolverse en la vía jurisdiccional.

En su génesis constitucional el Ministerio Público debe ser el guardián de los derechos del hombre y de la sociedad y defensor de las garantías constitucionales, tal y como lo planteó el presidente Carranza en el proyecto que presentó al Constituyente y que preocupado por la acción arbitraria de los jueces, que al ejercer la función de juzgar y la de instruir procesos eran incompatibles y que por lo mismo había que conservar al juez sólo su alta responsabilidad y trascendental misión de juzgador, dejando a otro órgano del Estado la función instructora de los procesos; así fue como el Ministerio Público, consolidó su función de parte con la de instructor en los procesos, aportando las pruebas en la averiguación de los delitos y ejercitando acción en contra de los responsables.

Es por eso que la reforma propuesta en esta materia debe dejar satisfechos en sus derechos a las víctimas. Esta medida habrá de lograr restablecer las características que debe tener el representante social, atendiendo los reclamos de nuestra sociedad y evitar que la función que le corresponde no debe entenderse como arbitraria e ilimitada, sino racional y justa.

<sup>67</sup> En el estado de Veracruz, por ejemplo, existe una Sala Constitucional que tiene facultades para conocer y resolver, en instancia única, las resoluciones del Ministerio Público, sobre la reserva de la averiguación previa, el no ejercicio de la acción penal y resoluciones de los jueces con motivo de las peticiones del desistimiento que formula el Ministerio Público (artículo 64, fracción II, de la Constitución Política del Estado de Veracruz).

Los cambios que propone el titular del Ejecutivo Federal, tocarán de raíz algunas de las causas que generan desconfianza de los ciudadanos en las autoridades. En muchas ocasiones las denuncias de los ciudadanos no son atendidas, en otras el Ministerio Público no actúa y la víctima de un delito queda al margen del proceso. La iniciativa, en caso de aprobarse, permitirá que en la legislación se establezcan mecanismos efectivos para impugnar las resoluciones del Ministerio Público, cuando éste decida no ejercitar la acción penal.

Por ello, se debe adicionar al Artículo 21, un procedimiento para impugnar las resoluciones del Ministerio Público que determinen el no ejercicio de la acción penal. Es así que se someterá al control de la legalidad las resoluciones del Ministerio Público, que de conformidad con la Constitución, tiene encomendada la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal, cuando para ello existen elementos suficientes sobre la probable responsabilidad penal y elementos suficientes sobre la existencia del delito. Con esta reforma se busca lograr que las víctimas o sus familiares logren una reparación del daño, se abata la impunidad y, todavía más, al mismo tiempo busca impedir que por actos de corrupción, el Ministerio Público no cumpla con su tarea fundamental.

La iniciativa prevé que sea la legislación secundaria la que fije los procedimientos para impugnar la resolución del no ejercicio de la acción penal. Serán en consecuencia el Congreso de la Unión o las legislaturas locales las que determinen los términos y condiciones que habrán de regir el procedimiento, el que podrá ser determinado por vía administrativa o jurisdiccional, con lo que por fin se logrará terminar con el añejo debate en torno al monopolio de la acción penal, que presupone que las resoluciones del Ministerio Público no sean sujetas a un control de legalidad ejercido por un órgano distinto.

El cambio constitucional era necesario para garantizar los derechos de las víctimas y la protección misma de la sociedad, evitando que algún delito quedara injustificadamente sin persecución, toda vez que durante muchos años el Ministerio Público, bajo la sombra de tener el monopolio de la acción penal, mantuvo un estatus que impedía controlar sus actos.<sup>68</sup>

La reforma puso fin a esa era de arbitrariedad. Se colocó a esa institución como autoridad responsable en el juicio de amparo, para juzgar la legalidad de sus actos u omisiones en el ejercicio de la acción penal.

<sup>68</sup> Existen tesis aisladas de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, correspondientes a la Quinta Época del *Semanario Judicial de la Federación*, en las que la mayoría de los ministros que la integraban en ese entonces, estimaban que: “La abstención en el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público, al igual que el desistimiento de ella, comprende violaciones sociales y no de garantías individuales, y, por lo mismo, no puede quedar sometida al control constitucional del juicio de amparo...”. Tesis MINISTERIO PÚBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CVI, p. 1356.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 32/97, relacionado con este tema, destacaba:

Por consiguiente, cuando el Ministerio Público se niega a ejercitar la acción penal o desiste de ella, su proceder debe quedar sujeto a control jurídico para evitar que resulte injustificado y violatorio, en principio, de la garantía de seguridad jurídica consagrada por los artículos 14 y 16 de la Constitución General de la República, garantía que alberga el principio de legalidad, conforme al cual todos los actos de autoridad deben ajustarse a los lineamientos constitucionales, pues las autoridades sólo pueden realizar aquello que la ley les permite.

Asimismo, la negativa sobre el ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, cuando resultan injustificados, violan en perjuicio del denunciante, que-rellante, víctima del delito o de los familiares de éste, o del interesado legalmente por la comisión del delito, la también garantía de seguridad jurídica consagrada en la reforma al artículo 21, párrafo cuarto, de la Carta Magna, antes señalada, consistente en el poder de exigir y obtener la persecución de los delitos. Además, es patente que tales determinaciones afectan los intereses jurídicos de la sociedad y, por ende, del ofendido, persona que ha resentido directa o indirectamente la conducta calificada como delito, en especial, al privarle de la posibilidad de obtener la reparación del daño.

Conforme a lo anterior, si las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, bien pueden resultar directamente violatorias de las garantías individuales del ofendido, el juicio de amparo es plenamente procedente para reclamarlas, sin tener que esperar para ello a que previamente se instrumente la vía jurisdiccional ordinaria, la que al legislarse y entrar en vigor será, en todo caso, el medio de defensa ordinario que tenga que agotarse previamente al amparo, en atención al principio de definitividad que a éste rige; de ahí que, se insiste, por el momento, el juicio constitucional puede promoverse en forma inmediata.

No está por demás señalar que la intervención del Poder Judicial Federal, en su función de instructor y resolutor del juicio de amparo, de ninguna manera puede considerarse invasora del monopolio en el ejercicio de la acción penal que a favor del Ministerio Público establece el artículo 102 de la Constitución General de la República, ya que en tal carácter no llegará a conocer como Juez ordinario, ni en primera ni en segunda instancias del proceso, puesto que investido de juzgador constitucional, no es un tribunal de justicia común que, por medio de su arbitrio, valore acciones, pruebas y personas para aplicar las leyes con el conocimiento inmediato de los hechos que acontecieron, sino que es un tribunal de garantías constitucionales que, respetando el arbitrio de los jueces del orden común en la estimación legal de los hechos y en la apreciación de las pruebas, solamente juzga, a través del juicio de amparo, si con motivo de los actos de autoridad, sea esta judicial, legislativa o administrativa, se han conculcado



o no los derechos del gobernado garantizados por la Constitución, otorgando o negando la protección de la Justicia Federal en cada caso concreto.<sup>69</sup>

Este criterio se reiteró por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al dirimir la contradicción de tesis 18/98-PL, en la que estableció que el juicio de amparo es procedente mientras no se establezca en la ley la vía jurisdiccional de impugnación ordinaria para reclamar las resoluciones sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal. El máximo tribunal del país estimó que la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal que pueden ser violatorios de garantías individuales del ofendido, no impide su reclamo inmediato a través del juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto por el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo, por ser esta vía la que revisa la legalidad de la averiguación previa.<sup>70</sup>

Por decreto publicado en el DOF, el 9 de junio de 2009, en vigor al día siguiente, se reformaron, entre otros, los artículos 10 y 114, fracción VII, de la Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales, para establecer en forma expresa la procedencia de ese medio de control “Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional”.

El contenido de los artículos 10 y 114, fracción VII, de la Ley de Amparo en el siguiente:

Artículo 10. La víctima y el ofendido, titulares del derecho de exigir la reparación del daño o la responsabilidad civil proveniente de la comisión de un delito, podrán promover amparo:

Contra actos que emanen del incidente de reparación o de responsabilidad civil.

Contra actos surgidos dentro del procedimiento penal y relacionados inmediata y directamente con el aseguramiento del objeto del delito y de los bienes que estén afectos a la reparación o a la responsabilidad civil y.

<sup>69</sup> Amparo en revisión 32/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 26.

<sup>70</sup> Tesis P/J. 114/2000, ACCIÓN PENAL. ES PROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO, MIENTRAS NO SE ESTABLEZCA EN LEY LA VÍA JURISDICCIONAL DE IMPUGNACIÓN ORDINARIA, PARA RECLAMAR LAS RESOLUCIONES SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL), *Semanario Judicial de la Federación*, t. XII, octubre de 2000, p. 5.

Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

Artículo 114. El amparo se pedirá ante el juez de distrito...

Contra las resoluciones del Ministerio Público que confirmen el no ejercicio o el desistimiento de la acción penal, en los términos de lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 21 constitucional.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación amplió el ámbito de protección vía amparo para el ofendido o la víctima, al establecer la jurisprudencia en el sentido de que la legitimación activa del ofendido o víctima del delito para acudir al juicio de amparo, no se limita a los casos establecidos expresamente en el artículo 10 de la ley de la materia, sino que se amplía a los supuestos en que se impugne violación a las garantías contenidas en el artículo 20, apartado b, de la Constitución federal.<sup>71</sup>

Esta tesis permite que puedan promoverse amparos por el ofendido o la víctima, en los casos que aquellos estimen violadas las garantías consagradas en su favor por el artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo a la reforma a esa norma en vigor a partir del 21 de marzo de 2001, en que se establecen como derechos de aquellos los siguientes:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:

...

B. De la víctima o el ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal;

II. Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.

III. Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.

<sup>71</sup> Tesis 1a. /J. 170/2005, LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL OFENDIDO O VÍCTIMA DEL DELITO PARA ACUDIR AL JUICIO DE AMPARO. NO SE LIMITA A LOS CASOS ESTABLECIDOS EXPRESAMENTE EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LEY DE LA MATERIA, SINO QUE SE AMPLÍA A LOS SUPUESTOS EN QUE SE IMPUGNE VIOLACIÓN A LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 394.

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

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

V. Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley.

VI. Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio.

Tenemos entonces que a nivel constitucional y legal se instituyó la garantía individual de impugnar las resoluciones de mérito a través del juicio de amparo, con la finalidad de que el Ministerio Público, por vía de consecuencia, ejerza la acción penal o retire el desistimiento.

Con la reforma constitucional de junio de 2008, se suprimió del artículo 21 constitucional el apartado relativo al derecho de impugnar dichas determinaciones. No obstante, en el artículo 20 de la ley fundamental, apartado C, se incluyó como derechos de la víctima o del ofendido:

... Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Este último precepto no aclara ante cuál autoridad judicial deberán ser impugnadas las determinaciones de que se trata; lo que seguramente propiciará problemas en la práctica; en la medida de que en el proyecto de la nueva Ley de Amparo se mantiene la procedencia del amparo indirecto, en relación con los actos de que se trata, en los siguientes términos:

Artículo 107. El amparo indirecto procede: ... VII. Contra 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 por suspensión de procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

Esto a pesar de que el poder reformador, en la exposición de motivos de la reforma de junio de 2008, expresó que corresponderá a los jueces de control, como garantes de los derechos de las víctimas u ofendidos resolver esa clase de

inconformidades contra las resoluciones del Ministerio Público que pudieran afectar los derechos de aquéllos.<sup>72</sup>

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México siguiendo esa directriz, ha establecido en el artículo 150, fracción XIV, el derecho de la víctima o el ofendido para impugnar ante el juez de control las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, y desistimiento de la acción penal. Igualmente el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua (última reforma del 30 de enero de 2010), en su artículo 227, dispuso que las decisiones del Ministerio Público sobre el archivo temporal como abstenerse de investigar y no ejercicio de la pretensión punitiva u omisiones en la investigación, podrán ser impugnados por la víctima u ofendido ante el juez de control.

El control judicial de las decisiones que el Ministerio Público tome acerca del archivo temporal, de abstenerse de investigar y del no ejercicio de la acción penal, tienen connotaciones semejantes en los códigos de procedimientos penales de los estados de Chihuahua y de México. Los tópicos que concuerdan en ambos casos son, en principio, la substanciación de un procedimiento del que conozca en el caso de la legislación de Chihuahua, el juez de garantía y, en el caso de la legislación del Estado de México, el juez de control.

En ambos casos, la decisión del Ministerio Público habrá de ser notificada a la víctima u ofendido, quien en el término de tres días, tratándose de la legislación del Estado de México, o de diez, en el caso de la legislación penal de Chihuahua, podrá impugnarla.

Una vez impugnada la determinación del Ministerio Público, el juez convocará a una audiencia en la que habrá de decidir, en definitiva, si deja sin efecto la decisión del fiscal y ordena reabrir o continuar con la investigación, o bien, confirmar la resolución que decreta el archivo temporal, la abstención de la investigación o el no ejercicio de la acción penal.

Como puede advertirse, el juez de control estará facultado para resolver dejando sin efecto la decisión del Ministerio Público y ordenar reabrir o continuar con la persecución penal. Desde luego esta atribución debe ser utilizada con sumo cuidado.

La función del juez de control no estriba en dirigir el curso de la investigación, sino en supervisar la actuación del Ministerio Público. El juez no indaga, ni recopila pruebas, sino que verifica o inspecciona que la actividad del fiscal respete los derechos de los intervinientes en el procedimiento penal, en el caso específico, el derecho del ofendido o las víctimas, consistente en el poder de exigir y obtener la persecución de los delitos.

<sup>72</sup> Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*

En esa medida, como atinadamente lo ha señalado el doctor Sergio García Ramírez, los jueces de control al conocer esta clase de asuntos, van a dirimir un litigio entre el denunciante o querellante y el Ministerio Público, por lo que en un plano de imparcialidad, no deben suplir a este último disponiendo de las actividades que debe llevar a cabo y mucho menos adelantando la eficacia de esas actividades para el ejercicio de la acción penal.<sup>73</sup>

En el caso de reserva de la carpeta de la investigación, la cuestión a definir se centra en analizar si efectivamente no aparecen datos que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos; pero ello debe hacerse a la luz de los agravios de la parte inconforme, a quien corresponderá mostrar que contrariamente a lo estimado por el Ministerio Público existen rutas o líneas de investigación no agotadas.

Cuando se recurre a la decisión de no ejercicio de la acción penal sustentada en la extinción de la acción penal, supresión del tipo penal por ley posterior, el hecho denunciado no es delito, o porque el hecho investigado haya sido materia de un proceso penal anterior en el que se hubiera dictado sentencia ejecutoria respecto del imputado, la decisión del juez de control debe limitarse a constatar que se han presentado las hipótesis jurídicas que originan la imposibilidad jurídica de adelantar la investigación. En estos casos la evaluación del juez de control es predominantemente normativa más que valorativa.

En cambio, la situación es más compleja cuando la determinación de no ejercer la acción penal se basa en el criterio del Ministerio Público que estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar su acusación; pero que en opinión del denunciante o querellante existen datos para adelantar una acusación formal.

En caso de que así sea, no debe obviarse la naturaleza y competencias formal y material del Ministerio Público, como tampoco, que el juez de control no es el superior jerárquico de aquél.

En ese orden de ideas, el juez de control debe limitarse al estudio de los agravios del querellante o denunciante que, seguramente estarán encaminados, a poner de manifiesto que se infringieron las reglas de apreciación de las pruebas.

El juez de control, en caso de estimar fundados esos agravios, deberá devolver el asunto al fiscal para que haga una nueva valoración probatoria y sea él quien determine el ejercicio o no ejercicio de la acción penal; pero sin sugerir algún resultado; ni tampoco indicar cuáles son las pruebas que debe buscar, porque entonces desnaturalizaría el control judicial que le corresponde.

<sup>73</sup> García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 173 y 174.

## V. EL ROL DE LOS JUECES DE CONTROL SOBRE LAS DECISIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El artículo 21, párrafo séptimo, constitucional, establece que “El Ministerio Público podrá considerar criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, en los supuestos y condiciones que fije la ley”.

¿En qué consiste el criterio de oportunidad?

En términos muy llanos se puede decir que es una política criminal que permite al Ministerio Público no iniciar o archivar una investigación cuando ello es conveniente al interés público.

Existen dos modelos que se ocupan de la regulación de la oportunidad: los esquemas de discrecionalidad absoluta y los de discrecionalidad restringida o reglada.

Para la explicación de estos dos sistemas me permito recurrir a un artículo de Mauricio Duce<sup>74</sup> en el que con toda claridad se destacan las notas que caracterizan a ambos esquemas.

### 1. *Modelo de discrecionalidad absoluta*

El modelo de discrecionalidad absoluta se caracteriza por entregarle a los organismos encargados de promover la persecución penal la facultad plena para decidir llevar o no adelante la misma. El paradigma de este modelo está constituido por los Estados Unidos de América. En dicho país, las facultades de selección que disponen los fiscales son tan amplias que ello constituye uno de los elementos caracterizadores de su sistema en comparación con otros modelos de derecho comparado e incluso países que tienen tradiciones jurídicas similares como es el caso de Inglaterra.

Los alcances que tienen la discrecionalidad de los fiscales en el modelo estadounidense es amplísima. Esta cubre los más diversos aspectos de la persecución penal. Así, el primer aspecto en el cual un fiscal en Estados Unidos dispone de bastante libertad para decidir es, si inicia o no inicia una investigación. En segundo lugar, el fiscal también dispone de libertad para decidir si va a perseguir formalmente un caso o no. En tercer término, puede decidir entregar o no inmunidad a un imputado a cambio de alguna contraprestación. En cuarto lugar, el fiscal tiene amplios poderes para negociar cargos con imputados, ya sea, el tipo de cargo, cuándo los va imputar o incluso alguna flexibilidad con relación a dónde los va imputar. Finalmente, los fiscales también cuentan con la posibilidad de negociar la pena que van a solicitar a los jueces.

<sup>74</sup> “Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Chile, vol. 29, núm. 2, 2002, pp. 247-272.

## 2. *Los modelos de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida*

Los modelos de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida se caracterizan, porque en ellos la facultad de selección de casos aparece como una excepción del principio de legalidad. Es decir, este principio se mantiene como la regla general de funcionamiento del sistema, pero a la vez, se permite que los agentes u órganos de persecución penal puedan por excepción suspender, no continuar o poner término anticipado a la misma.

Este modelo es el que impera contemporáneamente en los sistemas europeo continentales y es, además, el que han adoptado la mayoría de los países de América que han emprendido reformas similares a la chilena desde mediados de los ochenta del siglo pasado.

Los subcriterios para el uso de esta facultad reglada, siguiendo la investigación de Mauricio Duce son: el de decriminalización, eficiencia y el de priorización de intereses.

### A. *Decriminalización*

De acuerdo al criterio de decriminalización, se intenta por medio del uso de la oportunidad, despenalizar conductas delictivas en casos que otras formas de reacción son capaces de producir mejores resultados que el sistema penal o donde la intervención de éste resulta innecesaria.

Dentro del criterio general de decriminalización se suele regular la posibilidad que los fiscales puedan abandonar la persecución penal o no llevarla adelante en casos conocidos como casos de adecuación social de la conducta. Es decir, en situaciones que no obstante *prima facie* pueden aparecer como conductas tipificadas en una figura penal, debido al contexto histórico-cultural en que se dan, no satisfacen en el fondo la descripción penal, entregándosele así la facultad al Ministerio Público para no llevar adelante la persecución penal de ellas.

Una segunda posibilidad es el permitirle a los fiscales no llevar adelante la persecución en casos de insignificancia del hecho.

Una tercera situación dentro del criterio de decriminalización son los casos de mínima culpabilidad. Estos son casos en los que existe un reproche mínimo a la persona del imputado que justifica, entonces, más allá de la gravedad en concreto que haya podido tener en el delito específico, que no exista una persecución penal en su contra, ya sea por ejemplo, porque este imputado tuvo una contribución menor en el desarrollo del delito o fue desarrollado en una etapa muy preliminar del mismo.

Un cuarto caso dentro de los criterios de decriminalización, está constituido por las situaciones de retribución natural, estas son situaciones en las cuales el imputado ha sufrido un daño extremadamente alto como consecuencia de la comisión del delito, lo que hace que la persecución penal no cumpla ningún rol o no se justifique del todo.

### B. *Eficiencia*

Un segundo criterio general de oportunidad, está constituido por el criterio de eficiencia. En virtud de este criterio se le entregan facultades a los fiscales en los distintos modelos comparados para no llevar adelante persecuciones penales con el objeto de descongestionar al sistema y permitir que se focalice en áreas en donde su actuación resulta indispensable.

### C. *Priorización de intereses*

Un tercer criterio general de oportunidad está constituido por el criterio de priorización de intereses. En virtud de este criterio se permitiría poner término a la persecución penal en situaciones en las que el sistema encontrará una solución más óptima para el caso que pasa por un nivel mayor de satisfacción de los intereses, ya sea de la víctima o sociales. Dentro de este criterio caben instituciones como la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos preparatorios. Una vez expuestas las notas de Mauricio Duce, me ocuparé enseguida de analizar la forma en que se ha implementado este principio en nuestro sistema jurídico nacional.

En el caso de nuestro país, la línea que han tomado las codificaciones procesales penales del Estado de México y Chihuahua, es la que corresponde a los modelos de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida, en la medida que contienen catálogos muy específicos sobre los casos en que el Ministerio Público puede acudir al criterio de oportunidad, para no iniciar o bien archivar una investigación.

En efecto, en los códigos de Procedimientos Penales para el Estado de México (última reforma 26 de octubre de 2011) y para Chihuahua (12 de noviembre de 2011) que desarrollan la norma constitucional, en términos similares, se establece que el Ministerio Público podrá prescindir total o parcialmente de la persecución penal que se limite a alguno o varios hechos delictuosos o a alguna de las personas que participaron en el mismo. Ambas legislaciones establecen un listado de supuestos para la aplicación de este principio.

A modo de ejemplificación se transcriben las hipótesis citadas en el artículo 83 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua:



I. Se trate de un hecho socialmente insignificante o de mínima o exigua culpabilidad del imputado, salvo que afecte gravemente un interés público o lo haya cometido un servidor público en el ejercicio de su cargo o con motivo de él.

No podrá aplicarse el principio de oportunidad en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales o de violencia familiar, por afectar gravemente el interés público.

II. Se trate de la actividad de organizaciones criminales, de delitos que afecten seriamente bienes jurídicos fundamentales o de investigación compleja, y el imputado colabore eficazmente con la misma, brinde información esencial para evitar que continúe el delito o se perpetren otros, ayude a esclarecer el hecho investigado u otros conexos o proporcione información útil para probar la participación de otros imputados que tengan funciones de dirección o administración dentro de las organizaciones criminales, y siempre que los hechos que motivan la acción penal de la cual se prescinda, resulten considerablemente más leves que aquellos cuya persecución facilita o cuya continuación evita.

III. El imputado haya sufrido, a consecuencia del hecho, daño físico o psicológico grave que torne desproporcionada la aplicación de una pena.

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

Las dos codificaciones señalan que las decisiones del agente del Ministerio Público, una vez que han sido revisadas conforme a sus respectivas leyes orgánicas, podrán ser impugnadas por la víctima, ofendido o por el denunciante ante el juez de control, quien convocará a una audiencia en breve plazo para resolver si la decisión del Ministerio Público cumple con los requisitos legales. En caso contrario se dejará sin efecto la decisión para que el Ministerio Público continúe, en dado caso, con la investigación.<sup>75</sup>

De lo anterior se desprende, que en este caso, el juez de control ejerce un control *ex post* para calificar la legalidad de la aplicación de un criterio de oportunidad. Debido a que los efectos de la aplicación del criterio de oportunidad se traducen en extinguir la acción penal con respecto al autor o participe en cuyo beneficio se dispuso (cuando la aplicación se vincula con la calidad del sujeto imputado) o bien, sus efectos son generales respecto a los coparticipes, si la decisión se funda en la insignificancia del hecho, es claro, que la resolución puede ser impugnada ante el juez de control por la víctima, ofendido o

<sup>75</sup> Artículos 110, 111, 112, 113 y 114 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México y artículos 83, 84, 85, 86 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua.

el denunciante en su caso, por ser éstos quienes pudieran resentir un agravio directo e inmediato con esta clase de determinaciones.

#### VI. EL ROL DE LOS JUECES DE CONTROL PARA CALIFICAR LA DETENCIÓN DEL IMPUTADO EN CASOS DE URGENCIA O FLAGRANCIA

El artículo 16 constitucional, en sus párrafos, quinto, sexto y séptimo, establece:

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

En este último caso, corresponde al juez de control decidir, en una audiencia preliminar, sobre la captura hecha en flagrancia o en un caso de urgencia.

Es un control judicial de suma importancia, que debe resolverse mediante el mecanismo de “inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”; lo que implica una resolución de plano, es decir, sin substanciar artículo alguno.

Para el licenciado Jahaziel Reyes Loaeza, quien ha desempeñado la función de juez de garantía en Oaxaca, en el caso de la detención por flagrancia, opera claramente la intervención tutelar del juez de garantías antes de la formulación de la imputación inicial, por ello, la función del juez en este supuesto es, en su opinión, la de un control de la constitucionalidad de esa detención por vía difusa, atendiendo a que en caso de que la detención del imputado no haya sido en flagrancia el juez de control debe ordenar la libertad inmediata de aquél.<sup>76</sup>

<sup>76</sup> Reyes Loaeza, Jahaziel, <http://www.juiciooraloaxaca.gob.mx/Publicaciones/55revistajussemperloquitur/EL%20JUEZ%20DE%20GARANTIAS%20EN%20EL%20NUEVO%20PROCESO%20PENAL%20OAXAQUENO.p>.

## VII. EL ROL DE LOS JUECES DE CONTROL EN ORDEN DE APREHENSIÓN Y AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO

En la reforma constitucional no se establece expresamente que los jueces de control tengan competencia para librar órdenes de aprehensión, ni para pronunciar los autos de vinculación a proceso, sino que en el párrafo decimocuarto del artículo 16 constitucional, únicamente se indica que tendrán atribuciones para resolver en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad judicial que requieran control judicial.

Por otra parte, los artículos 16 y 19 constitucionales mantienen la disposición de que corresponde a la “autoridad judicial” pronunciarse sobre la orden de captura y el nuevo auto de vinculación a proceso, pero sin disponer que órgano judicial se ocupará de ello en el nuevo esquema oral y acusatorio.<sup>77</sup>

No obstante lo anterior, el poder reformador dejó abierta la posibilidad de que sean los jueces de control quienes realicen tal función, según la minuta del 13 de diciembre de 2007, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, al señalar lo siguiente:

No se visualiza a corto plazo la posibilidad de que en cada ciudad haya jueces de distrito especializados en materia penal, como para asignar al menos uno a la función de control, otro a la función preparatoria del juicio, uno más para los juicios y un último para la ejecución de sanciones penales, cuando ahora hay un sólo juez federal mixto; entonces debemos establecer un marco constitucional flexible que posibilite diversas formas de organización, sobre la base del sistema acusatorio oral, tanto para el fuero federal como para el común, para estados con amplia extensión territorial y entidades federativas con extensión pequeña, estados con recursos económicos disponibles y entidades con escasos recursos.

Con base en lo anterior es predecible que en las entidades federativas e incluso en la federación, no se cuente con los recursos o la organización adecuada para que, en un primer momento, puedan asignar o nombrar jueces penales especializados para que desarrollen la función preparatoria del juicio, y que por ello al implementarse la reforma, a nivel local o federal, esa función recaiga en jueces de control o de garantías.

<sup>77</sup> El artículo 16 constitucional señala: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial...”; en tanto que el artículo 19 constitucional preceptúa: “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso...”.

Incluso, a la hora de elaborar este trabajo, se puede constatar que en los códigos de procedimientos penales para el Estado de México y Chihuahua, las competencias para librar la orden de captura y el auto de vinculación a proceso, han sido delegadas a los jueces de control o garantías, con inclusión de la audiencia preliminar de formulación de la imputación (artículos 184, 191, 288, 291 y 293 Código de Procedimientos Penales para el Estado de México; 161, 274, 277 y 280 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua).

En esa medida, al librar los jueces de control una orden de aprehensión o de emitir un auto de vinculación a proceso, actuarán sin duda como órganos de jurisdicción propiamente dicha y que por tanto, sus resoluciones podrán ser sometidas al control constitucional que resulte pertinente.

En mi opinión lo mejor sería que los jueces de control no ejercieran esta función que evidentemente no es propia a su vocación de control de garantías; lo que incluso puede generar en la práctica confusión acerca de la exacta naturaleza de estos nuevos jueces.

### VIII. JURISDICCIÓN DUAL DE LOS JUECES DE CONTROL

Hemos visto hasta ahora los roles que asumirán los jueces de control como garantes de derechos fundamentales al resolver en forma inmediata, sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial, y que substituirán a los jueces de distrito en sus competencias para evaluar la legalidad de las resoluciones sobre no ejercicio o desistimiento de la acción penal, entre otras.

Pero debe recordarse que ante las insuficiencias presupuestales y deficiencias organizacionales de los poderes judiciales, los jueces de garantía van a tener que intervenir en la preparación del juicio oral mediante el libramiento de orden de aprehensión y el dictado de autos de vinculación a proceso, es decir, que tendrán una función dual, porque su intervención original y propia es la de control de garantías; pero, excepcionalmente, en preparación del juicio oral.

Se trata de un mecanismo similar al que en la actualidad desarrollan algunos jueces de distrito del país, porque por una parte les corresponde conocer de juicios de amparo en los que actúan como órganos de control constitucional; pero a la vez, desarrollan funciones de jueces penales respecto a procesos federales.

Una vez que han quedado analizados los principales roles de los jueces de control, procedamos al estudio de ciertos principios constitucionales que pueden coadyuvar al cumplimiento de la función garantista encomendada a los jueces de control.