

Los jueces de control en el sistema acusatorio en México

Segunda edición

Salvador CASTILLO GARRIDO



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

LOS JUECES DE CONTROL
EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 644

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Edna María López García
Óscar Martínez González
Apoyo editorial

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

SALVADOR CASTILLO GARRIDO

LOS JUECES DE CONTROL EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO

Segunda edición



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2018

Primera edición: 28 de septiembre de 2012
Primera reimpresión: 2 de mayo de 2013
Segunda edición: 16 de febrero de 2018
Primera reimpresión: 27 de septiembre de 2018

DR © 2018. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-9862-2

CONTENIDO

Nota a la segunda edición	XI
Introducción	XIII
CAPÍTULO PRIMERO	
LA INCORPORACIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL EN EL SISTEMA ACUSATORIO EN MÉXICO	1
I. Generalidades	1
II. Algunas notas a favor y en contra de la reforma constitucional penal	4
Aspectos desfavorables	10
III. La reforma penal ¿hacia dónde?.	12
IV. El nuevo esquema penal oral acusatorio.	18
V. Principios del sistema adversarial acusatorio	19
VI. Etapas del nuevo proceso acusatorio	38
VII. Incorporación del juez de control en la reforma constitucional penal	45
VIII. Breve análisis del artículo 16, párrafo décimo cuarto, constitucional	46
IX. El juez de control o de garantías en los procesos penales de Colombia y Chile.	49
Chile	50
CAPÍTULO SEGUNDO	
NATURALEZA Y FUNCIONES DE LOS JUECES DE CONTROL.	57
I. Significado lingüístico y jurídico del concepto “control”	57
II. El rol del juez de control en medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación.	60

III. Medidas cautelares (generalidades)	60
1. Prisión preventiva	62
2. Arraigo	68
3. Otras medidas cautelares	74
4. Providencias precautorias	77
5. Técnicas de investigación	78
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	84
V. El rol de los jueces de control sobre las decisiones del Ministerio Público en aplicación del principio de oportunidad	94
1. Modelo de discrecionalidad absoluta	95
2. Los modelos de discrecionalidad reglada u oportunidad restringida	95
VI. El rol de los jueces de control para calificar la detención del imputado en caso de urgencia o flagrancia	100
VII. El rol de los jueces de control en orden de aprehensión y auto de vinculación a proceso	103
VIII. Prueba anticipada ante el juez de control	104
IX. El rol del juez de control en acuerdos probatorios y en la exclusión del medio de prueba para la audiencia del debate	105
X. El auto de apertura de juicio por parte del juez de control	106
XI. El rol del juez de control en soluciones alternativas y formas de terminación anticipada	106
1. Los acuerdos reparatorios	107
2. El rol del juez de control en la suspensión condicional del proceso	108
3. Procedimiento abreviado	109
XII. Facultades del juez de control respecto del sobreseimiento	116
XIII. Acción penal por particulares ante el juez de control	117
XIV. Jurisdicción dual de los jueces de control	119

CAPÍTULO TERCERO

EL JUEZ DE CONTROL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	121
I. Distinción entre principios y reglas.	121
II. La función de los principios	122
1. ¿Qué importancia tiene la aplicación de principios constitucionales en la función de los jueces de control?	122
2. ¿Qué funciones cumplen los principios de proporcionalidad y <i>pro homine</i> en la actividad jurisdiccional de los jueces de control como garantes de derechos fundamentales?	122
3. ¿En qué grado es permisible la utilización de principios constitucionales por los jueces de garantías?	124
III. Principio de proporcionalidad	125
IV. Antecedentes del principio de proporcionalidad	127
V. El principio de proporcionalidad según la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y algunos tribunales colegiados de circuito	132
VI. El principio de proporcionalidad en la legislación secundaria	137
VII. Subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad	139
VIII. Subprincipios de idoneidad	139
IX. Subprincipio de necesidad	140
X. Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto (razonabilidad)	142

CAPÍTULO CUARTO

LOS JUECES DE CONTROL ¿UN NUEVO MECANISMO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?	145
I. Mecanismos de regularidad constitucional en México	150
Nuevos mecanismos de regularidad constitucional	152
II. La interpretación de la Suprema Corte sobre el control judicial de la Constitución.	159
III. El modelo de control convencional y constitucional para todos los jueces del Estado mexicano.	165
IV. Los jueces de control, ¿órganos de regularidad constitucional?	166
V. La impugnación de los actos y decisiones de los jueces de control.	174

VI. Articulación entre la función de los jueces de control y el juicio de amparo	177
1. El rol de preparación del juicio oral y el amparo biinstancial . .	177
2. La función de garantía y el juicio de amparo indirecto	177
VII. El juez de control y el neoconstitucionalismo.	186
1. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?	186
2. ¿Qué tipo de conexión puede hallarse entre las atribuciones del juez de control y el llamado neoconstitucionalismo?	189
Reflexiones finales	193
Bibliografía	195
Anexos	205

NOTA A LA SEGUNDA EDICIÓN

En marzo de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Penales, que actualmente es aplicable en toda la República mexicana, por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales.

La puesta en vigor de esta codificación única obliga a revisar el contenido general de este libro y, en particular, el capítulo relativo a la naturaleza y funciones de los jueces de control, con el fin de brindar al lector una versión actualizada sobre los diversos roles que deberán cumplir los jueces de control federales y locales. Como se había dicho antes y ahora se reitera, los jueces de control en México ejercerán una suerte de jurisdicción dual, debido a que en ocasiones actuarán como jueces de preparación del juicio oral, y otras más como garantes de los derechos humanos del inculpado, de la víctima y del ofendido, al realizar un control *ex ante* y *ex post* de legalidad y constitucionalidad de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación en el sistema penal acusatorio.

INTRODUCCIÓN

El 18 de junio de 2008 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Decreto de Reformas Constitucionales que establece un sistema procesal penal acusatorio en México. La reforma impone un plazo no mayor de ocho años para adoptar, tanto a nivel federal como local, un nuevo sistema procesal penal, con base en los principios de oralidad, inmediación, concentración, continuidad y publicidad.

El nuevo modelo contempla la intervención de un juez llamado de control, para que en la etapa de investigación que antecede al juicio oral resuelva de inmediato y por cualquier medio las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control, pero garantizando los derechos de los imputados, de las víctimas y de los ofendidos.

Los nuevos jueces de control, conforme al *Diario de Debates*, tendrán como atribución adicional resolver las controversias surgidas con motivo de las resoluciones del Ministerio Público sobre reserva o archivo de la investigación; no ejercicio y desistimiento de la acción penal, que hoy en día son revisados por los jueces de amparo.

Esto último supone que los jueces de control, en esta área, van a sustituir a los jueces de distrito que actualmente resuelven los amparos promovidos contra aquellos actos. Si a esto se suma que al resolver sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control deben “garantizar” derechos de los intervinientes en el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, es inconcuso que para implementar la reforma en este rubro debe elaborarse un diseño que permita articular las funciones de los jueces de control o de garantías con el juicio de amparo indirecto penal.

Para lograr esa armonización, es necesario definir la naturaleza de los jueces de control, y a partir de ello, delinear el rol que les corresponde dentro del nuevo sistema de justicia penal-constitucional.

En esta obra se aborda el estudio sobre la naturaleza de los jueces de control, para sustentar la tesis de que estos nuevos juzgadores deben ser considerados como un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, limita-

do desde luego al ámbito de los derechos fundamentales vinculados con el proceso criminal (inviolabilidad del domicilio, libertad personal, derecho a la eventual reparación del daño, respeto a la dignidad humana).

A partir de esta postura, se ofrece un diseño acerca de la articulación entre la función del juez de control —como custodio de derechos iusfundamentales— y el juicio de amparo, que muestra que los nuevos jueces van a ejercer en muchas ocasiones un control preventivo que busca evitar o eliminar la procedencia del amparo indirecto penal, y que en otros casos su función garantista sustituirá por completo las atribuciones de los jueces de distrito en esta materia.

También se incluye un capítulo que muestra las bondades de utilizar principios explícitos e implícitos de nivel constitucional, como los de presunción de inocencia, *pro homine*, proporcionalidad y razonabilidad jurídica, que resultan de gran utilidad para evaluar la pertinencia y estricta necesidad de las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial. Al final se hace un breve repaso sobre algunas nociones del llamado neoconstitucionalismo, sólo para esbozar la idea de que los jueces de control forman parte de esta tendencia, porque para cumplir su función jurisdiccional deben comportarse y ser valorados como jueces constitucionales.

Esta postura puede verse robustecida con la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente Varios 912/2010, en la que se concluye que conforme al nuevo modelo de control de la constitucionalidad todos los jueces del Estado mexicano deben inaplicar las normas que infrinjan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales de los que el Estado sea parte, que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones respectivas.

Esta nueva interpretación robustece la tesis en torno a que los jueces de control en el nuevo sistema acusatorio deben ser considerados como jueces constitucionales, porque además de las facultades que directamente les concede el artículo 16 constitucional como garantes de derechos fundamentales, al aceptarse el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad —que también realizarán estos jueces— podrían, incluso, dejar de aplicar una ley al caso concreto, lo que refuerza su carácter de juez de control de derechos. Asimismo, los jueces de control tienen nuevas atribuciones como consecuencia del actual contenido normativo del artículo 1o. constitucional, especialmente al tener que aplicar la cláusula de “interpretación conforme” como nueva pauta hermenéutica para interpretar normas en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

Pero también se presentan razonamientos que van en sentido contrario a nuestra tesis, lo que abre la posibilidad a la reflexión y a la crítica que surja sobre este tópico.

Finalmente, quiero mencionar que este libro es producto de la investigación que culminó con la tesis doctoral del mismo nombre, sustentada para obtener el grado de doctor en derecho por la Universidad Cristóbal Colón de Veracruz, México.

Sirva la presente como muestra de agradecimiento a los miembros del jurado, doctora Margarita Palomino Guerrero, doctor Gildardo Enrique Bautista Olalde, doctor Miguel Alejandro López Olvera, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y los doctores Marco Antonio Muñoz Guzmán, Pablo de Bufalá Ferrer Vidal y Terina Palacios Cruz, de la Universidad Cristóbal Colón de Veracruz, por sus valiosos comentarios y aportaciones a esta obra. Un agradecimiento especial a los jueces de control del Estado de México, Luis Ávila Benítez y Gonzalo Bustamante Hernández, por sus amables respuestas al cuestionario formulado y al licenciado Irving Hernández Segura, por la colaboración prestada para la realización de este trabajo.

CAPÍTULO PRIMERO

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

I. GENERALIDADES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En esta dinámica, los países latinoamericanos y sudamericanos se han visto inmersos en reformas de los sistemas procesales de justicia penal, con

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

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

la idea de dejar atrás el sistema inquisitivo o mixto por un modelo acusatorio. Este movimiento denota una transformación en el ejercicio del poder punitivo del Estado, puesto que se modifica el proceso penal con el fin que su correcto ejercicio sea acorde con su legitimación democrática.

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

En ese sentido, el doctor Sergio García Ramírez explica que

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

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

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

En contraste, la opción democrática reconoce y multiplica, racionalmente, los derechos y las garantías del inculpado y de la víctima del delito. No se vale de la seguridad jurídica como pretexto para el autoritarismo. Reclama pruebas persuasivas, convincentes, desde el primer momento en que el Estado interviene en la esfera de las libertades del individuo hasta que dicta sentencia de condena. No formula un “prejuicio inicial” a reserva de lo que diga —mucho tiempo después, y al cabo de numerosas restricciones— el “juicio final”.

Apoyada en el Derecho, la opción democrática no teme los derechos. Exige eficacia y coloca en el mismo plano derechos humanos y seguridad pública, a sabiendas de lo que es obvio: la seguridad es un derecho humano.⁵

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

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

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

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

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

La reforma constitucional contempla la existencia de leyes que prevean mecanismos alternativos de solución de controversias (artículo 17). En ma-

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

⁶ Binder, Alberto M., *Reforma de la justicia penal y constitución del programa político al programa científico*, Santiago, Universidad Diego Portales, 1998.

teria penal se dice, dichas leyes deberán regular su aplicación, asegurar la reparación del daño y fijar los casos que requieran supervisión del juez.

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

En el Código Nacional de Procedimientos Penales⁷ se contemplan los acuerdos reparatorios, la suspensión condicional del proceso y el procedimiento abreviado como salidas alternas y formas de terminación anticipada del proceso. Los acuerdos reparatorios deben ser controlados por el juez, quien debe verificar que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción. En la suspensión condicional, el juez de control examina el plan de reparación del daño planteado por el imputado, y si decide conceder la suspensión debe imponer una o varias condiciones que garanticen una efectiva tutela de los derechos de la víctima u ofendido. El cumplimiento de los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional producen la extinción de la acción penal. He aquí la bondad de la reforma, porque esta clase de salidas alternas reducirán en buena medida el número de audiencias y actos procedimentales que implica el proceso contencioso-ordinario. El procedimiento abreviado, como forma anticipada del proceso, despresuriza, igualmente, el sistema, porque una vez satisfechos los requisitos constitucionales y legales de manera sumaria, se pone fin al proceso.

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

María Olga Noriega y Mariel Albarrán comentan que el procedimiento se desarrolla mediante sesiones orales, comunes o individuales, y que por su

⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014, cuya entrada en vigor a nivel federal se dio en forma gradual, en los términos previstos en la declaratoria emitida por el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y la Procuraduría General de la República, y en el caso de las entidades federativas y la Ciudad de México, su entrada en vigor se dio en los términos establecidos en la declaratoria emitida por el órgano legislativo correspondiente, previa solicitud de la autoridad encargada de la implementación del sistema de justicia penal acusatorio en cada una de ellas. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de junio de 2016.

contenido deben ser confidenciales, con excepción del convenio que pone fin a la controversia, el cual es supervisado y aprobado por el juez de control.⁸

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

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

Es positivo también, que el proceso de enjuiciamiento se centre en una audiencia pública; es decir, que con intervención de la parte acusadora y acusada se reciban las pruebas y contrapruebas, en su caso, para justificar la culpabilidad del imputado. Audiencia oral en la que el juez recibirá de manera directa las pruebas, lo que contribuirá a una mejor apreciación de los medios probatorios.

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

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

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

⁸ Noriega Sáenz, María Olga y Albarrán Duarte, Mariel, “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, p. 114.

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

Los antecedentes narrados permiten advertir la intención de los legisladores de disminuir la aplicación de la prisión preventiva, lo cual se traduce en un aspecto positivo de esta reforma, porque al disminuir la utilización de esa medida cautelar se consolida el principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, Gobernación, Seguridad Pública y Estudios Legislativos, al examinar el estándar de prueba, para librar órdenes de aprehensión, consideraron que era adecuado racionalizar la actual exigencia probatoria que debe reunir el Ministerio Público para plantear los hechos ante el juez y solicitar una orden de aprehensión. Para justificar esta decisión, esbozaron que el nivel probatorio planteado es aceptable, porque en el nuevo diseño procesal, el valor de lo actuado en la averiguación es muy limitado y la prisión preventiva se construye como una medida cautelar de carácter excepcional, por lo que no es necesario mantener un nivel probatorio tan alto. Enfatizaron también que sería contraproducente para el Ministerio Público solicitar la orden de aprehensión sin tener altas probabilidades de poder acreditar el delito y la responsabilidad penal en el juicio.⁹

Se indicó también, por el poder reformador, que el auto de formal prisión pasará a ser sustituido por el auto de vinculación a proceso, que se sustenta únicamente en la existencia de un hecho punible, y la probable participación del inculpado, a diferencia del primero, que amerita la de-

⁹ Cámara de Senadores, *Dictamen*, “Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Justicia; de Gobernación; de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda H. Asamblea”, México, 13 de diciembre de 2007.

mostración del cuerpo del delito y probable responsabilidad. Los legisladores aclararon que originalmente la Constitución no preveía la necesidad de acreditar estos últimos extremos, sino que ello se introdujo como resultado de una interpretación jurisdiccional, por lo que es viable reducir la exigencia probatoria al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal.

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

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

En efecto, un tema delicado, sin duda, es el relativo a la sustitución de los conceptos “cuerpo del delito” y “probable responsabilidad” por los diversos de “hecho delictivo” y “probabilidad de comisión o participación”. La noción de cuerpo del delito, por su largo y refinado estudio doctrinal y jurisprudencial, difícilmente podrá ser sustituida en la práctica por la nueva expresión de hecho delictivo, porque la última está al margen de su contenido lingüístico, parece orientarse precisamente a la verificación de los mismos elementos que componen al cuerpo de delito.¹⁰

¹⁰ Para la doctrina y jurisprudencia de los años cuarenta, el cuerpo del delito se conformaba por los elementos materiales del delito contenidos en su definición legal. La Primera Sala de la Corte estableció, a manera de excepción, que cuando el dolo entra como elemento esencial constitutivo del delito, su comprobación era indispensable para la formalización de la pretensión punitiva. Así se desprende la tesis de rubro “CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Es bien sabido que la comprobación del cuerpo del delito es la base del procedimiento penal, y al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte sustenta el criterio de que por

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

Igualmente acontece respecto a la “probabilidad de comisión o participación”, que tampoco tiene la claridad deseable en el texto constitucional, por lo que empiezan a generarse interpretaciones contradictorias. Para algunos se traduce en la exigencia de expresar, con sustento en los elementos de prueba, la existencia de una posibilidad razonable de que una persona participó o cometió un delito; mientras que para otros implica el mismo ejercicio que actualmente realizan los jueces penales para tener por demostrada la probable responsabilidad del inculcado.¹¹

En ese sentido, Sergio García Ramírez ha expresado que prefiere entender que el cambio de palabras no significa la modificación de conceptos de fondo, y que, por tanto, no “aligera” los datos de los que depende la injerencia penal del Estado, y que de no ser así, la reforma habría nacido bajo un signo ominoso que merecería el mayor reproche.¹²

Se precisa que la tendencia es que por dichos términos no debe entenderse la comprobación de los elementos objetivos, normativos y subjetivos (cuerpo del delito), sino que el juez de control debe limitarse al estudio de su marco conceptual, sin anticipar un estudio de la tipicidad por ser propio de la sentencia; e incluso, según la iniciativa de propuesta de reformas de 15

cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en los cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación. Este criterio encuentra apoyo en la doctrina penal, toda vez que el tipo aparece como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica o en otros términos, significa más bien, como el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal (Mezger, *Tratado de derecho penal*, Primer Tomo, páginas trescientos cincuenta y uno y trescientos cincuenta y dos).¹³

¹¹ En el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales se destacaba que “La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culpable del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad”.

¹² García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia de justicia penal (Jornadas de Justicia Penal)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009, pp. 187-213.

de diciembre de 2016, que más adelante se abordará, se busca prescindir de la vinculación a proceso.

Para el investigador del Centro de Investigación para el Desarrollo, Guillermo Zepeda, la reducción en los requisitos para sujetar a las personas a la molestia de un proceso penal obedece a un nuevo modelo y a unas nuevas instituciones, que en opinión de este jurista deberán generarse en los próximos años, que por el principio de legalidad y profesionalismo de los funcionarios, hagan poco probable que una autoridad de investigación como el Ministerio Público solicite capturar o procesar a una persona partiendo de meras sospechas o señalamientos sin fundamento.¹³

Aspectos desfavorables

La reforma incorporó a nivel constitucional un sistema de enjuiciamiento diferenciado para la delincuencia organizada, que denota cierta involución, especialmente con la implementación de la figura del arraigo, que abiertamente confronta al principio de presunción de inocencia.

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

Para Sergio García Ramírez, el doble sistema penal que incorporó la reforma generaría, entre otras consecuencias, la erosión de las libertades, la mengua de garantías y el retraimiento de la democracia; sin que el dictamen de los diputados se cuestione en modo alguno, ni remotamente, por qué no es posible luchar contra la delincuencia organizada con sustento en las disposiciones ordinarias del orden procesal democrático, no obstante que éste permite, en sus formulaciones clásicas y ampliamente aceptadas, medidas tales como el cateo, la intervención de comunicaciones y la vigilancia de la autoridad como

¹³ Zepeda, Guillermo, Centro de Investigación para el Desarrollo, 19 de junio de 2010, disponible en: <http://www.cidac.org/unm/pdf>.

complementos del verdadero arraigo. Simplemente se da por hecho que es impracticable enfrentar la delincuencia con ortodoxia constitucional, y que es preciso, por lo tanto, practicar un corte en la historia del enjuiciamiento penal en lo que atañe a las garantías y los derechos fundamentales.¹⁴

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

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

En ese sentido, Urosa Ramírez reflexiona lo siguiente:

Da la impresión de que se pretende convencer a la comunidad sobre la generosidad de la reforma constitucional, mostrando únicamente la punta del iceberg que oculta bajo el agua el enorme bloque de hielo que corresponde a una política criminal autoritaria, policíaca, de excepción... Lo cierto es que determinar si estamos ante un tramposo espejismo autoritario o una reforma garantista, dependerá en gran medida de la legislación secundaria o códigos de procedimientos penales que se promulguen durante la prolongada *vacatio legis* de la Constitución reformada; del cuestionamiento académico y forense; de los criterios jurisprudenciales que se vayan forjando conforme se desenvuelva la reforma... Indudablemente se viven momentos delicados, pues atendiendo a la exposición de motivos de la reforma —único medio confiable hasta ahora para inferir la postura del Constituyente permanente—, saltan a la vista una serie de interrogantes y justificadas preocupaciones. Empero, a pesar de ello, tenemos la esperanza de que la reforma resulte finalmente positiva, garantista y no un vulgar maquillaje cuyo trasfondo sea la imposición de un Estado policiaco. En fin, los dados están echados y no hay marcha atrás, ni tiempo para lamentaciones. La suerte de la reforma ahora depende en gran medida de todos los actores del drama penal, y puede tomar diferentes rumbos. Ojalá y se encamine por un sendero garantista que sirva como un eficiente equilibrio entre el interés público de sancionar al responsable de un ilícito y el respeto a las garantías procesales de éste, que es el punto crítico en torno al cual se agita toda la reforma penal.¹⁵

¹⁴ García Ramírez, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 52 y 53.

¹⁵ Urosa Ramírez, Gerardo, “Reflexiones en torno a la reforma constitucional en materia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 5, septiembre-octubre de 2008, pp. 158 y 159.

III. LA REFORMA PENAL ¿HACIA DÓNDE?

Como se mencionó al principio, se trató de una reforma penal con una amplia *vacatio legis* (ocho años), tiempo durante el cual el Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y la Asamblea del Distrito Federal debieron crear las normas secundarias conforme a los principios y orientaciones del nuevo esquema procesal penal. Es por ello que en ese mismo periodo los operadores del nuevo sistema tuvieron no sólo que capacitarse para llevar a cabo la correcta implementación de las reformas, sino fundamentalmente asumir un cambio sustancial en la manera de entender y aplicar el derecho penal, dejando atrás las prácticas y vicios del sistema inquisitorio y mixto.¹⁶

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

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

En relación con el tópico de la celeridad, el nuevo proceso penal mexicano pretende desarrollarse bajo mecanismos ágiles y rápidos.¹⁷

Así, el artículo 16 constitucional reformado señala que en los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas

¹⁶ Sobre el tema de la capacitación, Álvaro Vizcaíno Zamora puntualizó que no sólo deberá incluir a los servidores públicos que operen el sistema —como lo son jueces, agentes del Ministerio Público, peritos, defensores públicos y policías—, sino que tendrá que incluir a defensores particulares y, asimismo, modificar los planes y programas de estudio de las facultades de derecho. Vizcaíno Zamora, Álvaro, “Diez pasos para implementar la reforma constitucional en materia penal en los estados de la república”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009, pp. 167 y 168.

¹⁷ Esta celeridad es justificable, porque como lo explica Claus Roxin “Tomando en consideración que el proceso penal interviene sensiblemente en el ámbito de derechos de quien, posiblemente, es imputado o culpado injustamente y que la calidad de los medios de prueba (a saber, la capacidad de memoria de los testigos) disminuye con el transcurso del tiempo, existe un interés considerable en contar con una *administración de justicia penal rápida*”. Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, 25a. ed., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000.

de ley. En el mismo artículo se dispone que los jueces de control resolverán, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control judicial, pero garantizando los derechos de los inculcados o las víctimas.

La rapidez o inmediatez, sin embargo, no debe ser causa de improvisación ni determinaciones carentes de todo sustento, sino que el juez de control deberá velar por que las medidas que adopte tengan motivo y fundamento suficiente, por que en ello está la custodia de las garantías que el poder reformador le ha encomendado. La celeridad deberá ser un instrumento que impida la ocultación o destrucción de evidencia, y que, sin frustrar estos propósitos, evite o prevenga el atropello de los derechos fundamentales de los imputados, víctimas u ofendidos.¹⁸

En opinión de Ovalle Favela, si el juez de control tiene que resolver de inmediato, es poco probable que en sus resoluciones pueda garantizar los derechos de los inculcados, de las víctimas y de los ofendidos. Pero todavía es más grave, según el autor en comento, que pueda resolver por cualquier medio, sobre medidas cautelares y técnicas de investigación. El mandamiento escrito ha sido uno de los principales instrumentos para combatir la arbitrariedad, por lo que en su opinión “Es la única forma con la que se puede cumplir con la garantía de fundamentación y motivación; su supresión equivaldría a abrir las puertas a la arbitrariedad, derogar la garantía de fundamentación y motivación y prácticamente abolir el Estado de Derecho”.¹⁹

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

En la actualidad, el reto del proceso penal es buscar un equilibrio entre la libertad y el orden, siempre que se respeten los derechos constitucionales re-

¹⁸ En relación con este tópico, en entrevista con el juez Luis Ávila Benítez, coordinador de jueces de control y de juicio oral del Distrito Judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México, manifestó: “La inmediatez hace más efectivo el control judicial, habida cuenta que se atiende de manera rápida el requerimiento hecho al juez de control y para ello en el Estado de México se señalan las audiencias de tipo urgente en un plazo de dos a sesenta horas (a partir de la petición) dependiendo de la clase de tema que deba resolverse y se provee respecto de la solicitud en la misma audiencia, lo cual implica que en la propia audiencia ha quedado resuelto el tópico controvertido. Por ende, se garantiza sobremedida el control judicial, puesto que los actos motivo de impugnación ante el juez de control no tienen duración prolongada sin que el juzgador de mérito lo autorice, situación que da confianza a los ciudadanos porque saben de la presteza para que una situación procedimental sea controlada por el juez respectivo” (véase anexo 2 al final de este trabajo).

¹⁹ 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. 292.

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

En otras palabras, el juez se convierte en garante de los derechos y libertades del imputado y acusado (*giudice guardiano*). Por tanto, la función del proceso penal no puede reducirse exclusivamente a ser un instrumento de imposición de la pena, sino que es principalmente un instrumento de garantía de los derechos y libertades individuales. Desde esta perspectiva, podemos hablar de democratización del proceso penal. El debido proceso debe abarcar a la víctima u ofendido, carácter de parte procesal, presunción de inocencia y principio in dubio pro victima.²⁰

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

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

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

En efecto, es necesario que la investigación y persecución de los delitos sea realizada por un ente completamente autónomo, a fin de evitar cualquier tipo de interferencia de tipo político, social o económico, que impida o dificulte la importante función de investigar los delitos. Debe haber plena confianza en que el Ministerio Público no estará sujeto a ningún tipo de atadura o compromiso que le impida desarrollar sus atribuciones constitucionales. Si

²⁰ Aguilar López, Miguel Ángel, "Sistema acusatorio y derecho de excepción", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009, pp. 68 y 69.

esto se logra, los agentes del Ministerio Público de las entidades federativas y de la Federación podrán desplegar libre y responsablemente su actuación, y con ello será posible establecer un clima de confianza en los ciudadanos para denunciar o querrellarse por los delitos de los que sean víctimas.

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

Ese avance no se logra sólo con cambiar las leyes, endurecer las penas o con aparatosos operativos policíacos, sino con la incorporación de un sistema de investigación oportuno, profesional, tecnificado, que logre la obtención de evidencias que lleven a esclarecer de manera rápida y transparente los delitos o conductas antisociales, incluso en sus fases de planeación, preparación y desarrollo, lo que permitirá reducir las consecuencias del delito y abatir la impunidad.

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

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

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

El 15 de diciembre de 2016, un grupo de senadores de la LXIII Legislatura del Congreso de la Unión presentaron una iniciativa con proyecto de decreto que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia penal.²¹

La iniciativa de reforma constitucional propone eliminar el arraigo del sistema jurídico mexicano, en razón de que dicha figura contraviene los derechos humanos protegidos en la legislación nacional e internacional, al

²¹ La iniciativa en comento fue turnada a las comisiones unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia y de Estudios Legislativos, y su estatus procesal es pendiente de dictaminar al mes de marzo de 2017.

permitir la privación de la libertad de una persona acusada de delincuencia organizada por un periodo de cuarenta días, prorrogable hasta por otros cuarenta, al inicio de la investigación; esto es, cuando aún no se cuenta con información suficiente para establecer la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, ni su probable intervención en él, lo que es contrario al principio de presunción de inocencia, base del sistema penal acusatorio, y que además se puntualizó en la recomendación del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como resultado del último examen periódico universal aplicado al Estado mexicano.

La iniciativa en comento también propone hacer extensivo el obsequio de órdenes de aprehensión, eliminando el requisito de que se trate de un delito penado con privación de la libertad, así como disminuir las exigencias mínimas para su libramiento, bastando que se establezca la probabilidad de la existencia de un hecho que la ley señale como delito y la intervención de la persona en él, para hacer procedente la emisión del mandamiento de captura. En congruencia con lo anterior, se propone prescindir de la denominación de “datos de prueba” para aludir únicamente a la “probabilidad de la existencia de un hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él”, y así evitar la confusión que ha provocado dicho término en cuanto a su alcance.

Por cuanto hace a la detención por caso urgente, motivada por el riesgo de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia, se sugiere eliminar el requisito consistente en que se trate de un delito grave, así calificado por la ley, pues, como se menciona en la propuesta de reformas, lo que se busca es eliminar del orden constitucional mexicano la noción de “delito grave”.

Igualmente, se busca ampliar las facultades de los jueces en torno a la autorización de solicitudes de geolocalización en tiempo real de personas que probablemente estén involucradas en la comisión de un delito, y la creación de una ley nacional de delincuencia organizada, con la finalidad de que las autoridades de las entidades federativas tengan competencia para investigar el delito in cita, y así procurar la unidad en las investigaciones, que se ha visto mermada dada la distinción de esferas competenciales de los órganos persecutores federales y locales, con lo que se evitaría tanto la dispersión de recursos como la pérdida de la información que se derive de dichas investigaciones.

Se quiere además eliminar la prisión preventiva oficiosa que actualmente procede tratándose de los delitos señalados en el artículo 19 constitucional,²²

²² “...El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con

pues la aplicación de las medidas cautelares debe estar gobernada por los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

En efecto, explica la propuesta de reformas que las medidas cautelares sólo deben ser procedentes cuando resulten indispensables para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad; de otra forma, se atentaría contra el principio de presunción de inocencia y se vulneraría el conjunto de garantías que prevé el derecho internacional de los derechos humanos para el procesamiento penal de las personas.

De igual manera, la iniciativa en comento proyecta que el juicio de amparo en materia penal sea de estricto derecho, esto es, que verse únicamente sobre los conceptos de violación que formulen las partes sobre la resolución que les causa afectación en su esfera de derechos, y reducir su procedencia a los actos u omisiones que priven de la libertad a una persona, como podrían ser la sentencia condenatoria o la prisión preventiva, con la finalidad de evitar dilaciones innecesarias en el proceso, pues éste debe contar con los instrumentos adecuados para convalidar o subsanar los vicios formales que puedan producirse en su curso, logrando con ello hacer más ágil el proceso penal, disminuyendo, por ello, el tiempo de duración de la prisión preventiva impuesta, en su caso, y salvaguardando el principio de seguridad jurídica en beneficio del justiciable.

Aunado a lo anterior, los senadores proponen prescindir de la resolución sobre vinculación a proceso del indiciado, considerada como un remanente del sistema inquisitivo, equivalente al *auto de formal prisión*, que no se ajusta al nuevo sistema de justicia penal ni se incluye en la legislación procesal penal de otros países de América Latina en los que rige el sistema penal acusatorio y oral; ello en razón de que su principal objetivo era formalizar la investigación efectuada por el Ministerio Público para salvaguardar las garantías del imputado y que no fuera sometido arbitrariamente a prisión preventiva; sin embargo, la representación social tiene la potestad de solicitar la aplicación de alguna medida cautelar, si es que lo estima necesario para asegurar la comparecencia del imputado al procedimiento, y su aplicación deberá ser autorizada por el juez de control, para garantizar el respeto irrestricto de sus derechos humanos y en observancia de los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

En esa tesitura, al eliminar la figura de la vinculación a proceso se crea la necesidad de que exista congruencia entre la acusación y la sentencia

medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud...”.

definitiva, con la finalidad de salvaguardar la seguridad jurídica del imputado, respecto de los alcances de los cargos que pesan en su contra, así como modificar la nomenclatura constitucional condigna, con la finalidad de que la sentencia dictada en el denominado *procedimiento abreviado* se siga sobre la base del hecho previsto en el escrito de acusación y no en la resolución de vinculación a proceso.²³

IV. EL NUEVO ESQUEMA PENAL ORAL ACUSATORIO

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

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

En la reforma se abandona el sistema mixto, en el cual predominaba el inquisitivo, a través de la intervención ministerial desde la indagatoria y la etapa de instrucción, siendo quien presentaba las pruebas al juez, y si bien había pruebas de descargo, se estimaba que la base probatoria se sustentaba en la averiguación previa. Con base en los datos o pruebas recabados durante la averiguación previa, si se consideraban satisfechos el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, se promovía el ejercicio de la acción penal, con detenido o sin él. Posteriormente, esas mismas pruebas servían de base al auto de formal prisión o de sujeción a proceso, y durante la instrucción el Ministerio Público normalmente no allegaba más pruebas, en tanto que el inculpado y la defensa se ocupaban afanosamente de desvanecer o destruir las pruebas recabadas en la fase indagatoria. La sentencia penal, en el sistema mixto, en no pocas ocasiones presentaba casi el mismo contenido que el auto de formal procesamiento, y sólo se agregaba un capítulo sobre la individualización de las sanciones.

Ahora el paradigma tiende al proceso penal bajo el sistema “acusatorio y oral”, en el cual las partes intervienen en igualdad procesal con la presencia judicial, en una audiencia en la que se reciben las pruebas que sustenten la acusación, las cuales quedan sometidas al principio de contradicción e inmediación, fundamentalmente. Según el nuevo esquema procedimental, el Ministerio Público y los órganos de investigación pasan a tener funciones

²³ Véase anexo 4.

claras a lo largo del proceso: durante la investigación deberán recolectar los elementos que les permitan fundamentar su acusación y buscar respaldar sus carpetas con los medios idóneos para demostrar su pretensión punitiva.

Para Johana del Río Rebolledo, si bien nuestro sistema de justicia penal desde 1917 respeta la separación de funciones (persecución penal y juzgamiento), al establecer órganos diferentes del Estado de acuerdo con las funciones que desempeñan, en la práctica no se percibía claramente esta división en materia criminal, pues teníamos un Ministerio Público que en la etapa de investigación era autoridad, y el juez que, indirectamente, investigaba el delito debido a las facultades que se le concedían en la ley secundaria para el desahogo de la prueba; por ejemplo, las preguntas para mejor proveer cuando conllevan la incorporación de hechos nuevos que no han sido producidos por las partes, y menos incorporados por éstas a juicio y con una defensa disminuida a un mero requisito de procedibilidad para condenar. Según esta autora, el principio acusatorio limita la posibilidad de confusión entre el acusador y el juzgador, estableciéndose claramente cuáles son las facultades y atribuciones que le corresponden a cada uno de ellos en los diversos apartados del artículo 20 constitucional.²⁴

V. PRINCIPIOS DEL SISTEMA ADVERSARIAL ACUSATORIO

Los principios de este sistema se enuncian como los de:

- a) Publicidad
- b) Contradicción
- c) Concentración
- d) Continuidad
- e) Inmediación

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

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

²⁴ Río Rebolledo, Johana del, "Reforma al artículo 20 constitucional", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008, pp. 174 y 175.

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

En ese sentido, los legisladores estimaron lo siguiente:

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

Una vez que se ha cerrado la investigación y se ha formulado una acusación, el juez de control que dicta el auto de vinculación y la resolución de apertura a juicio, deja de ser competente para conocer del juicio. La idea con esta previsión es que el juez o el tribunal del juicio no tenga sino el auto de apertura en el que se indique cuál es la acusación y la prueba que será desahogada en el juicio y que el órgano de decisión escuchará por primera vez.²⁵

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

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

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

En consecuencia, los jueces deben estar avocados a presidir las audiencias, por lo que podrán llevar a cabo una audiencia a la vez, y el principio de continuidad dispone que esa audiencia debe terminar antes del inicio de otra. Entonces, se requiere de una adecuada organización de la agenda del juzgado para evitar que se empalmen o interrumpan las audiencias del juicio oral.

El Código Nacional de Procedimientos Penales concentra los principios constitucionales del sistema penal acusatorio en sus artículos 4o. al 9o., y adiciona los de igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, juicio previo

²⁵ Cámara de Senadores, *Dictamen, op. cit.*, p. 39.

y debido proceso, presunción de inocencia y prohibición de doble enjuiciamiento.

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

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

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

- a) Cualquier cosa que forme convicción en el tribunal y que pase el *test* de credibilidad en el juicio oral puede ser considerada prueba. Por ende, los medios probatorios no se encuentran taxativamente establecidos en la ley, y están abiertos al modo en que las partes quieran presentar su caso.
- b) Cualquier hecho puede ser probado por cualquier medio. La ley no obliga a probar ningún hecho a través de medios específicos. Esto supone que la jurisprudencia desarrolle estándares para determinar criterios respecto de la prueba.
- c) No hay valor predeterminado de ningún medio probatorio. La palabra clave en el tratamiento de la prueba por parte de los jueces en lo penal es ésta: “credibilidad”. Es cierto que esa credibilidad debe estar fundada, pero también es cierto que esa fundamentación tiene componentes subjetivos, y que, por ende, no puede ser determinada más que por el juez que está frente al examen de la prueba. No hay, por ende, credibilidad determinada por la ley. Una parte podrá presentar diez testigos para acreditar un hecho, y la otra sólo uno que los contradiga: nada le impide al juez conceder mayor credibilidad a este único testigo que a los restantes diez, con tal que ese testigo haya concitado su credibilidad y que esa credibilidad pueda ser fundada.

- d) La prueba por excelencia en un sistema como éste, es lo que la cultura continental conoce como “prueba indiciaria”, y lo que el sistema anglosajón denomina “prueba circunstancial”. La prueba indiciaria es aquella que exige una mediación inductiva del tribunal, para llegar a la conclusión de que un determinado hecho está probado. El juez, finalmente, deberá inducir una cierta verdad de toda esta evidencia puesta en relación.²⁶

En mi opinión, la valoración libre de la prueba no puede traducirse en arbitrariedad o falta de motivación al momento de apreciar la prueba. Debe existir voluntad discrecional en los jueces, pero no motivación e irresponsabilidad, que son notas que caracterizan al sistema de la íntima convicción, que se encuentra en la base de las normas que se refieren a la valoración de la prueba a la conciencia del juez, sino que, como acertadamente lo destaca el doctor Juan Montero Aroca, no puede seguirse afirmando que la valoración de la prueba en el proceso penal es simplemente libre.

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

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

²⁶ Vargas, Juan Enrique y Baytelman, Andrés, “Destrezas del juez en los juicios orales”, *Iter Crimínis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 5, septiembre-octubre de 2008, pp. 112-114.

dos, sino atendiendo al conjunto de todos los medios de prueba practicados. La utilización de una valoración conjunta, conduce a una consecuencia no admisible: la no motivación real de las sentencias, en cuanto que, en ellas no quedan claras las máximas de la experiencia que llevan al juez a conceder valor a un medio de prueba y a negárselo a otra.²⁷

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

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

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

- ¿De quién es la experiencia relevante para la elaboración de una máxima?
- ¿La del juez?
- Pero, entonces, ¿cuántos casos debe haber visto y decidido el juez para formarse esa experiencia?
- O en cambio ¿se trata de la experiencia de un ambiente social o cultural? ¿Cuál?, ¿cuán amplio?, ¿cuán homogéneo?, ¿cuánto tiempo ha

²⁷ Montero Aroca, Juan, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 62-64.

sido necesario para que la experiencia de un grupo social se haya consolidado en una regla general?

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

Por ejemplo, si una máxima de experiencia contradice una ley científica, el juez debe recurrir a ésta y no a aquélla. Además, si dos máximas de experiencia se contradicen —como sucede a menudo— el juez debe comprobar cuál de ellas es más atendible, y si es el caso, concluir que no lo son ninguna de las dos. El juez debe comprobar de la manera más cuidadosa posible el fundamento cognoscitivo de la máxima de la experiencia, eventualmente descartándola y comprobando la posibilidad de utilizar otras máximas, hasta que pueda “anclar” firmemente las nociones que adopte sobre una base generalmente compartida (Wagenaar, van Koppen y Crombag, 1993: 61 ss., 73 ss., 237 ss.). El juez, por otra parte, no debe sobreestimar el valor lógico y heurístico de la noción que utiliza: en particular, no debe considerar como general una noción que expresa sólo la posibilidad o la eventualidad infrecuente de que un hecho se produzca. Finalmente, el juez debe saber distinguir entre la formulación de generalizaciones fácticas y la expresión de valoraciones éticas, estéticas o culturales que forman una parte importante del sentido común de la cultura media, pero no sirven para fundar inferencias dirigidas al conocimiento probatorio de los hechos [Taruffo, 2002: 132 ss., 312 ss. (trad. Cast.: 117 ss., 285 ss.)].²⁸

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

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

La Constitución reformada establece también que para los efectos de la sentencia sólo se considerarán aquellas que hayan sido desahogadas en la audiencia del juicio, aunque se autoriza admitir en el juicio oral la

²⁸ Taruffo, Michele, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 267-270.

prueba anticipada, que por su naturaleza requiera desahogo previo (fracción III, apartado A, artículo 20, constitucional).²⁹ La regla general es clara. Sólo es posible tener en cuenta las pruebas que se reciban en audiencia pública, y que se sometan al escrutinio del tribunal, mediante debate de las partes.

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

En el sistema chileno, para que la prueba recibida anticipadamente pueda ser incorporada mediante lectura en el juicio es necesario que el temor que fundamentó su recepción anticipada se haya concretado al momento de la celebración de la audiencia; esto es, que a esa fecha, por ejemplo, el testigo haya fallecido o caído en incapacidad, se encuentre ausente a larga distancia o no pueda declarar por cualquier obstáculo semejante. Si esta circunstancia no se cumple al momento del juicio oral, la excepción que permite su incorporación mediante lectura deja de operar, y, por tanto, el testigo o perito deben comparecer ante el tribunal y declarar o desahogar el cuestionario correspondiente.³⁰

Esa misma línea sigue el Código Nacional de Procedimientos Penales, que en su artículo 306 establece que si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma.

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

El principio de publicidad se aborda desde dos puntos de vista contrapuestos: el primero se define como una garantía constitucional que propiciará en el proceso penal, que el juzgador se conduzca de manera imparcial y con estricto apego a derecho, pues permite que los ciudadanos tengan un control sobre la justicia y que las sentencias sean un reflejo de la deliberación de pruebas surgidas dentro del juicio oral; en tanto que el segundo se

²⁹ “La prueba anticipada procede en aquellos casos en los que la prueba corra el riesgo de perderse si no se recaba anticipadamente. Una vez realizada la diligencia judicial de anticipo de prueba el resultado de la misma se incorpora por lectura al juicio oral”, Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

³⁰ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. II, pp. 143 y 144.

entiende relacionado con los intereses del estado, pues como acertadamente sostiene el doctor Sergio Gabriel Torres, "... el hecho de que el enjuiciamiento se encuentre abierto a conocimiento de los integrantes de la sociedad deviene un elemento hábil para lograr los fines de prevención general que cierta posición sostiene como finalidad de la pena...";³¹ lo cual torna más fuerte el efecto intimidatorio de la pena.

Al decir del jurista Alberto Binder: "El juicio público implica un modo particular de insertar a la justicia en el medio social: implica que ella cumple con su tarea de transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia...".³²

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

El principio de contradicción se concibe como uno de los principios más notorios y medulares en el desarrollo del juicio oral, ya que refiere a la posibilidad de que las partes o sujetos procesales puedan intervenir con igualdad de fuerzas dentro del proceso penal y realicen libremente todo lo jurídicamente posible para desvirtuar o controvertir el caso de la contraparte. Para el juez chileno Rodrigo Cerda San Martín, el principio de contradicción es un "derecho que propugna que los litigantes deben encontrarse en una posición de igualdad, disponiendo todos ellos de los medios, recursos y oportunidades necesarias para que puedan formular sus alegatos y peticiones, y para que rindan sus pruebas".³³

El jurista José Antonio Neyra Flores explica:

...dicha contradicción permite también que el juez pueda aceptar una información que ha sido debidamente procesada y puesta a prueba, y que la contraparte será quien trate de desvirtuarla utilizando toda su capacidad para desmentirla, a través del contraexamen. Este principio del juicio oral, nos conmina a una bilateralidad en el proceso penal, entiéndase como una lucha en igualdad de armas.³⁴

³¹ Torres, Sergio Gabriel *et al.*, *Principios generales del juicio oral penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006, p. 39.

³² Binder, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005, p. 103.

³³ Cerda San Martín, Rodrigo, *El juicio oral*, Chile, Metropolitana, 2003, p. 125.

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

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

...se traduce en la realización del debate en una sola audiencia, y en caso de no ser materialmente posible, en el menor número de audiencias consecutivas y con la mayor proximidad temporal entre ellas, a fin de evitar que el transcurso del tiempo borre la impresión que el juzgador pueda formarse en relación al acusado y los actos del debate...³⁵

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

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

No es óbice a la hipótesis contemplada dentro de este principio, el hecho de no poder concentrar el debate dentro de la misma audiencia, porque esta situación únicamente da lugar a que de manera excepcional se difiera la misma dentro de un plazo razonable previamente establecido por la norma. Así sucede en el proceso penal chileno, porque como bien lo apunta el jurista Patricio Llancamán Nieto, "... caso extraordinario en el que el juicio oral no haya concluido, no obstante terminar la hora de funcionamiento del tribunal, el artículo 282 indica que el juicio podrá prolongarse en sesiones sucesivas procurando así la continuidad del juicio...";³⁶ así también, se deberá expresar el motivo por el cual dicha audiencia no podrá concluirse de manera continua, motivos que se fraccionan en causales subjetivas y objetivas. Las causales subjetivas son aquellas que paralizan el proceso oral, y que son atribuibles a las partes; en tanto que las objetivas son las que implican una paralización del proceso oral por circunstancias propias a las diligencias o actos procesales desarrollados dentro del propio proceso oral. Consecuen-

³⁵ Torres, Sergio Gabriel *et al.*, *op. cit.*, p. 45.

³⁶ Llancamán Nieto, Patricio, *El juicio oral penal*, Santiago, Jurídica La Ley, 2003, pp. 102 y 103.

cia de lo anterior se tiene como ejemplo la necesidad de la realización de diligencias probatorias en lugares distintos de aquel en que se lleva a cabo el debate.

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

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

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

En ese sentido, como lo destaca Alex Carocca como consecuencia de la exigencia de la presencia directa del juez que requiere el juicio oral, surge naturalmente la intermediación, y para que ésta sea posible se requiere llevar adelante el proceso en audiencias programadas en las que se agote el examen de los medios de prueba, en que aparece también como consecuencia connatural de la oralidad, la concentración, y además facilita que el juicio sea público; es decir, pueda ser presenciado por cualquier persona.³⁷

El principio de oralidad será el medio principal utilizado en el proceso penal a implantar motivo de la reforma constitucional de 2008, en la inteligencia de que la oralidad no significa la reproducción oral de escritos, actas o dictámenes, sino la declaración sobre la base de la memoria del imputado, víctima, testigos o peritos, que deben ser oídas por las partes y los jueces, declaración que será acompañada y robustecida a través de la actuación

³⁷ Carocca P., Alex, “Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Chile, ConoSur, 2000, p. 59.

corporal y gesticulación de las partes del proceso, que incrementará la potencia expresiva de aquélla, con el fin de otorgar al juzgador los elementos de convicción idóneos para la valoración de las pruebas de manera directa.

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

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

1. Presunción de inocencia a través de la eliminación del catálogo de delitos graves y el establecimiento de reglas más racionales para la prisión preventiva...

2. La inmediación procesal, de tal manera que sólo tenga valor probatorio la evidencia que se desahogó en presencia inmediata del juez (y no del Ministerio Público, del secretario o de la mecanógrafa) para que realmente se cumpla la garantía de ser juzgado por un juez imparcial.

3. La contradicción procesal y la igualdad entre las partes que permitan articular un proceso dialéctico de valoración de la prueba para conocer la verdad de los hechos a partir de la presentación de pruebas y argumentos de manera equilibrada y en igualdad de circunstancias entre la defensa y el Ministerio Público.

4. La publicidad y transparencia de los procesos penales para instruir y juzgar a la vista de la sociedad y bajo su control...

5. La concentración y la economía procesal para que las audiencias puedan llevarse a cabo con la interacción de todos los actores, lo que ayudará a desahogar los procesos con agilidad y eficacia. Recordemos que la palabra audiencia se refiere a oír, no a leer o a escribir.

6. La oralidad que permita conocer los alegatos, las pruebas y las decisiones de manera presencial...³⁸

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

Siguiendo el estudio de los principios, encontramos que la fracción V, apartado A del artículo 20 constitucional, señala que las partes tendrán igualdad procesal para sostener la acusación o la defensa, lo que robustece el principio de contradicción, e igualmente establece que la carga para

³⁸ Baytelman, Andrés y Duce, Mauricio J., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 18 y 19.

demostrar la culpabilidad le corresponde al Ministerio Público, conforme lo establezca el tipo penal. El *onus probandi* es únicamente para el Ministerio Público. El imputado puede contradecir las pruebas u objetarlas de cualquier modo; pero ello no implica en sí carga probatoria.

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

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

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

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que

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

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

Por el contrario, la Convención Americana requiere que, en aplicación del debido proceso legal, y de los principios de derecho penal universalmente aceptados, el juez debe circunscribirse a determinar la responsabilidad penal

y aplicar la pena a un imputado a partir de la valoración de los elementos de convicción con que cuenta.³⁹

En nuestro país, luego de la reforma constitucional penal de junio de 2008, se incorporó expresamente la presunción de inocencia. En ese sentido, el artículo 20, apartado A, prescribe que uno de los objetivos del nuevo proceso acusatorio es la protección del inocente, y que ese principio rige también en las audiencias preliminares del juicio. En tanto que el propio artículo 20, apartado B, fracción I, establece el derecho de todo imputado: “A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa”.⁴⁰

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

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al estudiar los alcances de la presunción de inocencia, consideró que trasciende la órbita del debido proceso, pues con su aplicación se garantiza la protección de otros derechos fundamentales, como son la dignidad humana, la libertad, la honra y el buen nombre, que podrán resultar vulnerados por actuaciones penales o disciplinarias irregulares.⁴¹

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

La Constitución establece que una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su termi-

³⁹ CIDH, caso Figueredo Planchart c. Venezuela, pp. 118 y 119. La cita es de O’Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004, pp. 399 y 400.

⁴⁰ Efectivamente, este principio se incorpora ahora en forma expresa al texto constitucional, porque anteriormente se consideraba contenido de manera implícita en la Constitución federal. Así se estimó por el Pleno de la Suprema Corte de la Justicia de la Nación en la Tesis P. XXXV/2002, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

⁴¹ Tesis 2a. XXXV/2007, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

nación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley secundaria.

La fracción VII, apartado A, del artículo 20 constitucional, puntualiza que si el imputado reconoce ante la autoridad judicial voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias su participación en el delito y existen medios de prueba suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia, y la ley establecerá los beneficios que los jueces podrán otorgar a los acusados que acepten su responsabilidad penal.

En relación con lo anterior, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Artículo 201. Requisitos de procedencia y verificación del Juez.

Para autorizar el procedimiento abreviado, el Juez de control verificará en audiencia los siguientes requisitos:

I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;

II. Que la víctima u ofendido no presente oposición. Sólo será vinculante para el juez la oposición que se encuentre fundada, y

III. Que el imputado:

- a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
- b) Expresamente renuncie al juicio oral;
- c) Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
- d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
- e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

Artículo 202. Oportunidad.

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

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

Cuando el acusado no haya sido condenado previamente por delito doloso y el delito por el cual se lleva a cabo el procedimiento abreviado es sancionado con pena de prisión cuya media aritmética no exceda de cinco años,

incluidas sus calificativas atenuantes o agravantes, el Ministerio Público podrá solicitar la reducción de hasta una mitad de la pena mínima en los casos de delitos dolosos y hasta dos terceras partes de la pena mínima en el caso de delitos culposos, de la pena de prisión que le correspondiere al delito por el cual acusa.

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

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

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

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

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

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

La redacción que se eligió obedece a la necesidad de dimensionar adecuadamente esta figura procesal. Frente a otras alternativas que se encontraban en discusión se decidió adoptar aquella que refiere que será nula toda prueba que sea recabada con violación a derechos fundamentales, y no tan sólo a violaciones legales. Ello es así porque algunas violaciones de dispositivos legales pueden ser saneadas y corregidas en el curso del proceso, sin que ello se traduzca en la afectación de los derechos. Ampliar la exclusión de prueba a supuestos que no suponen indefensión o vulneración de otras garantías podría llegar a producir la repetición de actos procesales inútiles o la anulación de decisiones sobre la base de puros formalismos, lo cual puede afectar una efectiva procuración de justicia.⁴²

⁴² Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*

En un artículo, Miguel Carbonell refiere que:

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

El principio de nulidad de prueba se proyecta tanto a lo que los procesalistas llaman “actividad probatoria”, como a la prueba misma. La actividad probatoria comprende los actos procesales y extra-procesales por medio de los cuales se obtiene información que puede ser relevante dentro de un proceso, los actos de incorporación de tales elementos dentro del proceso (aportación de fuentes y proposición de medios de prueba), los actos procesales por los que se extrae y se pone ante el juzgador la información contenida en tales fuentes y el proceso de valoración de esa información por parte del juez.⁴³

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

Es interesante recordar también, que la regla que ordena la exclusión de las pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales (conocida como *exclusionary rule*) surgió en Estados Unidos de América a partir de resoluciones en las que la Corte Suprema de ese país, luego de reconocer

⁴³ Carbonell, Miguel, “Sobre el principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009, pp. 191 y 192.

la ilegalidad de allanamiento al domicilio del acusado, determinó que los tribunales no pueden basar sus sentencias en pruebas obtenidas por medios inconstitucionales.

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

En el caso de México, existen precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los que previamente a la reforma constitucional, el Pleno del máximo tribunal del país resolvió que las grabaciones derivadas de intervención de comunicaciones privadas sin autorización judicial constituyen pruebas ilícitas, carentes de todo valor probatorio.⁴⁴

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió jurisprudencia por contradicción de tesis, en la que sostuvo que la orden de cateo debe cumplir cabalmente con los requisitos del artículo 16 constitucional, porque de lo contrario dicha orden y las pruebas que se hayan obtenido como consecuencia directa de la misma carecen de existencia legal y eficacia probatoria.⁴⁵

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

⁴⁴ Tesis P. XXXIII/2008, “INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 6.

⁴⁵ Tesis 1a./J. 22/2007, “CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 111.

En tanto que la Segunda Sala anteriormente había señalado también que las pruebas ofrecidas en un juicio civil, obtenidas por un gobernado sin consentimiento expreso e irrefutable de los que entablan la conversación, incurre en ilícito constitucional, y, por tanto, no debe admitirse por el juez la prueba, pues ello implica convalidar un hecho que en sí mismo es ilícito.⁴⁶

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

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales señala que las pruebas o datos de prueba obtenidos con violación de los derechos fundamentales serán motivo de exclusión o nulidad.

La exclusión de pruebas ilícitas se llevará a cabo en la etapa intermedia, en la que una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de haber escuchado a las partes, el juez de control ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que se hayan obtenido con violación a los derechos fundamentales. En contra de dicha determinación procede el recurso de apelación, que de resultar fundado tiene como efecto la inclusión del medio de prueba indebidamente excluido, para su posterior desahogo en la audiencia de juicio.

La nulidad del medio de prueba puede hacerse valer por las partes en cualquier etapa del proceso, y el juez o tribunal deberá pronunciarse al respecto. El tribunal de enjuiciamiento deberá abstenerse de otorgar valor probatorio a aquellas probanzas que hayan sido obtenidas por medio de actos violatorios de los derechos fundamentales.⁴⁷

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

⁴⁶ Tesis 2a. CLXI/2000, “COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVOLABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.

⁴⁷ Artículos 264, 346, fracción II; 357, 467, fracción XI; 472 y 479 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

CUADROS COMPARATIVOS DEL SISTEMA PROBATORIO ANTES
 Y DESPUÉS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

	<i>Proceso anterior</i>	<i>Proceso oral y acusatorio</i>	<i>¿Se producen cambios importantes?</i>
Valoración de la prueba	Sistema tasado (valoración legislativa preconcebida). Sistema mixto (que surge de la reunión del sistema de libre valoración de la prueba y el sistema tasado).	Se elimina el sistema tasado o mixto. La valoración de la prueba se debe hacer de manera libre y lógica (artículo 20, apartado A, fracción II, constitucional).	Sí. Se elimina el sistema tasado de valoración de las pruebas.
Nulidad de prueba ilícita	Incipiente el mecanismo de anulación de pruebas obtenidas de manera ilícita, a partir de criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tesis aisladas de tribunales colegiados de circuito.	La Constitución establece que cualquier prueba obtenida con violación a derechos fundamentales será nula (artículo 20, apartado A, fracción IX constitucional).	No. En la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido criterios que se orientan a la eliminación de pruebas obtenidas con violación a derechos fundamentales.
Carga de la prueba	La carga de la prueba para demostrar la responsabilidad es del Ministerio Público.	La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora (artículo 20, apartado A, fracción V, constitucional).	No. Prevalece la misma regla.
Ofrecimiento, preparación y desahogo de pruebas	En la etapa de averiguación previa se recaban las pruebas por el Ministerio Público para acreditar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculgado. Durante la instrucción que se desarro-	La regla general es que las pruebas se reciban o desahoguen en la audiencia del juicio, por excepción se pueden recibir pruebas anticipadas ante el juez de control (artículo 20, apartado A,	Sí. El nuevo sistema ordena que por regla general las pruebas se presenten en la audiencia del juicio, conforme a los principios de publicidad, intermediación y contradicción.

	<i>Proceso anterior</i>	<i>Proceso oral y acusatorio</i>	<i>¿Se producen cambios importantes?</i>
	<p>llaba ante el juez, la actividad probatoria del Ministerio Público era mínima o nula.</p> <p>La defensa alegaba pruebas para confrontar las recabadas por el Ministerio Público en la averiguación previa.</p>	fracciones II y III constitucional).	

VI. ETAPAS DEL NUEVO PROCESO ACUSATORIO

El nuevo proceso penal oral y acusatorio se compone por tres etapas: la de investigación, la intermedia y la etapa de juicio oral. A continuación expongo el objeto de cada una de estas etapas procedimentales, para lo cual me apoyo en la consulta al Código Nacional de Procedimientos Penales.

Etapas de investigación, que tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño. Comprende las siguientes fases: *a) investigación inicial*, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente, y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule imputación, y *b) investigación complementaria*, que comprende desde la formulación de la imputación, y se agota una vez que se haya cerrado la investigación.⁴⁸ Queda atrás la averiguación previa, en la que el Ministerio Público ha venido marcando el rumbo de la investigación, la recolección de pruebas y el desarrollo de las diligencias, con una reducida o nula intervención de los ofendidos, defensores e imputados.

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

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

⁴⁸ Artículo 211, fracción I del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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

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

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

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

En la prueba anticipada que requiera desahogo previo, el juez de control, previa solicitud de alguna de las partes, citará a una audiencia, en la que se expresarán las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar; y, de resultar procedente, admitirá y desahogará la prueba en el mismo acto.

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

La *etapa intermedia o de preparación del juicio* comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura a juicio. En términos del numeral 334 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la fase intermedia tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia de estudio. Esta etapa se compone de dos partes: una escrita y otra oral. La fase escrita iniciará con el escrito de acusación que formule el Ministerio Público, y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el auto de apertura a juicio. Las actuaciones que se desarrollan en esta etapa están encomendadas al juez de control.

Una vez concluida la fase de investigación complementaria, si el Ministerio Público estima que la investigación aporta elementos para ejercer la acción penal contra el imputado, presentará la acusación, en la que debe precisar con claridad los hechos atribuidos al enjuiciado, así como su clasificación jurídica, la autoría o participación concreta que le atribuya, y cubrir los requisitos restantes que detalla el artículo 335 de la ley procesal penal aplicable.

Una de las figuras integradas al sistema jurídico mexicano, resultado de la reforma constitucional de junio de 2008, fue la del acusador coadyuvante, y es precisamente en esta etapa donde la víctima u ofendido puede constituirse como tal, para formular por escrito su acusación, dentro de los tres días siguientes al de la notificación de la acusación formulada por el Ministerio Público. Asimismo, en ese mismo plazo podrá señalar los vicios formales del escrito de acusación, requerir su corrección, y ofrecer las pruebas que estime necesarias para complementar la acusación del Ministerio Público.

Desahogados los puntos anteriores y posterior al establecimiento de acuerdos probatorios, en su caso, el juez se cerciorará de que se ha cumplido con el descubrimiento probatorio a cargo de las partes y, si hubiera alguna controversia, abrirá debate entre las mismas y resolverá lo procedente.

El descubrimiento probatorio consiste en la obligación de las partes de darse a conocer entre ellas, los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia de juicio. En el caso del Ministerio Público, el descubrimiento comprende el acceso y copia a todos los registros de la investigación, así como a los lugares y objetos relacionados con ella, incluso de aquellos elementos que no pretenda ofrecer como medio de prueba en el juicio.

El descubrimiento probatorio por parte del imputado o su defensor consiste en entregar materialmente copia de los registros al Ministerio Pú-

blico a su costa, y acceso a las evidencias materiales que ofrecerá en la audiencia intermedia.

La víctima u ofendido, el asesor jurídico y el acusado o su defensor, deberán descubrir los medios de prueba que pretendan ofrecer en la audiencia del juicio en los plazos establecidos en los artículos 338 y 340 del Código, respectivamente, para lo cual deberán entregar materialmente copia de los registros y acceso a los medios de prueba, con costo a cargo del Ministerio Público.

Es pertinente señalar que como requisito de validez de la audiencia intermedia se ha dispuesto la presencia ininterrumpida del juez de control, Ministerio Público y defensor, lo que pone de relieve el respeto al principio de inmediación del juicio oral contemplado en el artículo 20 constitucional.

La víctima u ofendido del delito y el inculpado pueden manifestar su deseo de someterse a los medios alternativos de solución de controversias, en caso de ser procedente, con la finalidad de llegar al advenimiento en cualquier momento de la audiencia.⁴⁹

El juez, luego de examinar los medios de prueba ofrecidos y escuchar a las partes, ordenará fundadamente excluir aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos; que generen efectos dilatorios por ser sobreabundantes, impertinentes o innecesarios; que se hayan obtenido con violación a los derechos fundamentales, y que hayan sido declarados nulos, o que contravengan las disposiciones señaladas en el Código para su desahogo.

En el caso de que el juez estime que el medio de prueba sea sobreabundante, dispondrá que la parte que la ofrezca reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos desee acreditar los mismos hechos o circunstancias con la materia que se someterá a juicio.

Asimismo, en los casos de delitos contra la libertad y seguridad sexuales y el normal desarrollo psicosexual, el juez excluirá la prueba que pretenda rendirse sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. Las demás pruebas que hayan sido ofrecidas serán admitidas al dictar la resolución de apertura a juicio.⁵⁰

La resolución de apertura a juicio es dictada para finalizar la audiencia intermedia, y en ella se indica el tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia de juicio, la individualización de los acusados, las acusaciones que deberán ser objeto del juicio, las correcciones formales que

⁴⁹ Artículo 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁵⁰ *Ibidem*, artículos 334 a 347.

se hubieran realizado en ellas, los hechos materia de la acusación, los acuerdos probatorios a los que hubieran llegado las partes, los medios de prueba que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, la prueba anticipada, los medios de prueba que en su caso deban desahogarse en la audiencia de individualización de sanciones y de reparación del daño, las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan, las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate y las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.

La etapa de juicio, conforme al artículo 348 del Código Nacional de Procedimientos Penales, es la etapa de decisión de las cuestiones esenciales del proceso, que se realiza sobre la base de la acusación y en audiencia pública,⁵¹ en la que se deberá asegurar la efectiva vigencia de los principios de inmediación, publicidad, concentración, igualdad, contradicción y continuidad. La audiencia del juicio oral deberá tener lugar no antes de veinte ni después de sesenta días naturales contados a partir de la emisión del auto de apertura a juicio. Se debe citar oportunamente a todas las partes, en el entendido de que el acusado debe ser llamado por lo menos con siete días de anticipación al comienzo de la audiencia.

La Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales expresamente indican que los jueces que hayan intervenido en alguna etapa del procedimiento anterior a la audiencia de juicio no podrán fungir como tribunal de enjuiciamiento.

Atendiendo al principio de inmediación, el debate se realizará con la presencia ininterrumpida del o los miembros del tribunal de enjuiciamiento. La inasistencia de alguna de las partes producirá diversos efectos según sea el caso; ante la incomparecencia del defensor al debate, se considerará abandonada la defensa y se procederá a su reemplazo con la mayor prontitud por un defensor público, salvo que el imputado designe de inmediato otro defensor; en el caso de que quien no comparezca a la audiencia de debate sea el Ministerio Público, se procederá de inmediato a su reemplazo dentro de la misma audiencia.

⁵¹ De conformidad con el artículo 64 del Código en comento, el debate será público, pero el órgano jurisdiccional podrá resolver excepcionalmente, aun de oficio, que se desarrolle total o parcialmente a puerta cerrada, cuando pueda afectarse la integridad de alguna de las partes, o de alguna persona citada para participar en él, la seguridad pública o la seguridad nacional puedan verse gravemente afectadas, peligre un secreto oficial, particular, comercial o industrial, cuya revelación indebida sea punible, se afecte el interés superior del niño o de la niña en términos de lo establecido por los tratados y las leyes en la materia, y cuando el órgano jurisdiccional así lo estime conveniente.

Si el *asesor jurídico de la víctima u ofendido* abandona su asesoría, o ésta es deficiente, el órgano jurisdiccional le informará a la víctima u ofendido su derecho de nombrar a otro; si no quisiera o no pudiera nombrar un asesor, el órgano jurisdiccional lo informará a la instancia correspondiente para efecto de que se designe a otro, y en caso de ausencia, de manera excepcional, lo representará el Ministerio Público; y, finalmente, si quien no comparece a la audiencia es la víctima u ofendido constituido como coadyuvante, se le tendrá por desistido de su pretensión. Cuando un testigo o perito no se encuentre presente al iniciar la audiencia, pero haya sido debidamente notificado para asistir en una hora posterior y se tenga la certeza de que comparecerá, el debate podrá iniciarse.

El juez que dirija el debate ordenará y autorizará las lecturas pertinentes, hará las advertencias que correspondan, tomará las protestas legales, moderará la discusión e impedirá intervenciones impertinentes. Es de señalar, en este aspecto, que el Código Nacional de Procedimientos Penales prevé medidas que podrá implementar el juez para preservar la disciplina en la audiencia, como el apercibimiento, la multa, el arresto y la expulsión o el desalojo público de la sala de audiencias.

La audiencia de juicio comienza con la exposición concreta y oral que de la acusación hace el Ministerio Público y, en su caso, la víctima u ofendido, por conducto de su asesor jurídico; posteriormente, se concederá la palabra al defensor, quien podrá expresar lo que al interés del imputado convenga; hecho lo cual, se procederá al desahogo de pruebas; en primer lugar las admitidas al Ministerio Público, consiguientemente las de la víctima u ofendido, y finalmente las de la defensa.

Concluido el desahogo de las pruebas, el juzgador que preside la audiencia otorgará sucesivamente la palabra al Ministerio Público, al asesor jurídico y al defensor, para que expongan sus alegatos de clausura. Acto seguido, se otorgará al Ministerio Público y al defensor, la posibilidad de replicar y duplicar, y se otorgará la palabra, por último, al acusado, con lo que se declarará cerrado el debate.

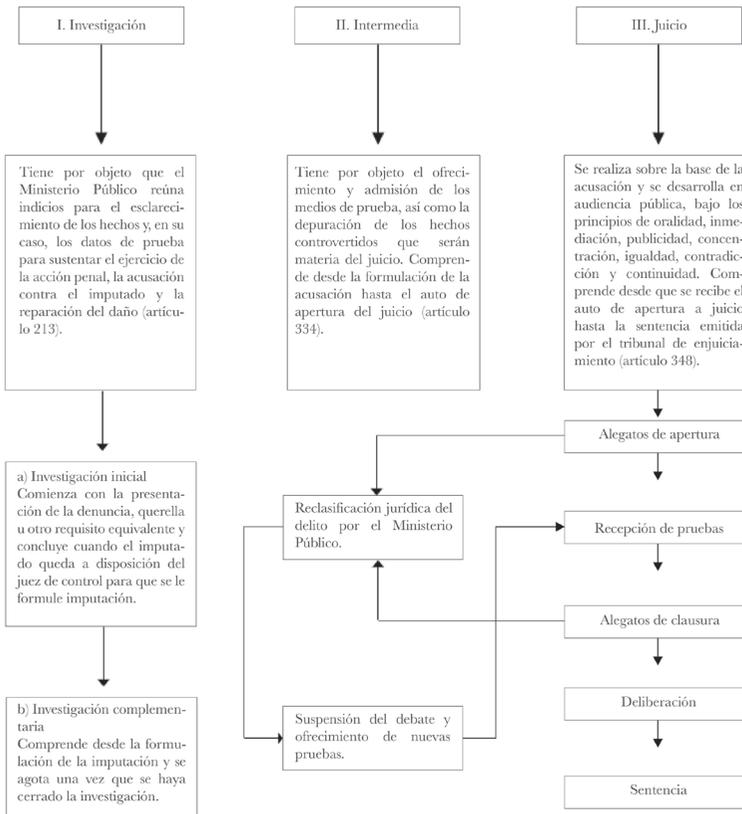
Al emitir sus alegatos de apertura o de clausura, el Ministerio Público podrá plantear una reclasificación respecto del delito invocado en su escrito de acusación. En este supuesto, el juzgador que preside la audiencia dará al imputado y a su defensor, la oportunidad de expresarse al respecto, y les informará sobre su derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención.

Luego de concluido el debate, el tribunal de enjuiciamiento ordenará un receso para deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta emitir

el fallo correspondiente. Una vez concluida la deliberación, el tribunal de enjuiciamiento se constituirá nuevamente en la sala de audiencia, con el propósito de que un juez relator comunique el fallo respectivo, en el que deberá señalarse la decisión de absolución o de condena, si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del tribunal, y la relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.⁵²

Enseguida, presentaré de forma gráfica las etapas del proceso penal oral y acusatorio, según el Código Nacional de Procedimientos Penales:

ETAPAS DEL PROCESO PENAL ORAL Y ACUSATORIO
 (SEGÚN EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES)



⁵² Artículos 20, apartado A, fracción IV constitucional; 9o., 57 y del 349 al 401 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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

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

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

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

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

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

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

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

Existen por lo menos cuatro serias deficiencias:

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

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

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

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

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

Adicionalmente, en función a que las atribuciones del juez de control serán básicamente, las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso (ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo en Jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales, ya sea diferenciando casos en los que se podrá aun disponer del amparo indirecto en proceso penales).⁵³

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

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

⁵³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El sistema penal acusatorio en México. Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, 2008, pp. 118 y 119.

llamadas a participar. Desde luego, reconozco que la Constitución no tendría por qué fijar con detalle la estructura del enjuiciamiento. Ya hay bastantes normas reglamentarias como para que sea necesario agregar precisiones de este carácter... empero, el establecimiento de esas atribuciones fundamentales debe ser explícito y claro, sobre todo cuando se trata de incorporar novedades relevantes en un procedimiento que durante más de un siglo ha tenido características diferentes de las que pretende imprimir la RC, y aún más si se considera que a partir de las normas constitucionales comenzará la enorme etapa de construir el nuevo sistema de justicia penal, entidad por entidad, a través de decisiones legislativas autónomas que deben instalarse en cimientos uniformes, perfectamente definidos...

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

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

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

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

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

- a) A la denominación de jueces de control se agregan las palabras “de garantías” para evidenciar o hacer patente su naturaleza como custodio de derechos fundamentales.

- b) De manera explícita se incorporan al texto constitucional las herramientas (principios) que pueden emplear los jueces de control de garantías para el ejercicio de sus atribuciones, específicamente los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica.
- c) Se describen íntegramente las atribuciones del juez de control de garantías para verificar la legalidad de las actuaciones del Ministerio Público, tales como omisiones en la investigación de los delitos, resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño; actos que, por corresponder a una función sustitutiva de los jueces de amparo, deberán ser impugnados a través de los recursos establecidos por la ley de la materia.

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

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

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

ria por ser la más benigna entre otras posibles para alcanzar el fin; y (iii) si el objetivo perseguido con la intervención compensa los sacrificios que ésta comporta para los titulares del derecho y la sociedad.⁵⁴

Como se desprende de lo anterior, la Corte Constitucional de Colombia ha considerado que una de las modificaciones más importantes al sistema procesal penal de ese país fue la creación del juez de control de garantías, porque en estos jueces se deposita la competencia para que, sin perjuicio de la interposición y ejercicio de las acciones de tutela cuando sea el caso, puedan adelantar un control sobre la aplicación del principio de oportunidad; sobre las capturas o detenciones que realice la Fiscalía General de la Nación y controles sobre medidas de registro, allanamiento, incautación e interceptación de llamadas, entre otros controles.

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

Chile

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

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

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

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

⁵⁴ Sentencia C-591/05, Corte Constitucional de Colombia, p. 31.

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

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

Artículo 41. *Registro de actuaciones ante los tribunales con competencia en materia penal.* Las audiencias ante los jueces con competencia en materia penal se registrarán en forma íntegra por cualquier medio que asegure su fidelidad, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente.

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

Si la detención se practicare en un lugar que se encontrare fuera del territorio jurisdiccional del juez que hubiere emitido la orden, será también competente para conocer de la audiencia judicial del detenido el juez de garantía del lugar donde se hubiere practicado la detención, cuando la orden respectiva hubiere emanado de un juez con competencia en una ciudad asiento de Corte de Apelaciones diversa. Cuando en la audiencia judicial se decretare la prisión preventiva del imputado, el juez deberá ordenar su traslado inmediato al establecimiento penitenciario del territorio jurisdiccional del juez del procedimiento. Lo previsto en este inciso no tendrá aplicación cuando la orden de detención emanare de un juez de garantía de la Región Metropolitana y ésta se practicare dentro del territorio de la misma, caso en el cual la primera audiencia judicial siempre deberá realizarse ante el juzgado naturalmente competente.

En los demás casos, cuando debieren efectuarse actuaciones fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias u órdenes urgentes, el Ministerio Público también podrá pedir la autorización directamente al juez de garantía del lugar. Una vez realizada la diligencia o cumplida la orden, el Ministerio Público dará cuenta a la brevedad al juez de garantía del procedimiento.

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

Las normas transcritas establecen que todas las actuaciones realizadas ante los jueces con competencia en materia penal (incluyendo al juez de garantía) se registrarán en forma íntegra por cualquier medio que asegure su fidelidad, como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente.

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

Por su parte, el Código Orgánico de Tribunales de esa nación sudamericana, en su artículo 14, inciso *a*, menciona que corresponderá a los jueces de garantías asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo con la ley procesal penal.

Estas ideas pueden ser avaladas con los comentarios de Cristián Riego y Mauricio Duce:⁵⁵

De modo muy general es posible afirmar que el juez deberá habitualmente ponderar, por una parte, el legítimo interés estatal en llevar adelante la persecución estatal de una manera eficaz. Así el juez debe considerar desde esta perspectiva que los fiscales son quienes intentan dar cumplimiento a las reglas de convivencia que nos hemos dado democráticamente por la vía de su aprobación en el parlamento y desarrollan esta actividad en nombre del conjunto de la comunidad, la que los ha comisionado para tal tarea. Por lo tanto, debe el juez permitirles ejercer su función razonablemente. Por otra parte, el sujeto afectado es un ciudadano que goza de todos los derechos que la Constitución establece a su favor, los cuales, en principio, no deberían ser afectados en modo alguno por la mera existencia de una imputación en su contra. Esta persona se encuentra especialmente protegida por la garantía de la presunción de inocencia que predica precisamente el deber del Estado de tratar a quien no ha sido condenado como inocente. Es decir, el juez debe procurar limitar al máximo cualquier perturbación, restricción o privación de los derechos del imputado dado que sólo al final del proceso se establecerá si existe o no base legítima para establecer esos efectos por medio de la pena.

⁵⁵ Riego R., Cristián, y Duce, Mauricio, “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000, p. 118.

GRÁFICA QUE MUESTRA LA INTERVENCIÓN
DEL JUEZ DE CONTROL
(SEGÚN TEXTO CONSTITUCIONAL)

Medidas cautelares y técnicas de investigación

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

Control sobre la acción penal

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

Prueba anticipada

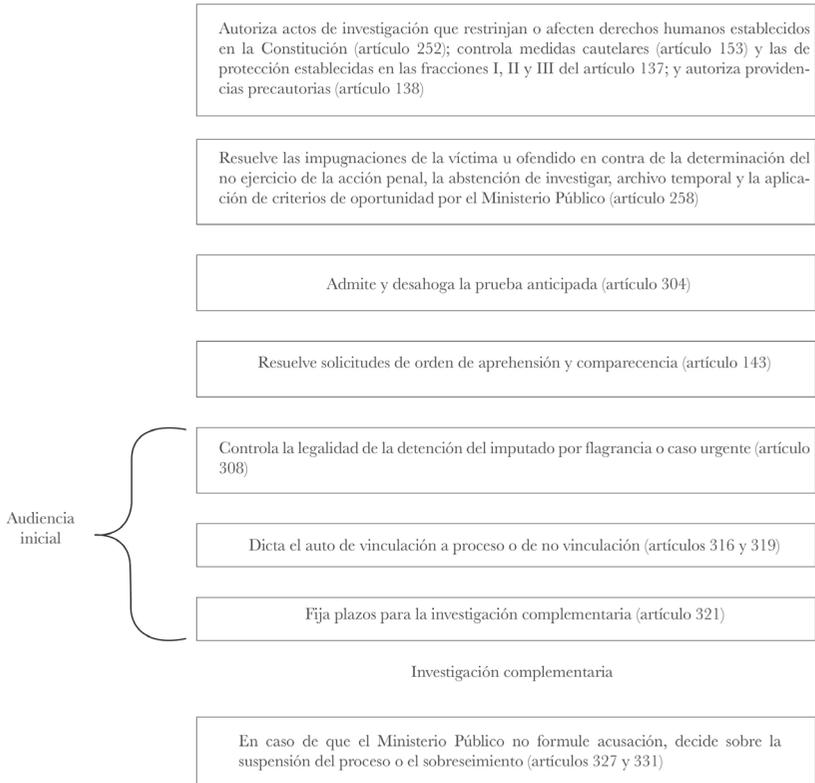
Controla la prueba anticipada (artículo 20, apartado A, fracción III constitucional)

Detención y vinculación a proceso

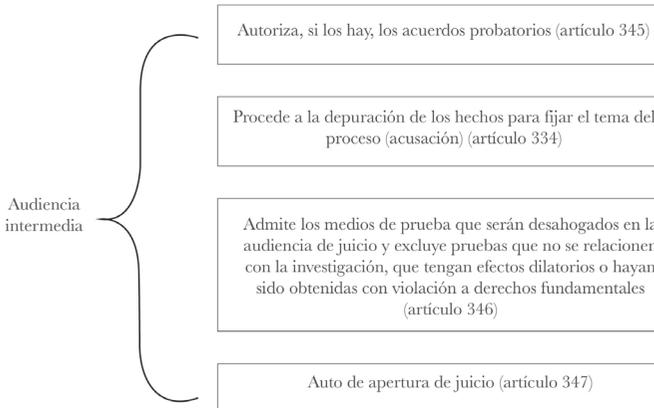
Audiencias preliminares sobre detención en casos de urgencia o flagrancia
(artículo 16, párrafo séptimo constitucional)
Formulación de imputación
Audiencia de vinculación a proceso
(artículo 19 constitucional)

FACULTADES DEL JUEZ DE CONTROL CONFORME AL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Etapa de investigación



ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO



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. Para ese fin tendremos en cuenta las disposiciones del Código Nacional de Procedimientos Penales.

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, 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); 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.⁵⁶

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 en el contexto jurídico la palabra “control” no se constriñe 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.

⁵⁶ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 121 y 122.

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 fundamentales 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.⁵⁷

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 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 atribuible al fiscal, es de tipo incidental, en la medida en 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.

⁵⁷ Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp. 35-38.

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.

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 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 pendencia 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 sucedía con el Código Federal de Procedimientos Penales.

Sobre el particular, el Código Nacional de Procedimientos Penales distingue entre medidas de protección, providencias precautorias y medidas cautelares. Las *medidas de protección* son aquellas que pueden aplicarse cuando el imputado represente un riesgo inminente para la seguridad de la víctima u ofendido, mientras que las *providencias precautorias* tienen como finalidad garantizar la reparación del daño; y las *medidas cautelares* son aquellas que pueden imponerse para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, evitar su obstaculización, o garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo.

Para González Chévez, las medidas cautelares en materia penal son garantías constitucionales de carácter procesal, que se adoptan por el órgano jurisdiccional o por la autoridad administrativa, destinadas a garantizar provisionalmente la efectividad de una eventual sentencia condenatoria, así como a evitar que el inculcado 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.⁵⁸

Por su parte, Peláez Sanz y Bernal Neto⁵⁹ 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

⁵⁸ González Chévez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Coyoacán, 2009, pp. 17 y 70.

⁵⁹ Peláez Sanz, Francisco y Bernal Neto, Juan Miguel, "Artículos doctrinales: derecho procesal penal", disponible en: <http://noticias.juridicas.com/extras/print.php?doc=../articulos/65Derecho%Procesal%2...>

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 objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 153 y 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales, las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial únicamente por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, evitar su obstaculización, o garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o de los testigos.

El juez podrá imponer medidas cautelares a petición del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, siempre que se haya formulado la imputación y el inculpado se acoja al término constitucional de 72 horas o su prórroga, o cuando se haya vinculado a proceso al imputado.

En caso de que el Ministerio Público, la víctima, el asesor jurídico, u ofendido, solicite una medida cautelar durante el plazo constitucional, dicha cuestión deberá resolverse inmediatamente después que se formuló la imputación. Para tal efecto, las partes podrán ofrecer aquellos medios de prueba pertinentes para analizar la procedencia de la medida solicitada, siempre y cuando la misma sea susceptible de ser desahogada en las siguientes veinticuatro horas.

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

1. *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.⁶⁰

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 inculpado 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 un párrafo del artículo 19 constitucional en los siguientes términos:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.⁶¹

Así las cosas, la prisión preventiva en nuestro sistema acusatorio no tiene un carácter abiertamente excepcional, porque se seguirá aplicando para

⁶⁰ Embríz Vázquez, José Luis y Pastrana Berdejo, Juan David, “Tópicos de la prisión preventiva”, *Arraigo y prisión preventiva. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, México, Flores, 2010, p. 103.

⁶¹ El párrafo citado fue reformado el 14 de julio de 2011 con la finalidad de hacer extensiva la procedencia de la prisión preventiva oficiosa al delito de trata de personas.

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).⁶²

No obstante, si se revisa el Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que no se siguió esa tendencia, porque en lugar de dejar en manos del juez la decisión de aplicar o no la prisión preventiva oficiosa, el legislador optó por conferir al Ministerio Público la atribución de solicitar al juez que no imponga esa medida cautelar, cuando a juicio del fiscal (con la autorización del procurador o el funcionario que en él delegue esa facultad) estime que no resulta proporcional para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima y de los testigos o de la comunidad (artículo 167).

En otro aspecto, el Código Nacional de Procedimientos Penales en el artículo 167 reproduce el texto constitucional en cuanto a que:

El juez de control en el ámbito de su competencia, ordenará la prisión preventiva oficiosamente en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley contra la seguridad de la Nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

⁶² Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos, *Código Modelo del Proceso Penal Acusatorio para los Estados de la Federación*, p. 72.

Pero indica también que “las leyes generales de salud, secuestro y trata de personas establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa” e igualmente los que así señale la ley en materia de delincuencia organizada.

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 los bienes jurídicos que se enumeran son tan amplios que permiten al legislador ordinario incrementar considerablemente la lista de los delitos graves.⁶³

También por García Ramírez, quien ha dicho 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.⁶⁴

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 ameritaban también dicha medida restrictiva de la libertad.

Dicho lo anterior, volvamos al examen del artículo 19 constitucional, el cual señala, en lo que interesa, que el Ministerio Público “sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el

⁶³ Ovalle Favela, José, *op. cit.*, p. 295.

⁶⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 5, pp. 104 y 105.

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 de 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 la reforma constitucional establece que el Ministerio Público “podrá” solicitar al juez, lo que es indicativo de 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.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece que en el supuesto de que el imputado esté siendo procesado por otro delito distinto de aquel en el que se solicite la prisión preventiva, el juez de control deberá analizar si ambos procesos son susceptibles de acumulación, en cuyo caso la existencia de proceso previo no dará lugar por sí sola a la procedencia de la prisión preventiva (párrafo segundo del artículo 167).

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 CEJA⁶⁵ se indica: si el Ministerio Público quiere solicitar una prisión preventiva, y pide una audiencia a ese efecto,

⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, p. 50.

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.

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 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.

Para finalizar este segmento, debemos decir que el Código Nacional de Procedimientos Penales señala que en caso de que el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o esté afectada de una enfermedad grave o terminal, el órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico, bajo las medidas cautelares que procedan. Esa regla se hace extensiva cuando se trate de mujeres embarazadas o de madres durante la lactancia; pero la norma faculta al juez para negar esa prerrogativa a quienes a su criterio puedan sustraerse de la acción de la justicia o manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social (artículo 166).

2. *Arraigo*

Al acudir al *Diccionario jurídico mexicano*,⁶⁶ localizamos 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 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 abrogado, en el artículo 133 bis (según reforma del *DOF* del 23 de enero de 2009), disponía 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:

⁶⁶ Décima ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

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

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 Federal de Procedimientos Penales mencionaba “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 inculcado se sustraiga de la acción de la justicia.

El arraigo es sin duda la medida cautelar personal que en México 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.

Sin embargo, 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 ochenta 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.⁶⁷

El exconsejero de la judicatura federal, magistrado César Esquinca Muñoa, 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 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.⁶⁸

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

⁶⁷ *Milenio*, 27 de marzo de 2010, disponible en: <http://www.milenio.com/node/410762>.

⁶⁸ Esquinca Muñoa, César, *La defensoría pública federal*, México, Porrúa, 2003, pp. 329 y 330.

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 treinta 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.⁶⁹

Lo cierto es que el constituyente permanente la incluyó en la reforma penal de junio de 2008, eliminando con ello toda posibilidad de impugnación, ya que en nuestro sistema jurídico nacional, en un primer momento era susceptible de impugnación el procedimiento de reformas constitucionales, no así el contenido de las normas constitucionales adicionales o reformadas; sin embargo, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo en 2013 se suprimió toda posibilidad de cuestionar las normas de la Constitución.⁷⁰

No obstante lo anterior, el arraigo sigue vigente en el texto constitucional, y en la última revisión que se hizo por la Suprema Corte de México, lo único que se indicó fue que de la reforma constitucional de 2008, las legislaturas locales carecen de competencia para legislar sobre aquella figura, por lo que una orden de arraigo emitida por un juez local no puede ser considerada constitucional, y que la orden relativa no actualiza la causa de

⁶⁹ 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.

⁷⁰ En ese sentido, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la jurisprudencia 2a./J. 3/2014 (10a.), “CONTROL DE ONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, t. II, febrero de 2014, p. 938.

improcedencia por cesación de efectos, con lo que se abandonó un anterior criterio que dispone lo contrario.

Estas ideas quedaron recogidas en las tesis de jurisprudencia que a continuación se transcriben:

ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN. La reforma a los artículos 16 a 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues estableció un nuevo modelo de justicia penal que transformó el sistema mixto en acusatorio u oral; entre otras modalidades, introdujo la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal tratándose de delitos de delincuencia organizada, bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala. Es así que a partir de esa fecha el referido artículo 16 reguló constitucionalmente la procedencia del arraigo, reservándola para delitos de delincuencia organizada, respecto de los cuales por disposición expresa del diverso precepto 73, fracción XXI, corresponde legislar en exclusiva al Congreso de la Unión; de ahí que a partir de esa data los Congresos Locales carecen de competencia para legislar en esa materia.⁷¹

ARRAIGO. LA ORDEN RELATIVA NO ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA POR CESACIÓN DE EFECTOS (ABANDONO DE LA TESIS AISLADA IA. LXXXIII/2001). La causa de improcedencia del juicio de amparo prevista tanto en la Ley de Amparo abrogada como en la vigente, consistente en “Cuando hayan cesado los efectos del acto reclamado” ha sido interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que, para que se actualice, se requiere de lo siguiente: a) desde luego, de un acto de autoridad que se estime lesivo de derechos fundamentales y que motive la promoción de la demanda de amparo en su contra; b) de un acto de autoridad que sobrevenga, dentro del procedimiento constitucional, dejando insubsistente, en forma permanente, el que es materia del juicio de amparo; c) de una situación de hecho o de derecho que destruya, en forma definitiva, el acto que se reclama, volviendo las cosas al estado que tenían antes de la promoción de la demanda de garantías; d) de una situación de hecho que sobrevenga durante

⁷¹ Tesis P./J. 31/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Décima Época, t. I, mayo de 2014, p. 269.

la tramitación del juicio y haga imposible el cumplimiento de la sentencia protectora que, en su caso, llegare a pronunciarse. Asimismo, ha sustentado que para su configuración, no es suficiente que la autoridad responsable derogue o revoque el acto reclamado, sino que es necesario, además, que sus efectos queden destruidos de manera absoluta, completa e incondicional, como si se hubiese otorgado el amparo, es decir, como si se hubiese restituido al quejoso en el pleno goce del derecho violado, de tal manera que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la violación constitucional. Ahora bien, la orden de arraigo tiene dos momentos: la restricción de la libertad deambulatoria del indiciado, por un término no mayor a cuarenta días; y que, en ese plazo, se recaben elementos probatorios por el Ministerio Público para lograr el éxito de la investigación. Es claro que el primer momento inicia y fenecce el día y hora que indica la autoridad judicial al momento de emitir dicho acto; el segundo momento, al estar sujeto a un plazo tiene principio y fin; sin embargo, las pruebas que se recaben en dicho plazo, que tienen el objetivo de lograr el éxito de la averiguación, lógico es, no fenecen con este último, pues lo obtenido tendrá efectos en actos judiciales posteriores. En esta tesitura, si para considerar actualizada la causa de improcedencia por cesación de efectos no es suficiente que la autoridad responsable derogue o revoque el acto reclamado, sino que es necesario que sus consecuencias queden destruidas de manera absoluta, completa e incondicional, como si se hubiese otorgado el amparo y restituido al quejoso en el pleno goce del derecho transgredido de tal manera que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la violación constitucional, ello permite concluir que contra el acto consistente en la orden de arraigo no puede sobrevenir dicho supuesto de improcedencia pues las pruebas recabadas en su duración subsistirán y tendrán efectos en actos de autoridad concretos posteriores, por lo que no puede actualizarse la causa de improcedencia del juicio de amparo por cesación de efectos. Por lo anterior, se abandona el criterio sustentado en la tesis aislada 1a. LXXXIII/2001, emitida por la Primera Sala, de rubro: “ARRAIGO. CESAN SUS EFECTOS CUANDO CON MOTIVO DE LA EMISIÓN DE LA ORDEN DE APREHENSIÓN SE HAYA LEVANTADO DICHA MEDIDA PRECAUTORIA”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XIV, agosto de 2001, página 168.⁷²

Ante este panorama ¿qué puede hacerse? En nuestra opinión, la utilización de esta medida puede atemperarse en la medida de las exigencias que deben imponer los jueces de control al Ministerio Público. Si la ley hace referencia a la noción de necesidad y proporcionalidad para el éxito de la investigación, o que es necesaria para la protección de personas o bie-

⁷² Tesis 1a./J. 33/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 168.

nes jurídicos, o evitar la fuga del indiciado, es necesario exigir evidencia que justifique aquella necesidad, que demuestre al menos indiciariamente que el inculpado 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 también comprobar si efectivamente existe tal necesidad; esto es, deberán abordar el examen de la proporcionalidad para decidir si es estrictamente necesaria esa medida.

Siguiendo esa línea argumentativa, la iniciativa con proyecto de reforma constitucional en materia penal, presentada por el grupo de senadores de la República, a la que se hizo referencia anteriormente, propone eliminar del texto constitucional la figura del arraigo, que como ya se manifestó, no es congruente con las garantías que conforman el sistema de justicia penal acusatorio y oral, lo que propiciaría que el proceso penal mexicano se ajuste más a los estándares internacionales, y con ello se logre el respeto irrestricto de los derechos humanos de las personas imputadas.

3. Otras medidas cautelares

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 155, establece que a solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez de control podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares:

- a) La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe.
- b) La exhibición de una garantía económica.
- c) El embargo de bienes.
- d) La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.
- e) La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez.
- f) El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada.
- g) La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares.

- h) La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa.
- i) La separación inmediata del domicilio.
- j) La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos.
- k) La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral.
- l) La colocación de localizadores electrónicos.
- m) El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga.

Las medidas cautelares alternativas tienen como finalidad sustituir a la prisión preventiva, por ser menos gravosas. 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, a 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.

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 garantía económica, 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.

Los artículos 153 y 154 del Código Nacional de Procedimientos Penales, en ese orden, señalan que las medidas cautelares serán impuestas mediante resolución judicial, por el tiempo indispensable para asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido, o del testigo, o de evitar la obstaculización del procedimiento. El juez, dice el segundo de estos preceptos, podrá imponer las medidas de que se trata, cuando formulada la imputación, el propio imputado se acoja al término constitucional, ya sea éste de una duración de setenta y dos horas o de ciento cuarenta y cuatro, según sea el caso; o, se le haya vinculado a proceso.

Por su parte, los artículos 157, 158 y 159 del Código Nacional de Procedimientos Penales mencionan que las medidas cautelares serán resueltas por el juez de control, en audiencia y con presencia de las partes. Sólo el Ministerio Público podrá pedir la prisión preventiva, que no podrá combinarse con otras medidas cautelares, salvo el embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

¿Cómo se debaten las medidas?

El artículo 158 del Código de enjuiciamiento señala que formulada la imputación, en su caso, o dictado el auto de vinculación a proceso, a solicitud del Ministerio Público, de la víctima o de la defensa, se discutirá lo relativo a la necesidad de imposición o modificación de medidas cautelares.

¿Cuál debe ser el contenido de la resolución?

La ley indica que la resolución que establezca una medida cautelar deberá contener al menos lo siguiente:

- a) La imposición de la medida cautelar y la justificación que motivó el establecimiento de la misma;
- b) Los lineamientos para la aplicación de la medida, y
- c) La vigencia de la medida.

¿Son revisables las medidas cautelares?

Sí, cuando hayan variado de manera objetiva las condiciones que justificaron la imposición de la medida cautelar. Para ello, las partes podrán solicitar al juez de control la revocación, sustitución o modificación de la misma, para lo cual el órgano jurisdiccional citará a los intervinientes a una audiencia con el fin de abrir un debate sobre la subsistencia de las condiciones o circunstancias que se tomaron en cuenta para imponer la medida y la necesidad, en su caso, de mantenerla y resolver en consecuencia.

En relación con las medidas cautelares de carácter real, esta atribución se desprende del contenido del 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 (abrogado) se contemplaban correctamente como medidas precautorias el aseguramiento y el embargo, pues aun cuando en dicha hipótesis normativa se introducía 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 disponían 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 señalaban los artículos 123 quáter, 181, 182, 182-A y 182-H del código adjetivo penal federal.

De conformidad con el diverso numeral 182-L, los inmuebles asegurados podían ser restituidos de manera provisional a sus propietarios, poseedores o alguno de sus ocupantes siempre y cuando no se afectara el interés social ni el orden público; empero, tiene como restricción la imposibilidad de enajenar o gravar los inmuebles a su cargo, y en caso de que generaran frutos o productos, estarían 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 inculpado 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, abrogado).

4. *Providencias precautorias*

El Código Nacional de Procedimientos Penales contempla el embargo de bienes y la inmovilización de cuentas como providencias precautorias.

El artículo 138 de dicha codificación establece:

Artículo 138. Providencias precautorias para la restitución de derechos de la víctima.

Para garantizar la reparación del daño, la víctima, el ofendido o el Ministerio Público, podrán solicitar al juez las siguientes providencias precautorias:

- I. El embargo de bienes, y
- II. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero.

El juez decretará las providencias precautorias, siempre y cuando, de los datos de prueba expuestos por el Ministerio Público y la víctima u ofendido, se desprenda la posible reparación del daño y la probabilidad de que el imputado será responsable de repararlo.

Decretada la providencia precautoria, podrá revisarse, modificarse, sustituirse o cancelarse a petición del imputado o de terceros interesados, debiéndose escuchar a la víctima u ofendido y al Ministerio Público.

Las providencias precautorias serán canceladas si el imputado garantiza o paga la reparación del daño; si fueron decretadas antes de la audiencia inicial y el Ministerio Público no las promueve, o no solicita orden de aprehensión en el término que señala este Código; si se declara fundada la solicitud de cancelación de embargo planteada por la persona en contra de la cual se decretó o de un tercero, o si se dicta sentencia absolutoria, se decreta el sobreseimiento o se absuelve de la reparación del daño.

La providencia precautoria se hará efectiva a favor de la víctima u ofendido cuando la sentencia que condene a reparar el daño cause ejecutoria. El embargo se regirá en lo conducente por las reglas generales del embargo previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles.

Ahora bien, ¿cuál debe ser la duración de las medidas precautorias? La ley señala una duración máxima de sesenta días naturales, prorrogables por treinta días más.

5. *Técnicas de investigación*

En el artículo 16 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, de la revisión del Código Federal de Procedimientos Penales, abrogado; de otras codificaciones de las entidades federativas, que instauraron el sistema penal acusatorio, también abrogadas, y del Código Nacional de Procedimientos Penales, no aparece una clara definición de lo que debe entenderse por técnicas de investigación de la autoridad.

Esta situación fue advertida por Jorge Arturo Yáñez Romero, quien destaca 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 del 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 me-

todológicos, 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 (abrogado), en su artículo 124, atribuía absoluta discrecionalidad al juez, al Ministerio Público y a la policía judicial para usar los medios de pruebas que creían pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, aunque no fueran 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.⁷³

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 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 inculcado 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

⁷³ Yáñez Romero, José Arturo, *La policía de investigación: entre las técnicas de investigación y las pruebas judiciales*, México, Ubijus, 2010, pp. 80 y 81.

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 inculpaado.⁷⁴

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 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.⁷⁵

Con base en lo anterior, las técnicas de investigación se traducen en actos de la carpeta de investigación, 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 ellos 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.

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 que exprese el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de

⁷⁴ González, Chévez, Héctor, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

⁷⁵ Hairabedián, Maximiliano, *Cuestiones prácticas sobre la investigación penal*, Buenos Aires, Mediterránea, 2004, pp. 59-61.

aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que debe limitarse la diligencia; al concluirla se deberá levantar 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.

Conforme el artículo 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la intervención de comunicaciones privadas debe solicitarse exclusivamente ante el juez federal de control competente. La intervención de comunicaciones privadas, según este precepto, abarca todo sistema de comunicación, o programas que sean resultado de la evolución tecnológica, que permitan el intercambio de datos, informaciones, audio, video, mensajes, así como archivos electrónicos que graben, conserven el contenido de las conversaciones o registren datos que identifiquen la comunicación, los cuales se pueden presentar en tiempo real.

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.⁷⁶

El juez de control, en la etapa de investigación, estará facultado para autorizar todos los actos de investigación que impliquen afectación a los derechos humanos establecidos en la Constitución, así como los siguientes:

- a) La exhumación de cadáveres.
- b) Las órdenes de cateo.
- c) La intervención de comunicaciones privadas y correspondencia.

⁷⁶ Osorio y Nieto, César Augusto, *Delitos contra la salud*, México, Porrúa, 2009, p. 138.

- d) La toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre u otros análogos, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma.
- e) El reconocimiento o examen físico de una persona cuando aquélla se niegue a ser examinada.
- f) Las demás que señalen las leyes aplicables.

En relación con la orden de cateo, los artículos 282 a 289 del Código Nacional de Procedimientos Penales disponen que cuando en la investigación el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, en razón de que el lugar a inspeccionar es un domicilio o una propiedad privada, solicitará por cualquier medio la autorización judicial para practicar el acto de investigación correspondiente.

En la solicitud, que contará con un registro, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que han de aprehenderse y los objetos que se buscan, señalando los motivos e indicios que sustentan la necesidad de la orden, así como los servidores públicos que podrán practicar o intervenir en dicho acto de investigación.

La resolución judicial que ordena el cateo deberá contener el nombre y cargo del juez de control que lo autoriza y el proceso en el cual se ordena, el lugar que habrá de ser cateado y lo que se espera encontrar en éste, así como el motivo del cateo; se deberán expresar los indicios que lo respaldan, el día y la hora en que deba practicarse y los servidores públicos autorizados para practicarlo.

La petición de orden de cateo deberá ser resuelta por la autoridad judicial, de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que se haya recibido.

Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden de cateo deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.

Será entregada una copia de los puntos resolutivos de la orden de cateo a quien esté en posesión del lugar donde se efectúe, y al concluir el cateo se levantará un acta circunstanciada. Cuando no se cumplan estos requisitos, los elementos encontrados en el cateo carecerán de todo valor probatorio.

Si al practicarse un cateo resultara el descubrimiento de un delito distinto del que lo haya motivado, se formará un inventario de aquello que se recoja relacionado con el nuevo delito; en este caso se observará lo relativo a la cadena de custodia y se hará constar esta circunstancia en el registro para dar inicio a una nueva investigación.

Asimismo, por cuanto hace a la localización geográfica en tiempo real, el Código Nacional de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 303. Localización geográfica en tiempo real y solicitud de entrega de datos conservados.

Cuando el Ministerio Público considere necesaria la localización geográfica en tiempo real o entrega de datos conservados por los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos de los equipos de comunicación móvil asociados a una línea que se encuentra relacionada con los hechos que se investigan, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, podrá solicitar al Juez de control del fuero correspondiente en su caso, por cualquier medio, requiera a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, para que proporcionen con la oportunidad y suficiencia necesaria a la autoridad investigadora, la información solicitada para el inmediato desahogo de dichos actos de investigación. Los datos conservados a que refiere este párrafo se destruirán en caso de que no constituyan medio de prueba idóneo o pertinente.

En la solicitud se expresarán los equipos de comunicación móvil relacionados con los hechos que se investigan, señalando los motivos e indicios que sustentan la necesidad de la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, su duración y, en su caso, la denominación de la empresa autorizada o proveedora del servicio de telecomunicaciones a través del cual se operan las líneas, números o aparatos que serán objeto de la medida.

La petición deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público.

Si la resolución se emite o registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutivos de la orden deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público.

En caso de que el Juez de control niegue la orden de localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados, el Ministerio Público podrá subsanar las deficiencias y solicitar nuevamente la orden o podrá apelar la decisión. En este caso la apelación debe ser resuelta en un plazo no mayor de doce horas a partir de que se interponga.

Excepcionalmente, cuando esté en peligro la integridad física o la vida de una persona o se encuentre en riesgo el objeto del delito, así como en hechos relacionados con la privación ilegal de la libertad, secuestro, extorsión o delincuencia organizada, el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad, bajo su más estricta responsabilidad, ordenará directamente la localización geográfica en tiempo real o la entrega de los datos conservados a los concesionarios de telecomunicaciones, los autorizados o proveedores de servicios de aplicaciones y contenidos, quienes deberán atenderla de inme-

diato y con la suficiencia necesaria. A partir de que se haya cumplimentado el requerimiento, el Ministerio Público deberá informar al Juez de control competente por cualquier medio que garantice su autenticidad, dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, a efecto de que ratifique parcial o totalmente de manera inmediata la subsistencia de la medida, sin perjuicio de que el Ministerio Público continúe con su actuación.

Cuando el Juez de control no ratifique la medida a que hace referencia el párrafo anterior, la información obtenida no podrá ser incorporada al procedimiento penal.

Asimismo el Procurador, o el servidor público en quien se delegue la facultad podrá requerir a los sujetos obligados que establece la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, la conservación inmediata de datos contenidos en redes, sistemas o equipos de informática, hasta por un tiempo máximo de noventa días, lo cual deberá realizarse de forma inmediata. La solicitud y entrega de los datos contenidos en redes, sistemas o equipos de informática se llevará a cabo de conformidad por lo previsto por este artículo. Lo anterior sin menoscabo de las obligaciones previstas en materia de conservación de información para las concesionarias y autorizados de telecomunicaciones en términos del artículo 190, fracción II de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Es preciso recordar que en el proceso penal acusatorio, regulado por el Código Nacional de Procedimientos Penales, las fases de investigación inicial y sobre todo la complementaria, tendrán 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 con-

trapeso 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) tanto en la investigación como en el proceso, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que establece el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En ese sentido, María Inés Horvitz y Julián López⁷⁷ 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 géneris 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 Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley”.⁷⁸

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

⁷⁷ Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, t. I, p. 291.

⁷⁸ 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).

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.

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 Ministro 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.⁷⁹

La reforma puso fin a esa era de arbitrariedad, y 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.

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 permite.

Asimismo, la negativa sobre el ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, cuando resultan injustificados, violan en perjuicio del denunciante, querellante, víctima del delito o de los familiares de éste, o del interesado le-

⁷⁹ 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 aislada, “MINISTERIO PÚBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. CVI, p. 1356.

galmente 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.⁸⁰

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reiteró este criterio 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 tra-

⁸⁰ Amparo en revisión 32/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 26.

vés del juicio de amparo indirecto, en términos de lo dispuesto por el artículo 114, fracción II, de la Ley de Amparo vigente hasta antes del tres de abril de 2013, por ser esta vía la que revisa la legalidad de la averiguación previa.⁸¹

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 (abrogada), 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 abrogada, era 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.

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 (vigente hasta antes del 3 de abril de 2013), sino que se amplía a los supuestos en que

⁸¹ 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 y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, octubre de 2000, p. 5.

se impugne violación a las garantías entonces contenidas en el artículo 20, apartado B, de la Constitución federal.⁸²

Esta tesis permite que puedan promoverse amparos por el ofendido o la víctima en los casos en que éstos consideren violadas las garantías contenidas en el artículo 20, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con la reforma a esa norma, del 21 de marzo de 2001, en que se establecían como derechos de aquéllos, 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 estable 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.

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 am-

⁸² 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 DE 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.

paro, 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 en que en la nueva Ley de Amparo se mantuvo 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.⁸³

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (abrogado), siguiendo esa directriz, estableció 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 (abrogado), 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.

⁸³ Cámara de Senadores, Dictamen, *op. cit.*

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, tuvieron connotaciones semejantes en los códigos de procedimientos penales de los estados de Chihuahua y de México (abrogados). Los tópicos que concuerdan en ambos casos son, en principio, la sustanciación 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 era 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, podía impugnarla.

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

Como puede advertirse, según dichas codificaciones locales, el juez de control estaba facultado para resolver si dejaba sin efecto la decisión del Ministerio Público y ordenaba reabrir o continuar con la persecución penal.

Por su parte, el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, deberán ser notificadas a la víctima u ofendido, quienes las podrán impugnar ante el juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución.

En estos casos, el juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y su defensor.

¿Qué consecuencia tiene que la víctima, el ofendido o sus representantes no acudan a la audiencia, a pesar de haber sido legalmente citados?

La ley señala que el juez de control debe declarar sin materia la impugnación, lo cual nos parece un exceso, porque se deja de considerar que la víctima u ofendido pueden interponer su inconformidad mediante escrito, que, en su caso, puede ser examinado y revisado por el juez de control, no obstante de la incomparecencia de la parte interesada; mas lo cierto es que, por tratarse de un sistema procesal de audiencias, el legislador se inclinó por la preclusión en caso de no asistencia de la parte disconforme.

¿El juez de control puede tener acceso a la carpeta de investigación al conocer de este medio de impugnación?

Nuestra opinión es que es necesario que el juez de control se imponga de la carpeta de investigación no obstante la oposición que pueda surgir del imputado o su defensor. Es así porque no hay manera de que el juez de control realice adecuadamente su actividad revisora si no es a través de la verificación de los actos procesales y del conocimiento íntegro de la decisión del fiscal, por lo cual tiene que acceder a la carpeta de investigación.

La ley procesal agrega que la resolución del juez de control no admitirá recurso alguno. Esa redacción sugiere que esta clase de resoluciones deberán ser impugnadas vía juicio de amparo indirecto.

En nuestra opinión, la resolución del juez de control que resuelva las inconformidades de las víctimas u ofendidos en contra de las resoluciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal, deben ser impugnables ante los tribunales colegiados mediante los recursos que establece la Ley de Amparo, pero no a través de una acción de amparo, porque esto implica ejercer un control constitucional sobre otro control constitucional, como más adelante se detallará.

Así, como se precisó con anterioridad, 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.

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.⁸⁴

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

⁸⁴ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 173 y 174.

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.

El Código Nacional de Procedimientos Penales establece en el artículo 144, que el Ministerio Público podrá solicitar el desistimiento de la acción penal en cualquier etapa del procedimiento, hasta antes del dictado de la sentencia de segunda instancia. Esa solicitud debe contar con la autorización del titular de la Procuraduría o del funcionario que en él delegue esa facultad. Para ello, el Ministerio Público debe exponer, en audiencia ante el órgano jurisdiccional, los motivos que lo llevan a desistir. Hecho lo anterior, la autoridad judicial (juez de control, tribunal de enjuiciamiento o tribunal de alzada) resolverá de manera inmediata y decretará el sobreseimiento.

El código procesal señala que la víctima u ofendido podrán impugnar esta clase de resoluciones.

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 Duce⁸⁵ 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 tiene la discrecionalidad de los fiscales en el modelo estadounidense es amplísima. Ésta 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.

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

⁸⁵ “Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 29, núm. 2, 2002, pp. 247-272.

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 al modelo chileno 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 descriminalización, eficiencia y el de priorización de intereses.

A. *Descriminalización*

De acuerdo con el criterio de descriminalización, se intenta por medio del uso de la oportunidad, despenalizar conductas delictivas en casos en 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 descriminalización se suele regular la posibilidad de 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 en 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 descriminalización 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 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 descriminalización 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 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 tomaron 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 en que contiene 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 y para Chihuahua, que desarrollaron la norma constitucional, en términos similares, se estableció que el Ministerio Público podía 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 ellos. Ambas legislaciones establecían un listado de supuestos para la aplicación de este principio.

Esa misma línea siguió el Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece un catálogo de casos en los que procede la aplicación de un criterio de oportunidad. A modo de ejemplificación, se considera pertinente transcribir el contenido de los artículos 256 a 258 de dicha legislación:

Artículo 256. Casos en que operan los criterios de oportunidad

Iniciada la investigación y previo análisis objetivo de los datos que consten en la misma, conforme a las disposiciones normativas de cada Procuraduría,

el Ministerio Público, podrá abstenerse de ejercer la acción penal con base en la aplicación de criterios de oportunidad, siempre que, en su caso, se hayan reparado o garantizado los daños causados a la víctima u ofendido.

La aplicación de los criterios de oportunidad será procedente en cualquiera de los siguientes supuestos:

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

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

III. Cuando el imputado haya sufrido como consecuencia directa del hecho delictivo un daño físico o psicoemocional grave, o cuando el imputado haya contraído una enfermedad terminal que torne notoriamente innecesaria o desproporcional la aplicación de una pena;

IV. La pena o medida de seguridad que pudiera imponerse por el hecho delictivo que carezca de importancia en consideración a la pena o medida de seguridad ya impuesta o a la que podría imponerse por otro delito por el que esté siendo procesado con independencia del fuero;

V. Cuando el imputado aporte información esencial y eficaz para la persecución de un delito más grave del que se le imputa, y se comprometa a comparecer en juicio;

VI. Cuando, a razón de las causas o circunstancias que rodean la comisión de la conducta punible, resulte desproporcionada o irrazonable la persecución penal.

VII. (DEROGADA, *D. O. F.* 17 DE JUNIO DE 2016)

No podrá aplicarse el criterio de oportunidad en los casos de delitos contra el libre desarrollo de la personalidad, de violencia familiar ni en los casos de delitos fiscales o aquellos que afecten gravemente el interés público.

El Ministerio Público aplicará los criterios de oportunidad sobre la base de razones objetivas y sin discriminación, valorando las circunstancias especiales en cada caso, de conformidad con lo dispuesto en el presente Código así como en los criterios generales que al efecto emita el Procurador o equivalente.

La aplicación de los criterios de oportunidad podrán ordenarse en cualquier momento y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

La aplicación de los criterios de oportunidad deberá ser autorizada por el Procurador o por el servidor público en quien se delegue esta facultad, en términos de la normatividad aplicable.

Artículo 257. Efectos del criterio de oportunidad

La aplicación de los criterios de oportunidad extinguirá la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio. Si la decisión del Ministerio Público se sustentara en alguno de los supuestos de procedibilidad establecidos en las fracciones I y II del artículo anterior, sus efectos se extenderán a todos los imputados que reúnan las mismas condiciones.

En el caso de la fracción V del artículo anterior, se suspenderá el ejercicio de la acción penal, así como el plazo de la prescripción de la acción penal, hasta en tanto el imputado comparezca a rendir su testimonio en el procedimiento respecto del que aportó información, momento a partir del cual, el agente del Ministerio Público contará con quince días para resolver definitivamente sobre la procedencia de la extinción de la acción penal.

En el supuesto a que se refiere la fracción V del artículo anterior, se suspenderá el plazo de la prescripción de la acción penal.

Artículo 258. Notificaciones y control judicial

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

La legislación procesal penal antes transcrita indica que las decisiones del agente del Ministerio Público podrán ser impugnadas dentro del plazo de diez días por la víctima u ofendido ante el juez de control, quien convocará a una audiencia 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 con la investigación.

De lo anterior se desprende, en este caso, que 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 su aplicación se traducen en extinguir la acción penal con respecto al autor o partícipe en cuyo beneficio se dispuso la aplicación de dicho criterio, es claro que la resolución puede ser impugnada ante el juez de control por la víctima u ofendido, 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 CASO 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.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 307 y 308, dispone:

Artículo 307. Audiencia inicial.

En la audiencia inicial se informarán al imputado sus derechos constitucionales y legales, si no se le hubiese informado de los mismos con anterioridad, se realizará el control de legalidad de la detención si correspondiere, se formulará la imputación, se dará la oportunidad de declarar al imputado, se resolverá sobre las solicitudes de vinculación a proceso y medidas cautelares y se definirá el plazo para el cierre de la investigación.

En caso de que el Ministerio Público o la víctima u ofendido solicite la procedencia de una medida cautelar, dicha cuestión deberá ser resuelta antes de que se dicte la suspensión de la audiencia inicial.

A esta audiencia deberá concurrir el Ministerio Público, el imputado y su Defensor. La víctima u ofendido o su Asesor jurídico, podrán asistir si así lo desean, pero su presencia no será requisito de validez de la audiencia.

Artículo 308. Control de legalidad de la detención.

Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta

con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Ratificada la detención en flagrancia, caso urgente, y cuando se hubiere ejecutado una orden de aprehensión, el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, hasta en tanto no se resuelva si será o no sometido a una medida cautelar.

En caso de que al inicio de la audiencia el agente del Ministerio Público no esté presente, el Juez de control declarará en receso la audiencia hasta por una hora y ordenará a la administración del Poder Judicial para que se comunique con el superior jerárquico de aquél, con el propósito de que lo haga comparecer o lo sustituya. Concluido el receso sin obtener respuesta, se procederá a la inmediata liberación del detenido.

La omisión del Ministerio Público o de su superior jerárquico, al párrafo precedente los hará incurrir en las responsabilidades de conformidad con las disposiciones aplicables.

De lo antes transcrito se desprende que inmediatamente después de que el imputado, detenido en flagrancia o caso urgente, sea puesto a disposición del juez de control, se citará a la audiencia inicial, en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención, y el juez de control procederá a calificarla. Para ello debe examinar también el plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de que se encuentre ajustada a derecho o decretando la libertad en caso contrario.

En nuestra opinión, el juez de control sí puede solicitar información adicional al agente del Ministerio Público cuando éste es vago o impreciso en su exposición de los hechos de la detención en flagrancia. En efecto, para cumplir eficaz y racionalmente con la obligación que le impone el artículo 16 constitucional, el juez de control debe contar con información suficiente acerca de las circunstancias del arresto (la información forma la decisión). Pues sería un despropósito que ante la insuficiencia o vaguedad de la información, el juez de control tuviera necesariamente que decretar la libertad o calificar de ilegal esa detención, cuando lo que se requiere es precisamente que se califique la legalidad de la misma.

Asimismo, el juez puede corregir la hipótesis de flagrancia de conformidad con los hechos de la detención, ya que —por antonomasia— es a él a quien corresponde aplicar el derecho, por lo que si de la exposición fáctica revelada por el Ministerio Público advierte que la detención por flagrancia, no corresponde a la hipótesis normativa indicada por el fiscal, el juez tiene el deber de precisar qué supuesto legal se actualiza en cada caso, al tenor de las fracciones I o II del artículo 146 de Código Nacional de Procedimientos Penales;⁸⁶ sin que con ello se trastoque su neutralidad ni se vulnere el principio de contradicción, porque el propio Código categóricamente establece que para calificar la legalidad de la detención en flagrancia sólo debe escucharse al Ministerio Público, por ser a quien corresponde justificar las razones de la detención. El juez no debe abrir un debate entre partes para calificar la validez de la detención en flagrancia, sino recibir el relato del fiscal, pedir las aclaraciones que sean pertinentes y decidir de inmediato.

Como puede advertirse, corresponde al juez de control decidir en una audiencia preliminar 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 sustanciar 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.⁸⁷

⁸⁶ Artículo 146. Supuestos de flagrancia.

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o

II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o

b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

⁸⁷ Reyes Loaeza, Jahaziel, disponible en: <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 qué órgano judicial se ocupará de ello en el nuevo esquema oral y acusatorio.⁸⁸

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, de 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 jue-

⁸⁸ 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...”.

ces 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.

Incluso, de la revisión a los códigos de procedimientos penales que establecen el sistema acusatorio en el Estado de México y Chihuahua (abogados) y al Código Nacional de Procedimientos Penales, se advierte que la competencia para librar órdenes de comparecencia y de aprehensión, y el auto de vinculación a proceso, fueron delegadas a los jueces de control, con inclusión de la audiencia preliminar de formulación de la imputación (audiencia inicial).⁸⁹

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. PRUEBA ANTICIPADA ANTE EL JUEZ DE CONTROL

El artículo 304 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que antes de la celebración de la audiencia del juicio se podrá desahogar anticipadamente cualquier medio de prueba pertinente, para lo cual deben quedar satisfechos los siguientes requisitos:

- a) Practicarse ante el juez de control;
- b) Que sea solicitada por alguna de las partes, quienes deberán expresar las razones por las cuales el acto se debe realizar con anticipación a la audiencia de juicio a la que se pretende desahogar y se torna indispensable en virtud de que se estime probable que algún testigo no podrá concurrir a la audiencia de juicio, por vivir en el extranjero, por existir motivo que hiciera temer su muerte, o por su estado de salud o incapacidad física o mental que le impidiera declarar.
- c) Que sea por motivos fundados y de extrema necesidad, y para evitar la pérdida o alteración del medio probatorio, y

⁸⁹ Artículos 184, 191, 288, 291 y 293 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, 161, 274, 277 y 280 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Chihuahua y 141 y 313 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

- d) Que se practique en audiencia y en cumplimiento de las reglas previstas para la práctica de pruebas en el juicio. La audiencia en la que se desahogue la prueba anticipada deberá registrarse en su totalidad.

Las probanzas que hayan sido desahogadas anticipadamente deberán señalarse en el auto de apertura a juicio; y, como se mencionó anteriormente, si el obstáculo que dio lugar a la práctica del anticipo de prueba no existiera para la fecha de la audiencia de juicio, se desahogará de nueva cuenta el medio de prueba correspondiente en la misma.⁹⁰

IX. EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL EN ACUERDOS PROBATORIOS Y EN LA EXCLUSIÓN DEL MEDIO DE PRUEBA PARA LA AUDIENCIA DEL DEBATE

¿Qué son los acuerdos probatorios?

El artículo 345, primer párrafo, del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que son aquellos que se celebran entre el Ministerio Público y el acusado, sin oposición fundada de la víctima u ofendido, para aceptar como probados alguno o algunos de los hechos o sus circunstancias.

¿Cómo debe proceder el juez de control para excluir los medios de prueba en preparación de la audiencia del debate?

Una vez examinados los medios de prueba ofrecidos y de escuchar a las partes, el juez de control debe ordenar que se excluyan de ser rendidos en la audiencia de juicio aquellos medios de prueba que no se refieran directa o indirectamente al objeto de la investigación y sean útiles para el esclarecimiento de los hechos, así como aquellos en los que se actualice alguno de los siguientes supuestos:

- I. Cuando el medio de prueba se ofrezca para generar efectos dilatorios, en virtud de ser sobreabundantes, impertinentes o innecesarios;
- II. Por haberse obtenido con violación a los derechos fundamentales;
- III. Por haber sido declaradas nulas, o
- IV. Por ser aquellas que contravengan las disposiciones señaladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales para su desahogo.

⁹⁰ Artículos 304 a 306 y 347, fracción V, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

X. EL AUTO DE APERTURA DE JUICIO POR PARTE DEL JUEZ DE CONTROL

Corresponde al juez de control emitir este proveído, en el cual deberá indicar:

- I. El Tribunal de enjuiciamiento competente para celebrar la audiencia de juicio;
- II. La individualización de los acusados;
- III. Las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieran realizado en ellas, así como los hechos, materia de la acusación;
- IV. Los acuerdos probatorios a los que hubieran llegado las partes;
- V. Los medios de prueba admitidos que deberán ser desahogados en la audiencia de juicio, así como la prueba anticipada;
- VI. Los medios de pruebas que, en su caso, deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación del daño;
- VII. Las medidas de resguardo de identidad y datos personales que procedan en términos del Código Nacional de Procedimientos Penales;
- VIII. Las personas que deban ser citadas a la audiencia de debate, y
- IX. Las medidas cautelares que hayan sido impuestas al acusado.

XI. EL ROL DEL JUEZ DE CONTROL EN SOLUCIONES ALTERNAS Y FORMAS DE TERMINACIÓN ANTICIPADA

El artículo 17, párrafo cuarto, de la carta magna señala que las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

De acuerdo con el artículo 184 del Código Nacional de Procedimientos Penales, son formas de solución alterna del procedimiento:

- 1) El acuerdo reparatorio.
- 2) La suspensión condicional del proceso.

A su turno, el artículo 185 de la misma codificación procesal establece que el proceso abreviado será considerado como una forma de terminación anticipada del proceso.

1. *Los acuerdos reparatorios*

Según el texto del artículo 186 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los acuerdos reparatorios son aquéllos celebrados entre la víctima u ofendido y el imputado que, una vez aprobados por el Ministerio Público o el juez de control y cumplidos en sus términos, tienen como efecto la extinción de la acción penal.

A. *¿En qué casos proceden?*

Los acuerdos reparatorios procederán desde la presentación de la denuncia o querrela hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio. En el caso de que se haya dictado el auto de vinculación a proceso y hasta antes de que se haya dictado el auto de apertura a juicio, el juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el proceso penal por hasta treinta días para que las partes puedan concretar el acuerdo con el apoyo de la autoridad competente, especializada en la materia. En caso de que la concertación se interrumpa, cualquiera de las partes podrá solicitar la continuación del proceso (artículo 188 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

De conformidad con el artículo 187 del Código, procederán los acuerdos reparatorios únicamente en los casos en que se trate de delitos:

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

No procederán los acuerdos reparatorios en los casos en que el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a los mismos delitos dolosos, tampoco procederán cuando se trate de delitos de violencia familiar o sus equivalentes en las entidades federativas.

Tampoco serán procedentes en caso de que el imputado haya incumplido previamente un acuerdo reparatorio, salvo que haya sido absuelto.

B. *¿En qué momento procedimental deben hacerse esta clase de convenios?*

Desde su primera intervención, el Ministerio Público o en su caso el juez de control podrán invitar a los interesados a que suscriban un acuerdo reparatorio en los casos en que proceda; deberán explicarles a las partes los efectos del mismo.

Las partes podrán suscribir dichos acuerdos con cumplimiento inmediato o diferido. En caso de señalar que el cumplimiento será diferido y no mencionar que sería de plazo específico, se entenderá que el plazo será por un año. El plazo para el cumplimiento de las obligaciones suspenderá el trámite del proceso y la prescripción de la acción penal.

Si el imputado incumple sin causa justa las obligaciones pactadas, la investigación o el proceso, según corresponda, continuará como si no se hubiera celebrado acuerdo alguno.

La información que se genere como producto de los acuerdos reparatorios no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro del proceso penal.

El juez decretará la extinción de la acción una vez aprobado el cumplimiento pleno de las obligaciones pactadas en un acuerdo reparatorio, que tendrá carácter de sentencia ejecutoriada.

C. *¿Cómo se tramitan los acuerdos reparatorios?*

Los acuerdos reparatorios deberán ser aprobados por el juez de control a partir de la etapa de investigación complementaria y por el Ministerio Público en la etapa de investigación inicial. En este último supuesto, las partes tendrán derecho a acudir ante el juez de control dentro de los cinco días siguientes a que se haya aprobado el acuerdo reparatorio, cuando estimen que el mecanismo alternativo de solución de controversias no se desarrolló conforme a las disposiciones previstas en la ley de la materia. Si el juez de control determina como válidas las pretensiones de las partes, podrá declarar como no celebrado el acuerdo reparatorio y, en su caso, aprobará la modificación acordada entre las partes.

Previo a la aprobación del acuerdo reparatorio, el juez de control o el Ministerio Público verificarán que las obligaciones que se contraen no resulten notoriamente desproporcionadas, que los intervinientes estuvieron en condiciones de igualdad para negociar y que no hayan actuado bajo condiciones de intimidación, amenaza o coacción.

2. *El rol del juez de control en la suspensión condicional del proceso*

A. *¿Qué es la suspensión condicional del proceso?*

Es el planteamiento formulado por el Ministerio Público o por el imputado, que debe contener un plan detallado para cubrir el daño ocasionado por el delito y el sometimiento del inculcado a diversas obligaciones, que en

caso de cumplirse íntegramente den lugar a que se extinga la acción penal (artículo 191 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

B. *¿En qué asuntos procede?*

Conforme a los artículos 192 a 200 del Código Nacional de Procedimientos Penales, esta clase de suspensión del proceso procede en asuntos en que el auto de vinculación a proceso del imputado se haya dictado por un delito cuya media aritmética de la pena de prisión no exceda de cinco años, siempre y cuando no exista oposición fundada de la víctima y hayan transcurrido dos años desde el cumplimiento o cinco años desde el incumplimiento de una suspensión condicional anterior, en su caso.

La oportunidad para su proposición surge a partir de la vinculación a proceso y se cierra antes del dictado del auto de apertura a juicio.

Lo fundamental es que se ofrezca un plan viable sobre la reparación del daño y que el inculcado cumpla con diversas condiciones, tales como residir en lugar determinado, frecuentar o dejar de frecuentar ciertos lugares, estudiar una profesión o aprender un oficio, prestar servicio social, entre otras.

El trámite se reduce a una audiencia, en la que serán citados la víctima u ofendido, el imputado y su defensor, y el Ministerio Público.

En su resolución, el juez de control deberá fijar las condiciones bajo las cuales se suspende el proceso o se rechaza la solicitud correspondiente.

La información que se genere como producto de la suspensión condicional del proceso no podrá ser utilizada en caso de continuar el proceso penal.

3. *Procedimiento abreviado*

El artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución federal, dispone que una vez iniciado el proceso penal se podrá decretar su terminación anticipada, siempre y cuando no exista oposición del inculcado; y si éste reconoce ante la autoridad judicial su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia y la ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que el Ministerio Público podrá solicitar la apertura del procedimiento abreviado después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral.

El juez de control verificará en audiencia la procedencia de esta forma de terminación anticipada, con base en los siguientes requisitos:

- I. Que el Ministerio Público solicite el procedimiento, para lo cual se deberá formular la acusación y exponer los datos de prueba que la sustentan. La acusación deberá contener la enunciación de los hechos que se atribuyen al acusado, su clasificación jurídica y grado de intervención, así como las penas y el monto de reparación del daño;
- II. Que la víctima u ofendido no presente oposición fundada, y
- III. Que el imputado:
 - a) Reconozca estar debidamente informado de su derecho a un juicio oral y de los alcances del procedimiento abreviado;
 - b) Expresamente renuncie al juicio oral;
 - c) Consienta la aplicación del procedimiento abreviado;
 - d) Admita su responsabilidad por el delito que se le imputa;
 - e) Acepte ser sentenciado con base en los medios de convicción que exponga el Ministerio Público al formular la acusación.

El juez de control admitirá la solicitud del Ministerio Público cuando concurran los medios de convicción que corroboren la imputación, debiendo rechazarla en caso contrario. Asimismo, deberá rechazar la solicitud si advierte inconsistencias o incongruencias en los planteamientos del Ministerio Público; en este último caso, se podrá presentar nuevamente la solicitud una vez subsanados los defectos advertidos.

ADÉNDUM 1

Es importante precisar que dada la naturaleza del procedimiento abreviado, existen cuestiones que no pueden ser motivo de estudio por el juez de control; tal es el caso de la forma de detención del sentenciado.

Esto ocurre, porque el procedimiento abreviado es una forma de terminación anticipada del procedimiento penal, en donde propiamente no existe valoración probatoria debido a que el acusado acepta su participación en la comisión del delito que se le atribuye y a que se dicte sentencia con los medios de convicción que obran en la carpeta de investigación; no obstante, ello no implica que el juez de control deba adoptar una actitud pasiva, ya que le corresponderá verificar que efectivamente se actualicen las condiciones para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia, entre ellas, la de analizar:

- a. La congruencia;
- b. Idoneidad;
- c. Pertinencia; y,
- d. Suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación.

Por lo que, en el supuesto de que no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, es decir, que no tenga sustento lógico en otros datos de prueba, adicionales a la aceptación del acusado de haber participado en el delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento abreviado; así, lo que debe evitarse en realidad es realizar un juicio de contraste a efecto de determinar el valor probatorio de cada elemento de prueba, pues ello está fuera del debate.

Por ello, la aceptación para ser sentenciado con los antecedentes recabados en la investigación, tal como fueron presentados por el fiscal, constituye un pacto frente al cual el juzgador sólo tiene el deber de verificar que la aceptación sea libre, voluntaria e informada.

Así lo ha estimado la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis que a continuación se reproducen:

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. IMPOSIBILIDAD DE ANALIZAR LA FORMA DE DETENCIÓN EN AMPARO DIRECTO PROMOVIDO POR EL SENTENCIADO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DERIVADA DE AQUÉL. Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la ejecutoria que dio origen a las tesis aisladas 1a. CCX/2016 (10a.) y 1a. CCXII/2016 (10a.), (1) de rubros: “PROCEDIMIENTO ABREVIADO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. CONSIDERACIONES QUE PUEDEN SER MATERIA DE CUESTIONAMIENTO CONSTITUCIONAL EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DERIVADA DE AQUÉL” Y “PROCEDIMIENTO ABREVIADO. CONNOTACIÓN Y ALCANCES DEL PRESUPUESTO DE PROCEDENCIA CONSISTENTE EN QUE «EXISTEN MEDIOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES PARA CORROBORAR LA IMPUTACIÓN», PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, determinó que el procedimiento abreviado es una forma de terminación anticipada del procedimiento penal, en donde no existe valoración probatoria pues el acusado acepta su participación en la comisión del delito que se le atribuye y a que se dicte sentencia con los medios de convicción que obran en la carpeta de investigación. En ese sentido, la aceptación para ser sentenciado con los antecedentes recabados en la investigación, tal como han sido presentados por el Fiscal, constituye un

pacto frente al cual el juzgador sólo tiene el deber de verificar que la aceptación sea libre, voluntaria e informada. Por ello, no pueden ser motivo de estudio en el juicio de amparo directo promovido por aquél, los planteamientos relativos a cuestionar su forma de detención, debido a que el procedimiento abreviado excluye la posibilidad de que los datos de prueba sean valorados y de que éstos tengan eficacia probatoria, como sí lo tendrían para efectos de sentencia las pruebas desahogadas en el juicio oral. El fundamento de la sentencia en tal procedimiento es el acuerdo entre las partes, no así los datos de prueba mismos, por lo que será la audiencia de control de detención el momento procesal oportuno para controvertir la legalidad de la detención y en caso de que tal determinación sea contraria a sus intereses acudir al recurso legal correspondiente, o bien, al juicio de amparo. De ahí que, si en lugar de ello el quejoso eligió de manera libre, voluntaria e informada ser sentenciado en un procedimiento abreviado, con esto ejerció una renuncia expresa para controvertir la calificación de la detención, así como que los medios de convicción derivados de ella sean sometidos al contradictorio en el juicio oral y a la consecuente valoración probatoria por parte del juzgador.⁹¹

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. IMPOSIBILIDAD DE ANALIZAR LOS TEMAS DE TORTURA E INCOMUNICACIÓN RESPECTO AL ORIGEN DE LOS DATOS DE PRUEBA EN EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO PROMOVIDO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA DERIVADA DE AQUÉL. El procedimiento abreviado es una terminación anticipada del procedimiento que se basa en la aceptación del imputado a ser sentenciado de los hechos y medios de convicción que obran en la carpeta de investigación, para que en el caso de dictar fallo condenatorio el inculpado se haga acreedor del beneficio de la reducción de la pena. Por lo anterior, los alegatos relativos a que los datos de prueba fueron obtenidos mediante tortura e incomunicación no pueden ser atendidos en amparo directo, en tanto no reflejan un impacto procesal, pues en el procedimiento abreviado no se examinan pruebas y éstas tampoco son el fundamento de la sentencia. Lo que ha tenido efectivo impacto procesal ha sido, en todo caso, la propia aceptación del imputado de ser juzgado con los hechos y medios de convicción tal como obran en la carpeta de investigación, por lo que una vez que se ha aceptado el procedimiento abreviado de forma libre, voluntaria e informada, esto es, sin coerción o tortura para su aceptación, tales aspectos se sustraen del debate contradictorio que es inherente al juicio oral, para formar parte de un acuerdo que, una vez superada la fase de verificación de requisitos prevista normativamente, es vinculante para el propio juzgador en lo que respecta a la calificación jurídica y penas impuestas.⁹²

⁹¹ Tesis 1a. XLIV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 41, abril de 2017, t. I, p. 872.

⁹² Tesis 1a. XLV/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 41, abril de 2017, t. I, p. 873.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. CONNOTACIÓN Y ALCANCES DEL PRESUPUESTO DE PROCEDENCIA CONSISTENTE EN QUE “EXISTEN MEDIOS DE CONVICCIÓN SUFICIENTES PARA CORROBORAR LA IMPUTACIÓN”, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, FRACCIÓN VII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. En el precepto constitucional citado se establecen, entre otras cuestiones, que puede decretarse la terminación anticipada del proceso penal, si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito, y si “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”. Ahora bien, la locución “medios de convicción suficientes” no puede confundirse, interpretarse o asignarle como sentido, que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público, porque la labor del Juez de Control se constriñe a figurar como un ente intermedio que funge como órgano de control para que se respete el debido proceso y no se vulneren los derechos procesales de las partes, y es quien debe determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten; es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación. De no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas. En esta posición, al Juez de Control le corresponde verificar que efectivamente se actualicen las condiciones presupuestales para la procedencia de la resolución anticipada de la controversia, entre ellas, la de analizar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. En ese sentido, en el supuesto de que no existan medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, es decir, que no tenga sustento lógico en otros datos diversos a la aceptación del acusado de haber participado en la comisión del delito, el juzgador estará en posibilidad de rechazar la tramitación del procedimiento abreviado. Consecuentemente, la decisión sobre la procedencia del procedimiento referido no depende del ejercicio de valoración de los medios de convicción con los que el Ministerio Público sustenta la acusación para afirmar la acreditación del delito y la demostración de culpabilidad del acusado, pues el Juez de Control no tiene por qué realizar un juicio de contraste para ponderar el valor probatorio de cada elemento y, a partir de este resultado, formarse convicción sobre la culpabilidad o inocencia del sentenciado, ya que ello está fuera de debate, porque así lo convinieron las partes. De esta manera, la locución referida deberá entenderse como la obligación del juzgador de revisar la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción

reseñados por el Ministerio Público para sustentar la acusación, y uno de los requisitos previos a la admisión de la forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio.⁹³

A. *¿Qué sucede si el procedimiento abreviado no fuera admitido por el juez de control?*

En ese caso, se tendrá por no formulada la acusación oral que hubiera realizado el Ministerio Público, se ordenará que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de procedimiento abreviado sean eliminados del registro y se continuará de acuerdo con las disposiciones previstas en el Código para el procedimiento ordinario.

Una vez que el juez de control haya autorizado dar trámite al procedimiento abreviado, escuchará al Ministerio Público, a la víctima u ofendido o a su asesor jurídico, de estar presentes, y después a la defensa; en todo caso, la exposición final corresponderá siempre al acusado.

Concluido el debate, se procederá a la deliberación, y, posteriormente, el juez de control emitirá su fallo en la misma audiencia.

B. *¿Qué beneficios se pueden otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad?*

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

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

⁹³ Tesis 1a. CCXII/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 33, agosto de 2016, t. II, p. 783.

En relación con lo anterior, el párrafo tercero del artículo 206 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que “No podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado”.

De la lectura del párrafo anterior podría desprenderse que el legislador pretendió someter el poder discrecional del juez de control a la solicitud del agente del Ministerio Público, aceptada por el acusado; sin embargo, la restricción contenida en dicho párrafo se encuentra siempre sujeta a los márgenes de punibilidad establecidos en el código sustantivo penal aplicable, pues entenderlo de otra manera implicaría otorgar a la representación social facultades fuera del límite de sus funciones, desconociendo los principios de exacta aplicación de la ley penal, contenidos en el artículo 14 constitucional, y de reserva judicial respecto de la imposición de las penas, establecido en el numeral 21 de la Constitución federal.⁹⁴

Lo anterior encuentra sustento en la tesis de jurisprudencia 1a./J. 5/93,⁹⁵ emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro y texto siguientes:

CONCURSO DE DELITOS, FACULTAD EXCLUSIVA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS. Si la autoridad judicial, al analizar los hechos delictivos delimitados por el Ministerio Público en sus conclusiones, se percata que existe un concurso real de delitos, debe aplicar las penas correspondientes con base en dicho concurso, independientemente de que la institución acusadora haga o no expresa referencia en sus conclusiones a la aplicación de dicha regla. Sin que ello implique que la autoridad judicial rebase la acusación del Ministerio Público, porque tal regla atañe a la imposición de las sanciones que es facultad propia y exclusiva del órgano jurisdiccional, en términos del artículo 21 constitucional. Máxime que el Juez, al imponer las penas, no realiza un acto meramente mecánico, sino que goza de arbitrio judicial para calificar la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente, en función a lo cual debe necesariamente determinar la pena, toda vez que ésta, por mandato de ley, debe ser individualizada. Tal individualización que corresponde exclusivamente a la autoridad judicial y de ningún modo puede realizar el Ministerio Público. Así pues, concluir de manera distinta anularía de facto el arbitrio del que está dotada la autoridad judicial para la imposición de las penas, y llevaría al absurdo de dejar que la función

⁹⁴ Artículo 21. La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial...

⁹⁵ Tesis 1a./J. 5/93, “CONCURSO DE DELITOS, FACULTAD EXCLUSIVA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 89.

jurisdiccional permanecería supeditada a no poder hacer nada fuera de lo expresamente pedido por el representante social, con lo que se le otorgarían a ésta facultades fuera del límite de sus funciones, invadiendo con ello las del juzgador. Lo anterior, con independencia de que el juzgador no puede introducir en sus fallos penas por delitos que no hayan sido motivo de la acusación, ya que con ello no sólo se agravaría la situación jurídica del procesado, sino que incluso el Juez estaría invadiendo la órbita del Ministerio Público, a quien por mandato constitucional corresponde la persecución de los delitos, violando con ello el principio esencial de división de poderes. Es necesario precisar, que el criterio que ahora se establece no se contrapone con el contenido de las garantías de legalidad, seguridad jurídica, defensa y exacta aplicación de la ley, previstas en los artículos 14, 16 y 20, fracción IX, de la Carta Magna, ya que con el mismo no se autoriza al juzgador a actuar con base en atribuciones que no tiene expresamente concedidas en la Constitución y en las leyes secundarias; aunado a que la decisión del Juez de actualizar la existencia de un concurso de delitos y sancionar por el mismo, está supeditada a que funde y motive suficientemente su actuación, aunado a que no podrá imponer pena alguna respecto de un delito que no haya sido materia de acusación; además, de que el acusado tendrá oportunidad de conocer las conclusiones del Ministerio Público y dar respuesta a las mismas al formular las que corresponden a su defensa, todo esto previo al dictado de la sentencia respectiva en la que se le determine la punición de la autoridad judicial, en términos del numeral 21 de la Constitución Federal.

XII. FACULTADES DEL JUEZ DE CONTROL RESPECTO DEL SOBRESEIMIENTO

Conforme al numeral 330 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el juez de control al pronunciarse sobre la solicitud de sobreseimiento planteada por cualquiera de las partes, podrá rechazarlo o decretarlo, inclusive por un motivo diverso al planteado.

“Si la víctima u ofendido se opone a la solicitud de sobreseimiento formulada por el Ministerio Público, el imputado o su Defensor, el Juez de control se pronunciará con base en los argumentos expuestos por las partes y el mérito de la causa”; y, si admite dichas objeciones, denegará la solicitud de sobreseimiento.

“De no mediar oposición, la solicitud de sobreseimiento se declarará procedente sin perjuicio del derecho de las partes a recurrir”.

El sobreseimiento, conforme al artículo 327 del código de enjuiciamiento, procederá cuando

- I. El hecho no se cometió;
- II. El hecho cometido no constituye delito;
- III. Apareciere claramente establecida la inocencia del imputado;
- IV. El imputado esté exento de responsabilidad penal;
- V. Agotada la investigación, el Ministerio Público estime que no cuenta con los elementos suficientes para fundar una acusación;
- VI. Se hubiere extinguido la acción penal por alguno de los motivos establecidos en la ley;
- VII. Una ley o reforma posterior derogue el delito por el que se sigue el proceso;
- VIII. El hecho de que se trata haya sido materia de un proceso penal en el que se hubiera dictado sentencia firme respecto del imputado;
- IX. Muerte del imputado, o
- X. En los demás casos en que lo disponga la ley.

XIII. ACCIÓN PENAL POR PARTICULARES ANTE EL JUEZ DE CONTROL

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos instituye como regla general que el ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público; sin embargo, en su artículo 21 se dispone que ésta podrá instarse por particulares.

Según el artículo 428 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la víctima u ofendido podrán acudir directamente ante el juez de control en caso de que cuenten con datos que permitan establecer que se ha cometido un hecho que la ley señala como delito y exista probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, siempre y cuando se trate de delitos perseguibles por querrela, cuya penalidad sea alternativa, distinta a la privativa de la libertad, o cuya punibilidad máxima no exceda de tres años de prisión.

Además, deberán aportar los datos de prueba que sustenten su acción, sin necesidad de acudir al Ministerio Público; pero si es necesaria la realización de actos de molestia que requieran control judicial en razón de la investigación del delito, la víctima u ofendido deberá acudir ante el juez de control. Cuando el acto de molestia no requiera control judicial, la víctima u ofendido deberá acudir ante el Ministerio Público para que éste los reali-

ce. En ambos supuestos, el representante social continuará con la investigación y, en su caso, decidirá sobre el ejercicio de la acción penal.

El numeral 429 de la legislación en cita dice que el ejercicio de la acción penal fungirá como una querrela que deberá sustentarse en audiencia ante el juez de control, y en ella se podrá solicitar acorde con el diverso 430, la orden de comparecencia en contra del imputado o su citación a la audiencia inicial, y el reclamo de la reparación del daño.

El artículo 431 del ordenamiento aludido señala que una vez presentada la acción penal, el juez de control en audiencia constatará que se cumplan los requisitos formales y materiales para el ejercicio de la acción penal particular, y, de no ser así, prevendrá al particular para su cumplimiento dentro de la misma audiencia, y de no ser posible, dentro de los tres días siguientes. De no subsanarse o de ser improcedente su pretensión, se tendrá por no interpuesta la acción penal, y no podrá volver a ejercerse por parte del particular por esos mismos hechos.

Una vez admitida la acción penal promovida por el particular, el juez de control ordenará la citación del imputado a la audiencia inicial a más tardar dentro de las 48 horas siguientes a aquella en la que se fije la fecha de celebración de la misma, apercibido de que en caso de no asistir se ordenará su comparecencia o aprehensión, según proceda.

La audiencia inicial deberá celebrarse dentro de los cinco a diez días siguientes a aquel en que se tenga admitida la acción penal, informándole al imputado, en el momento de la citación, el derecho que tiene de designar y asistir acompañado de un defensor de su elección, y que de no hacerlo se le nombrará un defensor público.

Del contenido del artículo 432 del Código Nacional de Procedimientos Penales podemos advertir que si el particular decide ejercer la acción penal, no podrá acudir al Ministerio Público a solicitar su intervención para que investigue los hechos; es decir, la carga de la prueba para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad del imputado corresponde al particular que ejerza la acción penal.

Asimismo, dicho artículo dispone que las partes, en igualdad procesal, podrán aportar todo elemento de prueba con el que cuenten, e interponer los medios de impugnación que legalmente procedan, además de que a la acusación de la víctima u ofendido le serán aplicables las reglas previstas para la acusación presentada por el Ministerio Público; y, salvo disposición legal en contrario, en la sustanciación de la acción penal promovida por particulares, se observarán en todo lo que resulten aplicables las disposi-

ciones relativas al procedimiento, previstas en el Código y los mecanismos alternativos de solución de controversias.

XIV. 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 sustituirán 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 una 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.

CAPÍTULO TERCERO

EL JUEZ DE CONTROL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

I. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

En el derecho hay reglas, y en consecuencia hay razonamientos basados en la subsunción. Las reglas son normas que prescriben, en presencia de un determinado supuesto, una determinada consecuencia de derecho. Pero también hay principios que, según la opinión de Gustavo Zagrebelsky, son normas que no tienen un supuesto o, mejor aún, que no tienen un supuesto predeterminado. A las reglas se obedece, a los principios se adhiere. Los principios, en cuanto que indeterminada es su esfera de aplicación, no pueden ser obedecidos; mientras las reglas, teniendo el supuesto predeterminado, pueden sin lugar a dudas ser obedecidas o aplicadas sin ninguna adhesión, simplemente a través de una operación mecánica. El significado de las reglas se determina en abstracto, mientras que en los principios el significado surge ante un caso concreto. La influencia del caso en el derecho por principios consiste, precisamente, en que desde los casos se observa al ordenamiento jurídico, para obtener la regla adecuada: desde los casos se interroga el derecho para obtener una respuesta satisfactoria.⁹⁶

Estas diferencias se aprecian de mejor manera en el siguiente cuadro:

<i>Distinción entre principios y reglas</i>	
<i>Principio</i>	<i>Regla</i>
<ul style="list-style-type: none">— No se agota en sí mismo.— No se interpreta bajo esquemas tradicionales.	<ul style="list-style-type: none">— Se agota en sí misma.— Se interpretan bajo esquemas tradicionales (silogismo y subsunción).

⁹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 103-111.

<i>Distinción entre principios y reglas</i>	
<i>Principio</i>	<i>Regla</i>
<ul style="list-style-type: none"> — Al principio se le presta adhesión. — Simplemente nos proporciona un criterio. — No tiene ningún supuesto fáctico. — Su significado surge ante un caso concreto. — No puede ser aplicado de manera mecánica. — No son principios supletorios, sino básicos de la interpretación. 	<ul style="list-style-type: none"> — Se obedece. Se debe cumplir y punto. — Nos dice lo que está prohibido, permitido u obligado. — Tiene un supuesto de hecho. — Se determina su significado en abstracto. — Puede ser observada y aplicada mecánicamente.

II. LA FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

Los principios cumplen al menos tres funciones en la actividad jurisdiccional: *a) interpretativa*, que consiste en la señalización de criterios con los que dan significado a una determinada norma; *b) integradora*, que tiene que ver con la indicación de criterios con los cuales suplir la falta de una disposición (lagunas del derecho), y *c) directiva*, que estriba en la orientación de la actividad de los operadores jurídicos al momento de resolver un problema técnico-jurídico.

1. *¿Qué importancia tiene la aplicación de principios constitucionales en la función de los jueces de control?*

Para los jueces de control será muy importante la aplicación de principios constitucionales como el de proporcionalidad o *pro homine*, en la medida en que sus resoluciones sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de autoridad que requieran control de la autoridad se proyectan directamente sobre la inviolabilidad del domicilio, la integridad física y moral de las personas, la privacidad de las comunicaciones y otros derechos humanos.

2. *¿Qué funciones cumplen los principios de proporcionalidad y pro homine en la actividad jurisdiccional de los jueces de control como garantes de derechos fundamentales?*

El principio de proporcionalidad, como se verá con más detalle, debe orientar la actividad de los jueces de control al momento de resolver sobre

medidas cautelares y técnicas de investigación. Sirve como parámetro para aquilatar la estricta necesidad e idoneidad de esta clase de actos, que generalmente se traducen en injerencia a los derechos humanos del imputado, el ofendido y la víctima. El principio de proporcionalidad se encuentra reconocido en los códigos de procedimientos penales abrogados del Estado de México, Oaxaca y Chihuahua, que unánimemente establecían que no se podía decretar una medida cautelar cuando ésta resultara desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Asimismo, el Código Nacional de Procedimientos Penales establece que las medidas cautelares deben aplicarse siguiendo los principios de idoneidad, proporcionalidad y de mínima intervención, debiendo justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado, tomando en consideración los argumentos de las partes y del Ministerio Público, así como el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, en su caso.

En tanto que el principio *pro homine*, como bien lo ha señalado Mónica Pinto, es un criterio hermenéutico que informa a todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.⁹⁷

La propia autora explica que el principio *pro persona* es aplicable como una pauta hermenéutica y como una pauta para la regulación jurídica de los derechos humanos.

La aplicación hermenéutica busca lograr una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y de las obligaciones asumidas por el Estado, entre la pluralidad de fuentes, internas y externas del derecho de los derechos humanos. Aquí, dice Mónica Pinto, es necesario encontrar criterios que posibiliten optar entre la aplicación de una u otra norma o entre una u otra interpretación.

El principio *pro homine* como parte de la regulación —siguiendo a Mónica Pinto— reconoce la necesidad de reglamentar razonablemente los derechos humanos consagrados por el orden jurídico, en el entendido de que la

⁹⁷ Pinto, Mónica *et al.*, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 163.

reglamentación es aquella regulación de un derecho que, sin desvirtuar su naturaleza, tenga en miras su pleno goce y ejercicio en sociedad.

Sobre la aplicación de los principios, Jaime Cárdenas Gracia⁹⁸ ha sostenido que es necesario un cambio en la cultura jurídica de nuestros jueces, porque se requiere que orienten sus decisiones por principios y que abandonen los criterios decimonónicos de la subsunción y aplicación mecánica de la ley, porque es preferible argumentar con base en principios, que hacerlo en forma literal y siguiendo las reglas del silogismo judicial, porque la presencia de los principios hace que el derecho tenga una clara textura abierta. Jaime Cárdenas agrega que los principios no son cerrados, sino que se ejercen necesitados de significados que no están definidos *a priori*, y que sólo se pueden precisar a la luz de las exigencias del caso particular; pero que desde luego, la ponderación no significa arbitrariedad o carácter no justificado de las decisiones judiciales, sino razonabilidad bajo criterios distintos a los del modelo tradicional.

3. *¿En qué grado es permisible la utilización de principios constitucionales por los jueces de garantías?*

El juez de control no debe convertirse en legislador *in situ*, porque necesariamente debe tener en cuenta el contenido de las normas o reglas emanadas del Poder Legislativo, y utilizar de manera prudente y racional los principios constitucionales. Es válido, como veremos más adelante, que, para autorizar medidas cautelares o técnicas de investigación, acudan al principio de proporcionalidad y evalúen la estricta necesidad e idoneidad de las mismas, pero sin dejar de considerar los hechos invocados y probados en el caso y su encaje en la norma correspondiente (subsunción). La utilización del principio de proporcionalidad en estos casos debe contribuir a mejorar la motivación de sus resoluciones, sin llegar al grado de anular el derecho legislado.

Alejandro Aponte Cardona, en su *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, explica que el juez de garantías al utilizar el principio de proporcionalidad, despliega un nivel de argumentación constitucional, porque una vez que ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con inje-

⁹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 85-105.

rencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas.⁹⁹

Sobre el amplio margen de discrecionalidad de los jueces, el jurista español Manuel Aragón Reyes ha opinado que

...para reducir los riesgos de desequilibrio del sistema, que, por la naturaleza de las cosas (o mejor dicho, por la naturaleza del derecho actual) tendería a hacer prevalecer la jurisprudencia sobre legislación, es preciso abogar por unas medidas de reequilibrio (curativas) o contrapeso (preventivas) a cargo de la propia cultura jurídica, consistentes en la utilización de la teoría jurídica y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución o, en suma, en potenciar el normativismo y reducir la jurisprudencia de valores. Ese podría ser, quizá, el camino para que el Estado de derecho no acabase convirtiéndose en Estado de justicia. El primero procura certeza, previsión, seguridad; esto es, igualdad libertad para todos, mientras que el segundo, como autorizada-mente se ha dicho tantas veces, sería el caldo de cultivo de la arbitrariedad, es decir, la desigualdad.¹⁰⁰

En conclusión, somos de la opinión de que los principios constitucionales a los que pueden acudir los jueces de control —con el deber siempre de justificar sus resoluciones— pueden ser explícitos (como el pro hombre o el de presunción de inocencia) o bien implícitos, como el de proporcionalidad, porque como lo señala Josep Aguiló Regla —siguiendo a Riccardo Guastini— en un orden jurídico constitucionalizado se produce una “sobreinterpretación” de la Constitución; es decir, se huye de la interpretación literal a favor de una interpretación extensiva, de manera que del texto de la Constitución pueden extraerse una gran cantidad de normas y de principios implícitos.

III. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Hemos visto que la reforma constitucional incorpora la figura de los jueces de control y establece que deberán resolver en forma inmediata y por cualquier medio las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, pero garantizando los derechos de los inculcados, de las víctimas y de los ofendidos.

⁹⁹ Véase cuadro al final de este capítulo.

¹⁰⁰ Aragón Reyes, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en Carbonell, Miguel, Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comp.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, p. 163.

En mi opinión, para realizar esta importante función, los jueces de control deberán acudir al principio de proporcionalidad como lo hacen sus pares en otros países, con objeto de ponderar en cada caso la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares o técnicas de investigación que constituyan actos de injerencia en derechos fundamentales.

Pero en relación con este principio caben, por lo menos, las siguientes cuestiones:

- ¿En qué consiste el principio de proporcionalidad?
- ¿En qué campos del derecho ha sido aplicado?
- ¿Cuál sería el fundamento constitucional para la invocación y aplicación de este principio en nuestro país?

Para dar respuesta a estas interrogantes, se estima oportuno recurrir a Carlos Bernal Pulido,¹⁰¹ quien indica que el principio jurídico de proporcionalidad aparece cada vez con mayor frecuencia en la motivación de las decisiones del Tribunal Constitucional de España. A este principio se alude sobre todo en las sentencias de control de constitucionalidad que versan sobre los actos de los poderes públicos que intervienen en el ámbito de los derechos fundamentales. En las alusiones jurisprudenciales más representativas del Tribunal Constitucional Español, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado o estructurado con base en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

- 1) Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- 2) De acuerdo con el subprincipio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
- 3) Conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental

¹⁰¹ Bernal Pulido, Carlos Libardo, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 51-53.

deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general.

IV. ANTECEDENTES DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Según la obra en consulta, el principio de proporcionalidad no es un concepto jurídico inventado por la jurisprudencia y la doctrina constitucional de la segunda mitad del siglo XX, sino que surge como concepto propio del derecho público europeo y se remonta al contractualismo iusnaturalista de los tiempos de la Ilustración. A lo largo de todo el siglo XIX, este principio comenzó a aplicarse en las más variadas áreas del derecho administrativo alemán. El principal factor desencadenante de esta notable difusión fue la preponderancia que durante esta época adquirió la reivindicación de los derechos individuales frente al Estado. Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, la utilización del principio de proporcionalidad, como criterio para fundamentar las decisiones de control sobre los actos de la administración, se ha generalizado en las jurisdicciones administrativas europeas, como la francesa e italiana, que lo aplican continuamente para controlar la legalidad de los actos administrativos, en especial la de aquellos que son producto del ejercicio de poderes discrecionales. Dentro de la misma tendencia, el principio de proporcionalidad ha desempeñado un papel cada vez más importante en el derecho inglés, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el derecho comunitario; tan es así, que ha sido incluido expresamente en el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en los siguientes términos:

Sólo se podrá introducir limitaciones (a los derechos fundamentales garantizados por la propia Carta) respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Bernal Pulido reseña también que se ha generado un proceso de expansión de la aplicación de este principio, no sólo en el ámbito del derecho administrativo y constitucional, sino también en áreas como las del derecho del trabajo, ambiental, penal, procesal penal y derecho atómico.¹⁰²

¹⁰² *Ibidem*, pp. 54 a 63.

Efectivamente, el principio se ha extendido al área del derecho procesal penal, como con todo acierto lo menciona Nicolás González-Cuéllar Serrano, al comentar que:

El principio reclama también su vigencia en el Derecho procesal penal, aunque en este sector del ordenamiento, donde con tanta gravedad se presenta el conflicto entre intereses opuestos —son sin duda los más relevantes el interés estatal por ejercitar el *ius puniendi* y el del imputado por defender su *ius libertatis*— el principio de proporcionalidad parte de la jerarquía de valores constitucionalmente consagrada: rige ante todo el principio *favor libertatis*.

La fuente del principio de proporcionalidad o, si se prefiere, de la prohibición de exceso, mana de las normas constitucionales y su aplicación constante en la R.F.A. (República Federal Alemana), ha sido impulsada en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia del T.E.D.H. (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), y del T.C. (Tribunal Constitucional). Exige, utilizando expresiones reiteradamente empleadas por el T.E.D.H., que las restricciones de los derechos fundamentales se encuentren previstas por la ley, sean adecuadas a los fines legítimos a los que se dirijan, y constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para alcanzarlos.

En el proceso penal pueden descomponerse tales exigencias y sistematizarse las garantías que la eficacia del principio de proporcionalidad comporta, reclamándose, en la adopción de las medidas limitativas de derechos, la concurrencia de ciertos presupuestos y diversos requisitos. Presupuestos para la admisibilidad de las injerencias, desde la perspectiva de la proporcionalidad, son la *legalidad* y la *justificación teleológica*. Dentro de los requisitos puede distinguirse aquéllos que son extrínsecos a las medidas —el requisito subjetivo de *judicialidad* y el formal de *motivación*— de los que cabría dominar intrínsecos, constituidos por los subprincipios de *idoneidad*, *necesidad*, y *proporcionalidad en sentido estricto*.¹⁰³

¿Cuál es el fundamento constitucional para la invocación y aplicación de este principio?

El artículo 22 constitucional dispone: “Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes

¹⁰³ González-Cuéllar Serrano, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990, p. 17.

y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.¹⁰⁴

En esta norma constitucional, el principio de proporcionalidad es expreso respecto al *quantum* que debe existir entre la pena aplicable al acusado y el bien jurídico que resultó dañado por el delito cometido.

En cambio, no aparece formulado de la misma manera en cuanto a la regulación de medidas cautelares y técnicas de investigación, cuya autorización queda en manos de los jueces de control; sin embargo, ese principio puede ser derivado del contexto de la reforma, de otras disposiciones constitucionales, e incluso de los precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y tribunales colegiados de circuito.

En primer término, podemos lograr cierta derivación de este principio del contenido del primer párrafo del artículo 16 constitucional, conforme al cual los actos de autoridad que impliquen molestia a las personas en el goce y disfrute de sus derechos deben cumplir con las garantías de fundamentación y motivación.¹⁰⁵ Pero, bajo la luz del principio de proporcionalidad, la motivación que en su caso debe darse por el juez de control al autorizar una medida cautelar o técnica de investigación al abarcar un aspecto de mayor

¹⁰⁴ La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que: “el legislador debe atender a tal principio de proporcionalidad al establecer en la ley tanto las penas como el sistema para su imposición, y si bien es cierto que decide el contenido de las normas penales y de sus consecuencias jurídicas conforme al principio de autonomía legislativa, también lo es que cuando ejerce dicha facultad no puede actuar a su libre arbitrio, sino que debe observar los postulados contenidos en la Constitución General de la República”. Tesis 1a./J. 3/2012 (9a.), “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, libro V, t. 1, febrero de 2012, p. 503.

¹⁰⁵ Tradicionalmente, el primer párrafo del artículo 16 constitucional ha sido interpretado por la Suprema Corte y los tribunales colegiados de circuito, en el sentido de que por la debida fundamentación y motivación legal debe entenderse, por lo primero, la cita del precepto legal aplicable al caso, y por lo segundo, las razones, motivos o circunstancias especiales que llevaron a la autoridad a concluir que el caso particular encuadra en el supuesto previsto por la norma legal invocada como fundamento. Esta idea se recoge en la tesis de jurisprudencia que reza: “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN. De acuerdo con el artículo 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuada y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también deben señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”, *semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Séptima Época, vol. 97-102, tercera parte, p. 143.

amplitud al tradicionalmente asignado, esto se refiere a que no se reduce a mera adecuación o engaste del hecho en la norma aplicable, sino que implica la verificación de la necesidad ineludible de realizar el acto de molestia por no contarse con otros medios menos “molestos” para el cumplimiento del fin pretendido por la autoridad.

Asimismo, cuando el artículo 19, párrafo segundo, de la Constitución reformada señala que “El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad...”, hace alusión al principio de proporcionalidad, en la medida en que limita la detención preventiva a casos excepcionales (cuando otras medidas cautelares resulten ineficaces para asegurar la presencia al proceso del imputado o la protección de la víctima o los testigos de cargo), lo que implica *per se*, realizar una ponderación en torno a la necesidad de aplicar esa medida cautelar en lugar de otras menos lesivas, para lo cual es necesario que el juzgador evalúe cuál es la medida cautelar procedente, lo que indefectiblemente lo lleva al principio de proporcionalidad; esto es, al análisis de la idoneidad y necesidad de la medida solicitada.

El principio de proporcionalidad rige también a las técnicas de investigación de policía y en general a las actuaciones del Ministerio Público en la averiguación de los delitos que representen injerencias en la esfera de derechos fundamentales. La autorización y la práctica de esas medidas restrictivas de derechos deben ser acordes al principio de proporcionalidad, como límite de actuación del Ministerio Público y las policías, de modo que habrá de tomarse en cuenta no sólo la utilidad que la medida pueda implicar a los fines del proceso, sino lo justificable de la restricción del derecho fundamental.

El artículo 156 del Código Nacional de Procedimientos Penales señala que el juez de control al imponer una o varias de las medidas cautelares deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención, según las circunstancias de cada persona, en términos de lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución. Siempre se exige que el juez de control justifique las razones por las que la medida impuesta es la menos gravosa para el imputado.

El papel del juez de control de garantías es equilibrar dos intereses legítimos aparentemente contrapuestos, por un lado, la garantía del debido proceso para la persona investigada y, por otro, la efectividad en la aplicación de la ley penal.

Por tanto, el principio de proporcionalidad se convierte en útil herramienta para normar el criterio de los jueces de control a la hora de autorizar medidas o técnicas de investigación, en las que está en juego la limitación o restricción de derechos fundamentales, y, en especial, la libertad, la intimidad o la protección del domicilio.¹⁰⁶

La aplicación de este principio se rige entonces, por la regla de la ponderación entre dos bienes jurídicos en aparente conflicto. El derecho del Estado para investigar y castigar los delitos y para obtener la reparación del daño, frente a los derechos de los indiciados, de las víctimas y de los ofendidos.

La idea de la justicia impone que el derecho de la sociedad sea conjugado con el de los individuos sometidos a proceso, de tal manera que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro, y así se respete el principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, Víctor Moreno Catena, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, opina que para que las injerencias en la esfera de los derechos fundamentales (con fines de investigación o para asegurar el curso del proceso) sean legítimas se requieren dos condiciones:

- 1) Que existan indicios racionales de que los hechos se produjeron, es decir, indicios coherentes, lógicos y precisos, estando vedado su empleo en investigaciones preliminares o prospectivas que pueda realizar la policía.
- 2) Deben cumplirse los presupuestos de la necesidad de la diligencia y de la proporcionalidad de la misma, así como la oportuna autorización y el control judicial.¹⁰⁷

¹⁰⁶ En la entrevista realizada al juez Luis Ávila Benítez, coordinador de jueces de control y de juicio oral del distrito judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México, mencionó que “El principio de proporcionalidad —según la concepción que se sigue en la pregunta donde se recogen los presupuestos de: utilidad, indispensabilidad y correspondencia— definitivamente debe ser aplicado en las decisiones de los jueces de control. Sobre todo en los casos donde se dejan plazos o determinaciones abiertas en que el juzgador debe ponderar si la medida es idónea, si es necesaria y si guarda correlación con los derechos que pretende tutelar. Tal es el caso, por ejemplo, de las decisiones sobre inspecciones de lugares, la revisión corporal de personas, el registro de vehículos, el aseguramiento de objetos relacionados con el hecho delictuoso, la devolución de bienes y otras técnicas de investigación. Y con más razón debe observarse dicho principio en las resoluciones sobre aplicación de medidas cautelares, donde queda a decisión del tribunal la medida más útil, necesaria y correspondiente a los fines perseguidos por dicha precautoria” (véase anexo 2 al final de este trabajo).

¹⁰⁷ Véase “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, en Moreno Catena, Víctor, *Prueba y proceso penal*.

V. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD
SEGÚN LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y ALGUNOS
TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

En nuestro país, existe un precedente (previo a la reforma constitucional de junio de 2008), en el que el ministro José Ramón Cossío Díaz, en un asunto relacionado con los registros domiciliarios, adelantaba ya la noción de la proporcionalidad. El ministro Cossío Díaz sostuvo que el allanamiento debe quedar sujeto a tres requisitos: fundamentación, motivación y proporcionalidad. Fundar implica demostrar tanto la competencia de las autoridades emisoras como de todas las involucradas en su ejecución. La motivación exige dar cuenta de la causa, finalidad, modo de implementación y efectos previstos, lo cual permitirá trazar la adecuada correlación entre las normas jurídicas fundantes y el caso concreto. El análisis de la proporcionalidad de las medidas ordenadas —explicaba el ministro— no es parte del contenido garantizado propiamente por la garantía de legalidad, pero será imprescindible para determinar si el derecho a la inviolabilidad del domicilio protegido en el artículo 16 constitucional se afecta en la medida necesaria para alcanzar los objetivos públicos relevantes, y que para realizar esta determinación, la autoridad judicial que conozca del asunto deberá partir de lo que venga expresando en la motivación del acto (voto particular en la contradicción de tesis 75/2004-PS).

Hay otro precedente en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al estudiar la constitucionalidad del artículo 271, párrafo segundo, de la Ley General de Salud (que prevé una restricción a la libertad de trabajo), determinó que el juez constitucional, para resolver la validez de actos que impliquen restricción de derechos fundamentales, debe comprobar que se satisfagan los siguientes requisitos:

- a) Que sean admisibles constitucionalmente.
- b) Que sean necesarias.
- c) Que sean proporcionales.¹⁰⁸

Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 76-79.

¹⁰⁸ Tesis 1a./J. 51/2009, “RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVE UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 507.

Al acometer el estudio de estos tópicos, la sala de la Suprema Corte concluyó que la medida legislativa impugnada era instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objeto perseguido por el legislador (la protección de la salud de las personas que se someten a intervenciones quirúrgicas con fines estéticos).

La Corte explicó que la necesidad se justifica en la medida en que se trata de un interés público, y porque no existe otro mecanismo menos restrictivo. Para lograr una mejor comprensión acerca de lo que debe entenderse por necesidad, la Primera Sala destacó a título de ejemplo, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales) ha establecido: “necesarias”, sin ser sinónimo de “indispensable”, implica la existencia de una necesidad social imperiosa, y para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea “útil”, “razonable”. De la necesidad y, por ende, de la legalidad de las restricciones dependerá el que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido.

La restricción —dijo— debe ser proporcional al interés que justifica y ajustarse estrictamente al logro de ese legítimo objetivo.

En abril de 2008 se publicó en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* una tesis de jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se define claramente que el legislador debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica cuando impone límites o regulaciones a las garantías individuales. Este precedente tiene vinculación con un juicio de amparo indirecto, que la Corte conoció en revisión, en el que se cuestionaba —y así se declaró— la inconstitucionalidad del artículo 226 de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, que prevé la causa legal de retiro por inutilidad basada en la ceropositividad a los anticuerpos contra el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH).

La Corte puntualizó que es criterio válido para la solución de conflictos entre principios constitucionales, acudir a la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica. El alto tribunal del país reconoció que algunos tribunales del Estado mexicano, y recientemente, con mayor claridad en algunos votos particulares, han comenzado a introducirse las nociones de contenido esencial de las garantías constitucionales y de proporcionalidad, en orden a racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales.

El tribunal pleno admitió que en el sistema jurídico mexicano, el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia al principio de legalidad y de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar con exceso de poder o de manera arbitraria.

Esto es así, porque la Constitución mexicana, al mismo tiempo que permite la restricción legislativa de las garantías constitucionales para salvaguardar otros bienes constitucionales, también permite el control judicial de las leyes, de lo que se deduce, por una parte, que la norma suprema impide al legislador que se exceda en sus facultades de desarrollo de tales garantías y, por otra, que la Constitución reconoce a todas ellas un contenido esencial inherente que no puede aniquilar ningún poder constituido (incluido el legislador).

El pleno de ministros arribó en consecuencia, a la conclusión de que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador

- a) Debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima.
- b) Debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva.
- c) Debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernador respectivo.
- d) Debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.

Aunque en estos asuntos la Corte analizó la constitucionalidad de normas secundarias, lo que interesa es darnos cuenta de la forma en que deben ser tratadas las acciones del Estado —en estos casos del Poder Legislativo— que de algún modo regulan o se proyectan sobre los derechos fundamentales.

En ese mismo tenor, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emitió una ejecutoria en un asunto relacionado con la Ley para el Funcionamiento de Establecimientos Mercantiles y la Ley de Protección a la Salud de los no Fumadores en el Distrito Federal, que originó la tesis aislada que a continuación transcribimos:

PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMI-

DAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONAL DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO. La litis en el juicio de amparo cuando se plantea la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco y tiene como objetivo la protección de la salud de los no fumadores, implica la concurrencia y tensión entre derechos fundamentales, como son el de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud y a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar, lo que amerita utilizar el método de proporcionalidad en la ponderación para resolver la controversia. Lo anterior es así, porque la libertad de comercio no es absoluta y, en ese sentido, admite restricciones e incluso la concurrencia de otros derechos como los mencionados. En ese contexto, atendiendo al señalado método, para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador ordinario, es pertinente corroborar que se atiendan los principios siguientes: a) Admisibilidad. En primer lugar, la restricción creada por el legislador debe ser admisible conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e idónea para regir en el caso concreto donde se actualiza la medida; es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de los derechos fundamentales en los casos y en las condiciones que el propio Ordenamiento Supremo establece, como lo prescribe su artículo 1o. Por tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para fijar limitaciones a derechos fundamentales, adicionales a las que derivan de la Norma Fundamental, y sus atribuciones de producción normativa sólo deben desplegarse para dar contenido exacto a aquéllas, que deben ser idóneas y adecuadas para el caso concreto o la necesidad social que determina una regulación; b) Necesidad. La medida legislativa de carácter restrictivo debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que la fundamentan, porque no basta que la restricción sea en términos amplios, útil para la obtención de ese fin, sino que, de hecho, esa medida debe ser la idónea, óptima e indispensable para su realización. Por ello, el Juez constitucional debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no pueda alcanzarse razonablemente por otros medios menos restrictivos o intrusivos de derechos fundamentales, dado que las restricciones constitucionalmente previstas a éstos tienen un carácter excepcional, lo cual implica que el legislador debe echar mano de ellas sólo cuando sea estrictamente necesario; y, c) Proporcionalidad. La medida legislativa debe ser proporcional, lo que implica respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley y los efec-

tos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales. Así, el objetivo es que el resultado del balance entre ventajas y desventajas o entre beneficios y costos, siempre derive en un resultado o cociente positivo, si se quiere superavitario, entendiéndose que el beneficio supere al daño, a partir de un equilibrio entre las razones pertinentes y que se atiendan en la medida del óptimo posible para casos concretos. De ahí que los anteriores principios deben contemplarse cuando se trate de restricciones suficientes u oponibles al disfrute de derechos fundamentales, como en el caso, la libertad de comercio.¹⁰⁹

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito emitió también una tesis en la que se establece que el principio de proporcionalidad en relación con la injerencia de derechos fundamentales se encuentra inmerso en el artículo 16 constitucional, bajo la siguiente consideración:

En efecto, en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se encuentra inmerso el principio de proporcionalidad, conforme al cual, la molestia a las personas en el goce y disfrute pacífico de sus derechos fundamentales, a través de actos de las autoridades, sólo se justifica cuando dichos actos resulten necesarios, idóneos y adecuados para conseguir el fin perseguido, y deben reducirse al mínimo necesario, de manera que el sacrificio de los intereses individuales guarde relación razonable y proporcionada con el interés general sujeto de salvaguarda o realización, lo cual ha de cumplir la autoridad mediante la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento. En consonancia con lo anterior, en el propio precepto se prevén las formalidades y medidas para ciertos actos de autoridad, restrictivos de la libertad personal de los individuos, a fin de que resulten proporcionales a la importancia del bien afectado, en relación con el interés público que se pretende salvar. Este principio responde a la prohibición de excesos para las autoridades, así como su intervención mínima en el ámbito de los derechos de los individuos...

En consecuencia, para cumplir el principio en cuestión y no vulnerar los derechos fundamentales de los gobernados, la autoridad debe fundar y motivar la necesidad, idoneidad y *proporcionalidad* de la medida adoptada, a efecto de que cause la menor molestia posible...¹¹⁰

¹⁰⁹ Tesis I.4o.A.666 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2788.

¹¹⁰ Tesis I.4o.C, PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1390.

Esto es lo valioso de estos precedentes, porque como se intenta justificar en este trabajo, la actividad de los jueces de control debe estar guiada fundamentalmente por la aplicación de principios como el de proporcionalidad y el de razonabilidad jurídica, para así garantizar o tutelar en forma efectiva los derechos del imputado, la víctima o el ofendido frente a las acciones del Estado en la investigación de los delitos.

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA

El principio de proporcionalidad fue aceptado como criterio de ponderación de los jueces en la autorización de las medidas cautelares en los códigos de procedimientos penales del Estado de México, Oaxaca y Chihuahua, abrogados, y en el Código Nacional de Procedimientos Penales. En esas codificaciones se establece una especie de prohibición de autorizar medidas cautelares cuando éstas resulten desproporcionadas a las circunstancias de comisión del hecho atribuido, al peligro que se trata de resguardar y a la sanción probable a imponer en cada caso. Naturalmente que el legislador no cuenta con todos y cada uno de los detalles de cada caso como para adelantar criterios específicos sobre la proporción o desproporción de una medida cautelar. Son los jueces de control quienes deberán pronunciarse al respecto, e invariablemente tendrán que expresar las razones concretas y específicas del porqué han preferido alguna medida cautelar en lugar de otra; especialmente si tal medida se vincula con la libertad del imputado. Es por ello que el Código de Procedimientos Penales de Chihuahua indicaba que tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podía sobrepasar su duración la media aritmética de la pena prevista para el delito de que se trate; o que el código de Oaxaca tomaba en cuenta el peligro que se trata de resguardar, con lo que se brindan criterios generales que, se reitera, deberán ser concretados por los jueces de control, pero siempre de manera prudente y racional. En esa medida, si se trata de un delito menor o de poco impacto social, puede resultar desproporcionado que el juez de control ordene la colocación de localizadores electrónicos en la persona del inculcado o que ordene la reclusión domiciliaria con vigilancia del inculcado, cuando pudiera bastar la exhibición de una garantía económica para asegurar su presencia durante el proceso.

En conclusión, vistas las circunstancias particulares de cada juicio, los jueces de control deben utilizar las medidas de aseguramiento que sean

proporcionales o equivalentes al delito cometido, al bien jurídico en juego, al peligro que se trata de evitar y a la sanción misma del delito.

En ese sentido, el artículo 181 del Código de Procedimientos Penales del Estado de México (abrogado) recoge en esencia estas nociones, al disponer que:

Artículo 181. No se podrá ordenar una medida cautelar cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podrá sobrepasar la pena mínima prevista para el delito.

En tanto que el artículo 164 del Código Procesal Penal de Oaxaca, en términos similares indicaba:

Artículo 164. Proporcionalidad.

Con la salvedad de lo dispuesto para la prisión preventiva oficiosa, no se podrá ordenar una medida de coerción personal cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido, al peligro que trata de resguardar y a la sanción probable.

Lo mismo que el artículo 158 del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua (abrogado) que a la letra dice:

Artículo 158. Proporcionalidad.

No se podrá decretar una medida cautelar cuando ésta resulte desproporcionada en relación con las circunstancias de comisión del hecho atribuido y la sanción probable.

Tratándose de medidas cautelares que impliquen privación de la libertad, en ningún caso podrá sobrepasar la media aritmética de la pena prevista para el delito de que se trate, ni exceder el plazo fijado en los Artículos 182, fracción II y 183 de este Código.

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en su artículo 156, hace referencia al principio de proporcionalidad de la siguiente forma:

Artículo 156. Proporcionalidad.

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando

el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

VII. SUBPRINCIPIOS QUE CONFORMAN EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

De acuerdo con lo ya explicado, tres reglas o subprincipios pueden vincularse al principio de proporcionalidad: la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido (razonabilidad).

A continuación nos ocuparemos de ellos para demostrar su utilidad en la función de los jueces de control, para lo cual acudiremos al *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, elaborado por Alejandro Aponte Cardona para el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia.¹¹¹

VIII. SUBPRINCIPIOS DE IDONEIDAD

Alejandro Aponte Cardona explica que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito concreto, que es materia de instrucción, y que la prueba será relevante cuando de ella se pueda derivar el conocimiento de algún elemento del tipo penal o de cualquier otro elemento de la conducta punible en concreto, bajo el entendido de que este principio es flexible; es decir, no se requiere una adecuación o idoneidad absoluta de la medida respecto del fin pretendido, sino que basta que la técnica de investigación solicitada pueda servir parcialmente para la demostración de algún elemento de interés en el hecho investigado.

Llevando estas ideas a nuestro trabajo, tenemos que si el delito investigado es, por ejemplo, la posesión de narcóticos en un domicilio particular, la prueba de cateo resultará idónea, porque de su resultado se puede deri-

¹¹¹ Segunda ed., 2006.

var la demostración del elemento material u objetivo relativo a la posesión misma de la droga.¹¹²

Una autorización para intervenir las comunicaciones privadas puede ser considerada idónea para la demostración de un delito de tráfico de narcóticos no obstante que la interceptación por su duración o tipo de medios involucre aspectos de comunicación ajenos al hecho investigado. Lo relevante es que a través de la misma se pueda obtener información ligada al hecho principal que se averigua.¹¹³

Nicolás González-Cuéllar, a su vez comenta:

El principio de idoneidad constituye un criterio de carácter empírico, inserto en la prohibición constitucional (en España) de exceso, que se apoya en el esquema medio-fin, desde el cual pueden ser analizadas las medidas en relación con su finalidad. En algunos sistemas jurídicos, como el de Alemania, se ha considerado que no es necesaria una aptitud completa del medio para que pueda ser considerado idóneo desde la perspectiva de la prohibición en exceso. Una medida es idónea, si con su ayuda se logra la satisfacción del fin deseado, se acerca o facilita. En cambio, no lo es, si aleja o dificulta su consecución; por lo que puede colegirse que no es exigible a determinada medida una eficacia absoluta para el logro de la finalidad hacia la que se orienta.¹¹⁴

IX. SUBPRINCIPIO DE NECESIDAD

En el *Manual para el juez de control de garantías* que venimos consultando se precisa que la necesidad significa que cuando el instructor no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención.

¹¹² En relación con esta técnica de investigación, la Constitución reformada precisa: “En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente 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”.

¹¹³ En relación con la intervención de comunicaciones privadas, el artículo 16 constitucional dispone: “Exclusivamente la autoridad judicial federal a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración”.

¹¹⁴ González Cuéllar-Serrano, Nicolás, *op. cit.*, pp. 19-21.

En el ejemplo del allanamiento, al que nos referimos con anterioridad, como se tiene noticia que la droga se guarda o almacena en un domicilio específico, resulta estrictamente necesaria la práctica del cateo, para la demostración de la posesión de los narcóticos. Ese medio probatorio no podría ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, cuenta habida de que se requiere localizar y dar fe de la existencia de los narcóticos.

La comparación entre los distintos medios que el juez de control debe tener en mente es una operación inexcusable en la aplicación del principio de mínima intervención; esto es, el juzgador, luego de realizar un examen comparativo, debe elegir o preferir la medida menos lesiva para los derechos individuales.

Veamos otro ejemplo: el peligro de fuga o sustracción de la justicia por parte del imputado se evita o disminuye si se aplica la prisión preventiva (medida gravosa); pero si en el caso concreto otra medida cautelar (menos lesiva), como lo es la fijación de una fianza, es eficaz para evitar aquella sustracción, resulta constitucionalmente correcto el sacrificio de la mayor seguridad que pueda ofrecer la cárcel, en beneficio del valor de la libertad.

Por lo tanto, el juez, al recibir la solicitud del Ministerio Público sobre una medida cautelar o técnica de investigación, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y las dificultades frente a su hipótesis delictiva, y que justifique que no existe otra posibilidad, sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia.

Para Víctor Moreno Catena, la necesidad de una medida que afecte derechos fundamentales se refiere a su adecuación al fin concreto perseguido (investigación o aseguramiento); es decir, a su pertinencia para lograr el objetivo procesal pretendido —que haya razones para considerar que la medida es precisa para que el proceso penal pueda desenvolverse, o que con ella puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunstancias importantes para la investigación—; pero también supone que no existan otras alternativas menos gravosas para el derecho fundamental u otros medios de investigación que no le afecten, porque si los hubiera, se habría de optar por ellos (SSTC 236 y 171/1999, y STS 23 de febrero de 1994).

La autorización y la práctica de estas medidas restrictivas de derechos y libertades fundamentales, en opinión de este jurista, debe respetar siempre las exigencias del principio de proporcionalidad como límite de la actuación de los poderes públicos, de modo que habrá de tomarse en consideración no sólo la pertinencia y utilidad que la medida pudiera reportar a los fines del

proceso penal, sino también el sacrificio que ésta representa a la luz de la gravedad de los hechos que se persiguen; así pues, se habrá de realizar un juicio de ponderación entre la trascendencia de la intromisión y la relevancia del delito.¹¹⁵

Es preciso advertir que la evaluación del juez de control de garantías no se debe agotar en la inmediatez de la medida o en sus adyacentes subsecuentes, sino que deberá estar atenta a los efectos secundarios y posibles de dicha medida.

En efecto, el juez de control no puede desatenderse de la medida autorizada, sino que debe controlarla en lo posible a fin de adoptar las medidas complementarias que sean precisas y garantizar sus resultados.

El Tribunal Constitucional español, en un caso de intervención telefónica, ha estimado que:

El control del juez abarca un triple frente. En primer lugar, velar por la observancia de las prescripciones y pautas incorporadas al auto autorizante. Los agentes policiales deben ser fieles observantes de aquéllas, no permitiéndose discrecionalidades en su ejecución sin el debido beneplácito judicial. En segundo término, la escrupulosidad más exquisita en la recepción del material grabado, garantizándose su integridad y autenticidad. Y por último, adopción de las medidas convencionales para la vertencia escrita de las grabaciones obtenidas, selección de cuanto pueda ser importante a los fines investigadores y de comprobación que se persiguen.¹¹⁶

X. SUBPRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO (RAZONABILIDAD)

Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia.

Para Alejandro Aponte Cardona, según la obra citada, una vez que se han superado las preguntas fundamentales en relación con la idoneidad y necesidad de una medida, se aplica la noción de proporcionalidad en senti-

¹¹⁵ Moreno Catena, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, *cit.*, p. 79.

¹¹⁶ Transcripción de la sentencia STS 20-12-1996 citada por Joan Josep Queralt en *Justicia penal: delitos y garantías*, México, Ubijus-Instituto de Formación Profesional, 2009, p. 11.

do estricto. Es decir, la relación entre medio y fin debe admitir una medida proporcional.

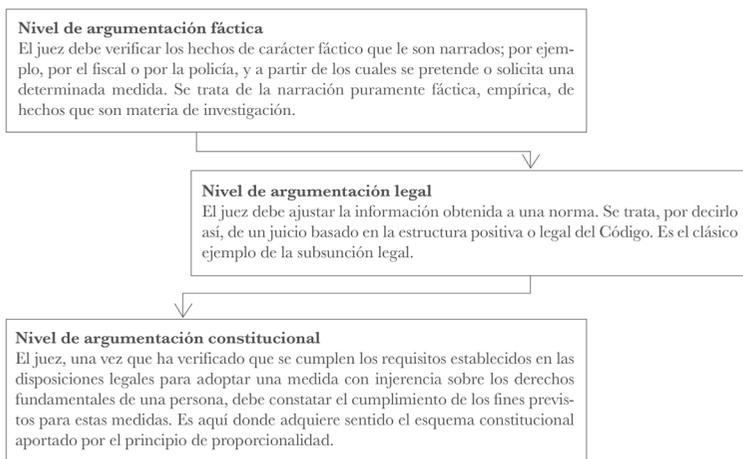
El resultado de la secuencia lógica está ligado también y de manera general a la noción de razonabilidad.

Para finalizar este capítulo, enseguida presentamos unos cuadros que muestran la aplicación del principio de proporcionalidad.

CUADRO SINÓPTICO SOBRE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Principio de proporcionalidad (subprincipios)	a) Idoneidad Toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
	b) Necesidad La injerencia debe ser la más benigna en comparación con otras medidas.
	c) Proporcionalidad (sentido estricto) La importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido.

NUEVAS EXIGENCIAS ARGUMENTATIVAS PARA EL JUEZ DE CONTROL A PARTIR DE TRES NIVELES¹¹⁷



¹¹⁷ Fuente: Aponte Cardona, Alejandro, *op. cit.*, pp. 37 y 38.

CAPÍTULO CUARTO

LOS JUECES DE CONTROL ¿UN NUEVO MECANISMO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO?

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 incorporó a nuestro sistema jurídico el sistema acusatorio y oral. El nuevo proceso adversarial pretende que la investigación de los delitos se desarrolle de manera rápida y eficaz, pero con respeto a los derechos de los imputados, de las víctimas y de los ofendidos.

Para lograr este fin, se dispuso en el artículo 16 constitucional la incorporación de jueces de control, para que se ocupen de verificar la actividad del Ministerio Público y la policía en la fase de investigación, y para que presidan las audiencias preliminares del juicio. En ese sentido, el citado artículo establece que:

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

En la exposición de motivos se aclaró que no se refiere al antiguo juez de instrucción en sustitución de la autoridad persecutora del delito, por lo que la figura de jueces de control es una propuesta de impacto transversal, por estar vinculada a varias modificaciones del artículo 16 de la ley fundamental, pues establece jueces federales y locales denominados “de control”, encargados fundamentalmente de resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia; ello, con el fin de que tales medidas se resuelvan en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y

motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contenga los datos requeridos.

También se mencionó que otra atribución del citado juez de control sería conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad, y en todos los casos resguardar los derechos de los imputados, las víctimas y los ofendidos.

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

Conforme a los antecedentes narrados, podemos advertir que la norma constitucional que incorpora a los jueces de control al sistema de administración de justicia penal, en sus ámbitos federal y local, no tiene la claridad que en el caso se requería para identificar su naturaleza y el alcance preciso de sus atributos, dado que

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

No se desconoce que a nivel constitucional sólo deben establecerse las atribuciones fundamentales del órgano creado y dejar su desarrollo a la legislación secundaria para no sobreregular la Constitución; pero en el caso

de estudio no se indicaron las bases mínimas que permitan establecer el alcance de las atribuciones de los jueces de control.

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

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

Adicionalmente, en función a que las atribuciones del juez de control serán básicamente, las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso (ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo en jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales, ya sea diferenciando casos en los que se podrá aun disponer del amparo indirecto en procesos penales).¹¹⁸

En el plano académico o doctrinal, el ministro de la Corte, Sergio A. Valls Hernández, en un interesante artículo publicado en prensa, escribió que:

La función del juez de garantías en el nuevo sistema penal, será tutelar los derechos procesales y garantías fundamentales del imputado, ante la importancia innegable del actuar del Ministerio Público en la fase investigatoria de las conductas criminales; incluso para los más audaces, podría llegar a fungir como un “tribunal constitucional”, aplicando, al proteger los derechos fundamentales, la teoría del control difuso de la constitucionalidad, lo cual nos parece una interpretación un poco excesiva; sin embargo, lo cierto es que la *ratio esendi* de la función del juez de garantías se basa en ejercer un control formal sobre la aplicación del principio de legalidad y uno material, tendente a la protección de derechos fundamentales tomando en cuenta para ello la prevalencia de la Constitución, los estándares internacionales y la propia ley, de modo que todas las consideraciones sobre el Estado social de derecho, los valores superiores, principios y derechos fundamentales que constituyen la

¹¹⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 118 y 119.

guía de todo sistema político y jurídico, serán tenidas en cuenta para la toma de decisiones que correspondan en el caso.¹¹⁹

El doctor Sergio García Ramírez, en su libro sobre la reforma constitucional penal, dedica el capítulo sexto al juez de control, específicamente a sus atribuciones y etapas procesales. En relación con la función de garantía, García Ramírez destaca que la actuación de control se proyecta sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación; aunque también subraya que el hecho que el juez de control resuelva impugnaciones contra las decisiones del Ministerio Público no podría excluir del conocimiento a los jueces de amparo si tales determinaciones y los propios acuerdos del juez de control vulneran garantías.¹²⁰

Por su parte, Gonzalo Bustamante Hernández, quien ha desempeñado la función de juez de control en el Poder Judicial del Estado de México, al opinar sobre este punto en particular, indicó lo siguiente:

Conforme a la regulación que el juez de control tiene en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, estimo que no es equiparable la función del juez de control, con las de un juez constitucional o de garantías, ya que la mencionada ley adjetiva establece que los jueces de control deberían aplicar el código de procedimientos penales en el estado; lo que representa que el juez de control sea únicamente un juez de legalidad en cuanto a la norma que lo crea, y para el caso de que exista algún precepto inconstitucional o anticonstitucional, no está regulada esa posibilidad de preservar la constitución. Lo anterior lo comento, con independencia que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señale que ante la supremacía constitucional, todas las autoridades deberán de preservar dicha norma federal.¹²¹

En tanto que Luis Ávila Benítez, quien también se ha desempeñado con ese carácter, sobre el mismo cuestionamiento respondió:

La función del juez de control se parece a la de aquellos juzgadores en cuanto tutela las garantías procesales del índole penal de los ciudadanos y sobre todo los actos de molestia que el Ministerio Público pueda inflingirles en la indagación de ciertos hechos delictuosos.

Esto implica que el juez de control se convierte en garante de los derechos de los inculpados y asimismo de las víctimas u ofendidos en la fase de inves-

¹¹⁹ Valls Hernández, Sergio A., “El juez de control en México”, *Milenio*, 9 de diciembre de 2008.

¹²⁰ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

¹²¹ Véase cuestionario anexo al final de este trabajo.

tigación penal donde anteriormente no existía injerencia del juez de proceso penal y las inconformidades de los involucrados en una averiguación previa (ahora carpeta de investigación) debían plantearse en vía de amparo.¹²²

Por su lado, el juez de garantía de Oaxaca, Jahaziel Reyes Loeza, en un artículo consultado en internet sobre el punto que nos ocupa opinó que

La función del juez de garantías en el nuevo procedimiento penal Oaxaqueño, será tutelar los derechos procesales y garantías fundamentales del imputado, precisamente como contrapeso al Ministerio Público en la fase preliminar (investigación); por ende, de alguna manera fungirá como un tribunal constitucional, aplicando la muy cuestionada teoría del control difuso de la constitucionalidad, sin que exista invasión de esferas del Poder Judicial de la Federación, pues no tildará de constitucional o inconstitucional un acto de autoridad, sino únicamente moderará la actuación del fiscal.¹²³

El juez de distrito Germán Martínez Cisneros¹²⁴ publicó un interesante artículo en el que destaca que la existencia del juez de control tiene su justificación, desde una perspectiva doctrinaria, en la necesidad de superar necesidades específicas que tienen que ver más con el desarrollo práctico del sistema de justicia penal garantista que con la esencia misma de la figura del juez en materia penal.

En su opinión, las razones que le dan connotación a este juzgador; esto es, que justifican su existencia, son las siguientes:

- 1) Poner límites a las acciones de los órganos investigadores y de procuración de justicia, a fin de que sus acciones se sujeten a las normas legales, por lo que se dice, en este aspecto, que su función es una suerte de control difuso de la constitucionalidad permitida expresamente por la ley.
- 2) Impedir la formación de prejuicios o influencias perniciosas en el ánimo del juez que en su momento va a decidir en el juicio oral.
- 3) Llevar a cabo los preparativos para que en su oportunidad se desarrolle el juicio oral.
- 4) O bien llevar a cabo los actos o avalar las decisiones de las partes para que, en ciertos casos, aplicando el criterio o principio de oportuni-

¹²² *Idem.*

¹²³ Reyes Loeza, Jahaziel, *op. cit.*, p. 103.

¹²⁴ Martínez Cisneros, Germán, "El juez de control en México, un modelo para armar", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 27, 2009, pp. 173-194.

dad, no haya necesidad de llegar hasta el juicio oral para lograr los objetos restaurativos del modelo acusatorio.

En resumen, no hay plena coincidencia ni claridad sobre la naturaleza o carácter de los jueces de control; específicamente, el debate central es en torno a la función de garantía que les asigna la reforma constitucional.

Para algunos, es cuestionable que puedan ser considerados como órganos de control constitucional, porque en su opinión sólo van a ejercer un control formal sobre la aplicación del principio de legalidad, sin que existan bases sólidas para elevar su función a la de verdaderos órganos de control o defensa constitucional.

En cambio, existe otra corriente, de la que soy partidario, para la cual los jueces de control son verdaderos custodios de garantías, porque ese carácter —aunque no se desprenda claramente del texto constitucional— es connatural a la atribución que el poder reformador les asigna en el sentido de garantizar los derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos.

Y esta tendencia es más evidente si se tiene en cuenta que según la exposición de motivos, corresponderá a los jueces de control, resolver sobre las decisiones del Ministerio Público respecto al no ejercicio, o desistimiento de la acción penal, que actualmente son revisadas en vía de amparo, lo que en mi opinión hace patente que el rol que debe asignárseles a los jueces de control no es otro sino el de órganos de regularidad constitucional.

El problema de interpretación que aquí se plantea no tiene un interés simplemente teórico, sino práctico, porque de ello dependerá el correcto diseño del marco jurídico conforme al cual podrán ser impugnadas, en su caso, las resoluciones de los jueces de control, y la articulación de este nuevo control judicial de derechos humanos con el juicio de amparo, que es una de las asignaturas pendientes para el legislador secundario.

Para tratar de esclarecer estas cuestiones, es conveniente examinar en principio cómo han evolucionado los mecanismos de regularidad constitucional en el Estado mexicano y cuáles han sido éstas.

I. MECANISMOS DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL EN MÉXICO

Es de advertirse que a cien años ya de la vigencia de la Constitución de 1917, el control constitucional en nuestro país ha experimentado modificaciones sustanciales, que tienen que ver tanto con el incremento como con la calidad y dispersión de los mecanismos de regularidad constitucional.

Originalmente el texto constitucional contempló solamente cuatro instrumentos de control, a saber:

- a) La facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre hechos que implicaran una grave violación de alguna garantía individual o al voto público. Las atribuciones del alto tribunal del país en este segmento se fueron diluyendo con el paso de los años debido a diversos factores sociales y políticos, que motivaron el traspaso de estas facultades en otros órganos como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, con competencia para resolver cuestiones electorales, y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, a la que mediante la reforma de junio de 2011 se transmitió la potestad de averiguar hechos que puedan constituir violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.
- b) El juicio político o de responsabilidad de los altos funcionarios (previsto ahora en el artículo 110 constitucional), mediante el cual los senadores y diputados del Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la judicatura federal, los secretarios de despacho, los diputados de la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el procurador general de justicia del Distrito Federal, los magistrados de circuito y jueces de distrito, los magistrados y jueces del fuero común del Distrito Federal, los consejeros de la judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos, pueden ser destituidos e inhabilitados para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, e incluso, luego de la declaración de procedencia realizada por la Cámara de Diputados, ser juzgados penalmente.
- c) El juicio de amparo, establecido en los artículos 103 y 107 de la carta suprema, que originalmente permitía impugnar leyes o actos de autoridad por violación de garantías individuales reconocidas en el texto constitucional, siempre y cuando el quejoso acreditara su interés jurídico, es decir, un derecho subjetivo reconocido por el orden jurídico, pero que

ahora se ha modernizado para aceptar la procedencia del juicio de amparo cuando se produzca la afectación, no sólo del interés jurídico, sino también de un interés legítimo individual o colectivo y para tutelar derechos humanos protegidos por la Constitución mexicana y los instrumentos internacionales en la materia.

- d) Las controversias constitucionales, que originalmente facultaban a la Corte para dirimir conflictos entre dos o más estados, entre los poderes de un mismo estado sobre la constitucionalidad de sus actos y de las contiendas entre federación y uno o más estados, así como aquellas en que la federación fuera parte.

El texto constitucional en vigor admite la procedencia de las controversias constitucionales en los siguientes casos: 1) la Federación y una entidad federativa; 2) la Federación y un municipio; 3) el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente; 4) una entidad federativa y otra; 5) dos municipios de diversos estados; 6) dos poderes de una misma entidad federativa, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; 7) un estado y uno de sus municipios, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales; 8) una entidad federativa y un municipio de otra, o una demarcación territorial de la Ciudad de México, sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales, y 9) dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.

Nuevos mecanismos de regularidad constitucional

En la última década del siglo XX se sumaron al texto constitucional nuevos mecanismos para remediar la anormalidad constitucional.

- a) El juicio de revisión constitucional electoral, previsto en el artículo 99, fracción IV, de la Constitución, que permite al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación conocer de las impugnaciones de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios o resolver las controversias que surjan durante los mismos, que puedan resultar determinantes para el desarrollo del proceso respectivo o el resultado final de las elecciones.

- b) La acción de inconstitucionalidad, prevista por el artículo 105, fracción II, de la Constitución, que dota de competencia al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para analizar, en abstracto, la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución, siempre y cuando sea promovida por: 1) el equivalente al 33% de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, en contra de leyes federales; 2) el equivalente al 33% de los integrantes del Senado, en contra de las leyes federales o de tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano; 3) el Ejecutivo Federal, por conducto del consejero jurídico del Gobierno, en contra de normas generales de carácter federal y de las entidades federativas; 4) el equivalente al 33% de los integrantes de alguna de las legislaturas de las entidades federativas en contra de las leyes expedidas por el propio órgano; 5) los partidos políticos con registro ante el Instituto Nacional Electoral, por conducto de sus dirigencias nacionales, en contra de leyes electorales federales o locales; y los partidos políticos con registro en una entidad federativa, a través de sus dirigencias, exclusivamente en contra de leyes electorales expedidas por la legislatura de la entidad federativa que les otorgó el registro; 6) la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal o de las entidades federativas, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas; 7) el organismo garante que establece el artículo 6o. de la Constitución en contra de leyes de carácter federal y local, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren el derecho al acceso a la información pública y la protección de datos personales. Asimismo, los organismos garantes equivalentes en las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales, y 8) el fiscal general de la República respecto de leyes federales y de las entidades federativas, en materia penal y procesal penal, así como las relacionadas con el ámbito de sus funciones.
- c) El juicio de protección de los derechos políticos electorales, previsto por el artículo 99, fracción V, de la Constitución, que consiste en resolver las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político-

electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país.

- d) La facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para resolver sobre la no aplicación de leyes (en esa materia) contrarias al texto constitucional, prevista en el artículo 99, fracción X, párrafo tercero.
- e) Los organismos autónomos protectores de los derechos humanos previstos en el artículo 102, apartado B, constitucional, con facultades para conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos y las comisiones locales pueden formular recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; pero no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiera el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.

Esta evolución de los mecanismos de regularidad constitucional es el resultado de la dinámica social interna, pero también es producto de la influencia exterior proveniente de recomendaciones de organismos internacionales de protección de los derechos humanos que han solicitado a México ampliar la promoción y protección de los instrumentos protectores de derechos humanos.

Para el ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, la defensa de la Constitución ha tenido que responder a nuevos retos y se ha visto obligada a ampliar su objeto y sus efectos, ante las cambiantes circunstancias políticas y sociales del siglo XX. En primer término, la defensa de la Constitución se ocupa de la normalidad constitucional; este sector se integra por todos aquellos instrumentos que coadyuvan a que el sistema previsto en la Constitución funcione. Por otra parte, la defensa constitucional regula los instrumentos predominantemente de carácter procesal que permiten lograr la operatividad de las normas fundamentales cuando existe una violación de cualquier tipo respecto de dichas normas.

Así, la defensa constitucional comprende la protección constitucional (normalidad constitucional) y las garantías constitucionales (anormalidad constitucional).

Estas garantías constitucionales, en opinión del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, son instrumentos jurídicos predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las mismas. La defensa de la Constitución en sentido estricto se identifica con las garantías constitucionales. A este sector, dice el doctor Zaldívar, la doctrina se ha referido indistintamente como justicia constitucional, jurisdicción constitucional y control de la constitucionalidad, que se caracteriza por su carácter evolutivo.¹²⁵

En opinión del doctor Héctor Fix-Zamudio,¹²⁶ la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Para este jurista, la defensa de la Constitución puede escindirse en dos categorías fundamentales: la protección de la Constitución y las llamadas “garantías constitucionales”.

El primer sector, relativo a la protección de la Constitución, está integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados a través de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución. En este campo, aparecen la división de poderes, la regulación de los recursos económicos y financieros, la institucionalización de los factores sociales: grupos de interés, grupos de poder y partidos políticos, la supremacía constitucional y el procedimiento dificultado de reforma.

Las garantías constitucionales, según este autor, pueden describirse como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales

¹²⁵ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en Cossío, José Ramón y Pérez de Acha, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997, pp. 48-50.

¹²⁶ Los conceptos aquí mencionados aparecen en diversas publicaciones del propio autor, y para efectos de consulta he recurrido al libro intitulado *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997, pp. 257-302.

cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas. En esta categoría se encuentran la jurisdicción constitucional de la libertad, la jurisdicción constitucional orgánica y la jurisdicción constitucional de carácter internacional y comunitario.

De estas últimas tres categorías, la que tiene interés para este trabajo es la denominada “jurisdicción constitucional de la libertad”, que puede definirse, siguiendo al profesor Fix-Zamudio, como aquel conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran los derechos fundamentales de la persona humana en su dimensión individual y social.

La expresión de “jurisdicción constitucional de la libertad” fue acuñada por Mauro Cappelletti, en su obra clásica del mismo nombre, publicada originalmente en Milán en 1955.¹²⁷ En esta obra, el maestro italiano analizó el “recurso constitucional” (*Verfassungsbeschwerde*), implementado en esa época en la República Federal de Alemania. Consistía en un medio de reclamo jurisdiccional ante el Tribunal Constitucional Federal, que podía ejercitarse por los ciudadanos particulares para la tutela de sus derechos fundamentales y de algunas otras situaciones subjetivas lesionadas por un acto de cualquier autoridad pública. El legitimado para obrar era todo aquel que se afirmase titular del derecho fundamental que había sido lesionado por actos de la autoridad jurídica. La infracción de la que nace el interés para obrar consistiría, no en un simple peligro de daño futuro, sino en un perjuicio actual, resultante de la negativa de una facultad o de la determinación de un deber en forma contraria a lo dispuesto por los preceptos sobre los derechos fundamentales o de otros derechos que hayan sido equiparados a los primeros. Por virtud del recurso, decía Cappelletti, se abría al individuo la posibilidad de convertirse en la manera más directa en factor activo de la vida del derecho y del Estado, a través del mismo acto en el cual defiende sus intereses supremos, es decir, su libertad.

Para Fix-Zamudio, la jurisdicción constitucional de la libertad se puede subdividir en tres segmentos, que a su vez abarcan igual número de medios jurídicos y procesales para la tutela de los derechos humanos, y que él divide en indirectos, complementarios y específicos.

La jurisdicción constitucional de la libertad se forma con todos los medios que se utilizan para la tutela de los derechos humanos consagrados en los documentos constitucionales. Estos instrumentos protectores se subdivi-

¹²⁷ Cappelletti, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955. Hay traducción al castellano de Héctor Fix-Zamudio: *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961.

den, a su vez, en tres categorías: los indirectos, es decir aquellos que están dirigidos a la tutela de los derechos ordinarios, pero que a falta o en apoyo a los específicos también funcionan para realizar los derechos fundamentales, tales como el proceso ordinario y la justicia administrativa. Un segundo sector se refiere a la represión de las violaciones consumadas de los derechos humanos por parte de los órganos del poder, y los podemos calificar de medios complementarios, entre los cuales se pueden señalar el juicio político de los altos funcionarios y la responsabilidad patrimonial del Estado. Finalmente, los medios específicos son aquellos establecidos para la tutela directa de los derechos fundamentales de los gobernados, pues implican la existencia de procedimientos sencillos y breves para la reparación de las infracciones a los propios derechos, restituyendo a los afectados en el goce de los mismos.

En este sector, Fix-Zamudio identifica un conjunto de instrumentos que cumplen la función de la tutela directa de los derechos humanos, como el *habeas corpus*; el juicio de amparo regulado por los ordenamientos de varios países latinoamericanos y por la legislación española, incluyendo al mandato de *segurança*; el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, cuando afectan los derechos subjetivos de los reclamantes, y algunos medios de impugnación específicos del derecho europeo continental (recurso constitucional). Fix-Zamudio agrega en esta clasificación al *ombudsman*, de origen escandinavo, aunque este último no puede considerarse como instrumento procesal en sentido estricto.

El profesor español José Luis Cascajo Castro se ha ocupado también de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad.

Este autor explica que si bien el principal objeto de la justicia constitucional viene representado por el control de constitucionalidad de las leyes, no se puede reducir su ámbito a dicha función, bajo la pena de ignorar otras estimables manifestaciones, tales como tutela de los derechos fundamentales frente a cualquier disposición de los poderes públicos, resolución de los conflictos de atribuciones entre los poderes del Estado, enjuiciamiento de las actividades ilícitas de los titulares de órganos constitucionales (la llamada justicia política), control sobre la legitimidad constitucional de los partidos políticos, además de posibles funciones contencioso-electorales o meramente declarativas.

Cascajo Castro, a título de presupuestos conceptuales, aclara que hay que distinguir diversas ópticas desde las que se puede contemplar la jurisdicción constitucional. Por una parte, como jurisdicción que tutela la regularidad constitucional del ejercicio o actividad de determinados órganos

constitucionales con un carácter fundamentalmente objetivo. Y, por otra, como jurisdicción que pretende actuar y hacer valer las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en una tutela y garantía de la norma constitucional, pero que presenta fundamentalmente un carácter subjetivo en cuanto pretende satisfacer dichas situaciones jurídicas subjetivas que la Constitución imputa y atribuye a los individuos.¹²⁸

Joaquín Brage Camazano¹²⁹ realiza un análisis profundo de la jurisdicción constitucional de la libertad, y enfatiza que es altamente conveniente arbitrar procedimientos específicos para prevenir o, en su caso, reparar la violación de los derechos fundamentales, debiendo caracterizarse estos procedimientos por la rapidez, la brevedad y la efectividad, y ello al margen de si en ese país hay un tribunal constitucional.

Este autor nos recuerda que los derechos valen lo que valen sus garantías. Se comprende la necesidad de habilitar tales garantías para que el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales se torne real y efectivo, para que cualquier ciudadano pueda resistir por medios jurídico-procesales frente a terceros particulares (directa o indirectamente), frente a la administración, frente a los mismos jueces, e incluso frente al mismo soberano legislador cuando se ejecute o trate de ejecutar una actividad, o se deje de hacerlo cuando se debía ejecutar, con vulneración de los propios derechos fundamentales tutelados por la Constitución, obteniendo asimismo, en su caso, la restitución al *statu quo ante* previo a la violación del derecho o la correspondiente reparación por la lesión producida.

En opinión de este investigador español, es viable atribuir a los jueces ordinarios, o a algunos de ellos, la competencia para conocer de estos instrumentos procesales específicos de tutela de los derechos fundamentales. Si así sucede, el autor sugiere que se otorgue, además, una competencia unificadora y orientadora básica al tribunal constitucional y/o al tribunal supremo correspondientes, a fin de evitar una aplicación inaceptablemente desigual dentro del Estado, y ello incluso en los Estados federales o descentralizados, porque estos derechos han de considerarse precisamente como expresión formal de unas convicciones ético-jurídicas comunes.

En este sentido, la jurisdicción constitucional de la libertad no queda integrada sólo por el tribunal constitucional en los países donde exista, sino

¹²⁸ Cascajo Castro, José Luis, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, 1975, consultado en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_199_153.pdf

¹²⁹ Brage Camazano, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, 2005, pp. 17, 18, 28, 41, 42 y 53-55.

también por todos y cada uno de los tribunales que, en su caso, tengan competencia para conocer de los procesos constitucionales específicos para la tutela de los derechos fundamentales.

Estas últimas notas nos llevan directamente a indagar lo siguiente: qué es lo que ha dicho nuestro máximo tribunal acerca del control judicial de la Constitución.

II. LA INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE SOBRE EL CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN

El máximo tribunal del país había sostenido por varios años el criterio de que el control judicial de la Constitución residía exclusivamente en el Poder Judicial de la Federación.

En ese sentido se emitió una tesis de jurisprudencia sobre el alcance que debía darse a la segunda parte del artículo 133 constitucional, que establecía: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Los ministros del alto tribunal del país, al pronunciarse sobre esa norma constitucional, concluyeron que era inadmisibles sostener que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución general de la República los jueces del orden común puedan abstenerse de aplicar las leyes locales, con base en el argumento de que éstas son violatorias de la ley suprema, porque aun cuando en principio la redacción del artículo 133 constitucional sugiere esa posibilidad, lo cierto es que la postura sustentada hasta la fecha por la Corte ha sido en el sentido opuesto, teniendo en cuenta una interpretación sistemática del mismo precepto y los principios que informan la Constitución.

Estas ideas quedaron recogidas en la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitu-

cional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.¹³⁰

Asimismo, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver una contradicción de tesis surgida entre tribunales colegiados especializados en la materia administrativa, estableció jurisprudencia, en el sentido de que el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa carece de competencia para pronunciarse sobre vicios de constitucionalidad que se atribuyan a una regla general administrativa.¹³¹

En esta resolución, la Segunda Sala aludió al tema del control difuso, bajo las siguientes líneas:

- La constitucionalidad o validez de una regla general administrativa, dada su especial naturaleza, se puede analizar al tenor de lo dispuesto en la Constitución o bien confrontando su texto con lo dispuesto en un ordenamiento inferior a esa norma fundamental.
- Entonces, abordar el estudio de constitucionalidad o validez de una regla general administrativa puede implicar un estudio propiamente dicho de constitucionalidad, donde la posible trasgresión a la norma fundamental será directa, o bien un análisis de legalidad, en donde

¹³⁰ Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18.

¹³¹ La ejecutoria sobre esta contradicción de tesis es consultable en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 110, de la cual derivaron las tesis 2a./J. 109/2004 y 2a./J. 108/2004, de rubros: “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”, “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE LEGALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS APLICADAS EN PERJUICIO DEL ACTOR EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA IMPUGNADA EN FORMA DESTACADA”.

la posible violación constitucional se dará en vía de consecuencia, en forma indirecta.

- El control de la constitucionalidad directa constituye una facultad reservada a los órganos del Poder Judicial de la Federación; por ejemplo, si se planteara que lo dispuesto en una regla general administrativa vulnera las garantías de audiencia o de seguridad jurídica, o bien el principio de legalidad tributaria, caso en el cual el Tribunal Fiscal de ninguna manera podría realizar un estudio de tal naturaleza, ya que ello implicaría dotarlo de auténticas facultades de control difuso, y esto no está permitido en el sistema constitucional de México.
- El Tribunal Fiscal sí puede llevar a cabo el control indirecto de la constitucionalidad de una regla general administrativa, entendido como un mero control de legalidad, en el que debe limitarse a verificar si la autoridad facultada para emitir la disposición de observancia general se apegó fielmente a lo previsto en el acto formalmente legislativo o formalmente reglamentario que la habilitó para expedir actos de esa naturaleza, lo que de ninguna manera conlleva ejercer un control de constitucionalidad.

Estos criterios jurisprudenciales se habían mantenido incólumes durante varios años, pero en los meses de junio y julio de 2011 se presentaron dos hechos sobresalientes que llevaron a la Suprema Corte de Justicia a la modificación del criterio sobre el control difuso de constitucionalidad y a la admisión del llamado control de convencionalidad.

El 10 de junio de 2011 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto que modificó la denominación del capítulo I del título primero y reformó diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 1o. constitucional se reformó para reconocer que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; además, señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, y que es obligación de todas las autoridades promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

Mientras que en julio de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación realizó una nueva interpretación al artículo 133 constitucional en relación con los nuevos contenidos normativos del vigente artículo 1o. constitucional, a partir del expediente varios 912/2010, sobre el cumplimiento

de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, cuya discusión pública tuvo lugar los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011; el engrose respectivo fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre de 2011.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el expediente de Rosendo Radilla, estableció que:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al atender el contenido de esta sentencia, determinó que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos que tengan funciones materialmente jurisdiccionales, dado que se tiene la obligación constitucional de interpretar siempre los tratados de la manera más benéfica para la persona.

Para la mayoría de los ministros, el control de convencionalidad es acorde con el contenido del artículo 1o. constitucional, y en consecuencia dicho control se debe realizar por todos los jueces del Estado mexicano de acuerdo con la propia Constitución, no declarando de manera general la inconstitucionalidad de leyes, sino desaplicando al caso concreto aquella norma que es contraria a la propia Constitución o a los tratados internacionales de derechos humanos, para lo que fue aprobado un modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad.

Estas consideraciones quedaron plasmadas, entre otros, en los criterios que a continuación se transcriben:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto

en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.¹³²

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1o. constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado mexicano es parte, lo que también comprende el control de conven-

¹³² Tesis P. LXVII/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 535.

cionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹³³

Ampliando las anteriores interpretaciones, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió las diferencias entre el control concentrado y el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, como se aprecia a continuación:

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS. De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de

¹³³ Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.¹³⁴

III. EL MODELO DE CONTROL CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONAL PARA TODOS LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO

El tribunal pleno, por mayoría de siete votos, aprobó el modelo de constitucionalidad y convencionalidad propuesto por Cossío Díaz, compuesto por las reglas siguientes:

1. Los jueces del Poder Judicial de la Federación, al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos (control concentrado).

En ese sentido, el modelo reafirma la corriente del control concentrado sobre la invalidez de normas, porque se reitera que corresponde únicamente al Poder Judicial de la Federación (en acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y en juicios de amparo indirecto), declarar la invalidez de normas generales que contravengan la Constitución y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

2. Los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones (control difuso).¹³⁵

¹³⁴ Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

¹³⁵ El ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea explicó que el control concentrado puede ser también incidental, como el realizado por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

En este rubro quedan comprendidos todos los jueces del país: menores o de paz, primera instancia, los magistrados de las salas de los tribunales superiores de justicia de los estados, los titulares de los órganos del Poder Judicial de la Federación cuando ejerzan funciones netamente jurisdiccionales, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa,¹³⁶ el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 99, fracción X, párrafo segundo, de la Constitución federal.¹³⁷

3. Las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

Concluyeron así los ministros de la Corte, porque todas las autoridades en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.¹³⁸

IV. LOS JUECES DE CONTROL, ¿ÓRGANOS DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL?

Se ha visto que la defensa constitucional en una de sus vertientes está representada por instrumentos generalmente procesales (garantías) que tienen

Federación, que en opinión de este jurista no es difuso, como propone el modelo de Cossío Díaz, y que incluso todo el Poder Judicial de la Federación, en vía de amparo directo, efectúa un control concentrado, pero incidental, porque desaplica para el caso concreto una norma de carácter general. Propuesta que fue aceptada por el ministro Cossío Díaz.

¹³⁶ Sobre el particular, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo la tesis de jurisprudencia 2a./J. 16/2014 (10a.), “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 984, en la que expresamente estableció que ese tribunal puede ejercer control difuso de constitucionalidad y convencionalidad.

¹³⁷ Este precepto indica lo siguiente: “Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio...”.

¹³⁸ En ese sentido, el artículo 1o. constitucional reformado en junio de 2011, en su tercer párrafo, expresamente dispone: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

por objeto lograr la eficacia de sus normas, ante su posible desconocimiento o violación.

En el plano de la llamada jurisdicción de la libertad, existen medios jurídicos y procesales que han ido surgiendo para la rápida y eficaz protección a derechos fundamentales de manera directa y generalmente con efectos reparadores.

A nivel doctrinal se ha considerado que al tutelarse derechos subjetivos públicos se tutela a la vez la norma constitucional, y que la consagración y protección de los derechos fundamentales no corresponde en exclusividad a ningún ámbito de gobierno, sino que es una responsabilidad que corresponde a todas las autoridades, como lo reconoce incluso el texto vigente del artículo 1o. constitucional.

Para algunos tratadistas es viable atribuir a jueces ordinarios la competencia para conocer de instrumentos procesales rápidos y sencillos para prevenir o no, en su caso, reparar la violación de los derechos fundamentales.

¿Es éste el caso del nuevo control jurisdiccional asignado a los jueces de control? ¿Es posible considerar a la jurisdicción de los jueces de control, en su función de garantía, como un nuevo instrumento procesal para la defensa de la Constitución?

Para dar respuesta a estas interrogantes hemos elaborado dos posturas claramente contrapuestas.

Primera tesis.

Los jueces de control no deben ser considerados como mecanismo de regularidad constitucional

- a) El constituyente permanente se constrañó a mencionar en el artículo 16 constitucional, 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, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas y ofendidos. Mas no dijo expresamente que los jueces de control de los poderes judiciales, federal y locales, iban a erigirse en un nuevo mecanismo de defensa de la Constitución, por lo que no es válido forzar la interpretación del artículo 16 constitucional en el sentido de que la garantía que ofrecerán al resolver sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación sea equivalente a la de un juez constitucional, quien sí tiene facultades concretas para declarar la violación de un derecho fundamental, y para ordenar, en su caso, la restitución del orden constitucional.

- b) Si se revisa la minuta de los congresistas que dio pauta a la incorporación de los jueces de control, puede llegarse a la conclusión de que no fue su intención dar vida a un nuevo instrumento de regularidad constitucional, sino únicamente establecer un control formal de legalidad sobre el proceder del Ministerio Público, incapaz de remplazar al juicio de amparo, que, bajo esa tónica, debe seguir utilizándose en caso de infracción a derechos fundamentales por parte de las autoridades investigadoras de los delitos, e incluso en contra de los propios autos y resoluciones de los jueces de control cuando sea imputable a ellos la vulneración del derecho fundamental.
- c) Esta postura parece estar reforzada con la tesis de jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación publicada en marzo de 2011, en la que se admite la procedencia del amparo indirecto en contra de las resoluciones de los jueces de control que califiquen la legalidad de las determinaciones del Ministerio Público, sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal.

ACCIÓN PENAL. MOMENTOS EN QUE PUEDEN IMPUGNARSE EN AMPARO INDIRECTO LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008). De los artículos transitorios del citado decreto, se advierte que cuando alguna legislatura no ha establecido el sistema penal acusatorio dentro de la legislación secundaria correspondiente ni ha emitido la declaratoria que señale expresamente que dicho sistema ha sido incorporado en los ordenamientos, o bien, la declaratoria en que se establezca que ya existían ordenamientos preconstitucionales sobre la materia, como estos aspectos condicionan la vigencia de las reformas y adiciones de mérito, al existir una *vacatio legis* que no puede exceder el plazo de ocho años dispuesto para ello, el fundamento para reclamar en amparo indirecto las determinaciones de no ejercicio o desistimiento de la acción penal se encuentra en el artículo 21, cuarto párrafo, de la Constitución General de la República, antes de reformarse, pues esas circunstancias hacen que siga surtiendo efectos. *En cambio, de haberse cumplido las condiciones para la entrada en vigor de las reformas y adiciones constitucionales, la víctima u ofendido debe impugnar las determinaciones referidas ante el juez facultado dentro del sistema acusatorio instaurado, en razón de que la intención del constituyente permanente fue que en el nuevo esquema procesal el órgano jurisdiccional conozca de esas impugnaciones para controlar su legalidad, y que contra la resolución que se emita al respecto, proceda el*

*juicio de garantías conforme al vigente artículo 20, apartado C, fracción VII, de la Ley Fundamental.*¹³⁹

Segunda tesis.

Los jueces de control al ejercer la tutela de los derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos deben calificarse como órganos de regularidad constitucional

a) Es cierto que el constituyente permanente, en el artículo 16 constitucional, no dijo expresamente que los jueces de control ejercerían una especie de regularidad constitucional, mas sí expresó que deben ser garantes de derechos fundamentales de los inculpados el ofendido y la víctima, y tal garantía es constitutiva en sí misma de un instrumento procesal de defensa indirecta de la Constitución.

A esto no se opone que sus propias resoluciones, en ciertos casos (como se verá más adelante), pudieran ser impugnables vía amparo indirecto, porque esa posibilidad no hace desaparecer el rol garantista que primariamente deben desarrollar.

b) Son jueces creados *ex professo* por el constituyente permanente para garantizar los derechos de los imputados, el ofendido y la víctima, y esas prerrogativas de los intervinientes en el proceso criminal se encuentran consignadas en los apartados B y C del artículo 20 constitucional reformado, que consignan a nivel de la carta fundamental los derechos de toda persona imputada y los de la víctima o del ofendido.

Por tanto, la tutela jurisdiccional de los jueces de control no abarca solamente derechos procesales, sino derechos fundamentales, tales como la libertad, la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, y la dignidad humana.

c) La jurisdicción que directamente otorga la Constitución a los jueces de control —conforme a las ideas del profesor José Luis Cascajo Castro— pretende actuar y hacer valer las situaciones jurídicas subjetivas del ciudadano, previamente constitucionalizadas, que redundan también en tutela y garantía de la norma constitucional, pero que presenta fundamentalmente un carácter subjetivo, en cuanto pretende satisfacer dichas situaciones jurídicas subjetivas que la Constitución imputa y atribuye a los individuos.

¹³⁹ Tesis 1a./J. 118/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 17 (énfasis añadido).

- d) Si la jurisdicción constitucional de la libertad —en definición del doctor Héctor Fix-Zamudio— es el conjunto de instrumentos jurídicos y predominantemente procesales dirigidos a la tutela de las normas constitucionales que consagran derechos fundamentales, es viable incluir en ese esquema a los jueces de control, porque se les faculta para que lleven a cabo la protección de derechos fundamentales consignados en la parte dogmática de la Constitución, con similares características que los del juicio de garantías. Los jueces de control deberán prestar una protección rápida y eficaz a los reclamos de los involucrados en los procesos penales relacionados con injerencias a sus derechos fundamentales.
- e) En el expediente varios 912/2010, formado con motivo del caso Rosendo Radilla, específicamente en su considerando séptimo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por mayoría de siete votos, arribó a la conclusión de que conforme al nuevo modelo de control de la constitucionalidad todos los jueces del Estado mexicano deben, en los asuntos de su competencia, inaplicar las normas que infrinjan la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, que reconozcan derechos humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones respectivas.¹⁴⁰

Esta nueva interpretación robustece la tesis en torno a que los jueces de control en el nuevo sistema acusatorio deben ser considerados como jueces constitucionales, porque además de las facultades que directamente les concede el artículo 16 constitucional como garantes de derechos fundamentales, al aceptarse el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad —que también realizarán estos jueces— podrían, incluso, dejar de aplicar una ley al caso concreto, lo que refuerza su carácter de juez de control de derechos. Asimismo, los jueces de control tienen nuevas atribuciones como consecuencia del actual contenido normativo del artículo 1o. constitucional, especialmente al tener que aplicar la cláusula de “interpretación conforme” como nueva pauta hermenéutica para interpretar normas en materia de derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

¹⁴⁰ El tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el expediente 22/2011, relativo a la solicitud de modificación de las jurisprudencias sustentadas por ese alto tribunal, publicadas con los números P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”; respectivamente, determinó finalmente que quedan sin efectos las referidas tesis jurisprudenciales.

- f) En la exposición de motivos de la reforma constitucional se estableció que los jueces de control tendrán competencias para conocer de las impugnaciones del ofendido y la víctima en contra de las resoluciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal; por lo que se puede estimar que al desplegar materialmente la misma función que hoy día realizan los jueces de amparo, el rol que debe asignarse a los jueces de garantías no es otro sino el de órganos de control constitucional, lo que evitaría la duplicidad de funciones que se va a propiciar en el caso de mantenerse la posibilidad de impugnar en amparo indirecto esa clase de asuntos.
- g) Es cierto que la Primera Sala del alto tribunal en noviembre de 2010, al resolver la contradicción de tesis 103/2010, sostuvo el criterio de que en el nuevo sistema acusatorio la víctima u ofendido, luego de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, puede promover amparo contra la resolución del juez de control o de garantías. Mas no debe perderse de vista que esta jurisprudencia se emitió antes de que el alto tribunal del país modificara su criterio sobre el control difuso de constitucionalidad y/o convencionalidad.

Es decir, cuando aún primaba el paradigma de que residía en exclusiva en el Poder Judicial de la Federación la defensa de la Constitución, especialmente a través del juicio de amparo, como instrumento de protección de los derechos humanos.

- h) El juicio amparo ha desarrollado un significativo papel en la defensa de los derechos fundamentales, pero es necesario dar paso a nuevas formas de protección de esos derechos, sobre todo si se traducen en instrumentos específicos de formulación sencilla y expedita para la tutela efectiva de los derechos fundamentales.
- i) De conformidad con el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen a:

a. Garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

- b. Desarrollar las posibilidades de recurso judicial.
- c. Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

En el caso de la jurisdicción de los jueces de control de garantías, 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 en 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.

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.

El procedimiento seguido es oral, concentrado y directo, con una resolución pronunciada en la propia audiencia, y por tanto de carácter inmediato, con lo que supera en economía procesal al juicio de amparo, que implica por lo general la presentación de una demanda, su radicación, la fijación de una fecha para audiencia y, en algunas ocasiones, el diferimiento de ésta para el dictado de la resolución.

- j) Los jueces de control de las entidades federativas y los jueces de distrito que sean adscritos con ese carácter están ampliamente capacitados para desarrollar la función de verdaderos garantes de derechos fundamentales.¹⁴¹ Se nos hace difícil pensar que sea necesario que la resolución de un

¹⁴¹ Es así porque incentivados por el Poder Judicial de la Federación (que cuenta con el Instituto de la Judicatura Federal) y por organismos internacionales (como la Agencia Española de Cooperación Internacional que colabora con la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, A. C.), la mayoría de los poderes judiciales locales actualmente cuentan con “escuelas judiciales” o “institutos de formación, capacitación y especialización”, en los que imparten educación judicial mediante cursos, diplomados y estudios de postgrado (especialidades, maestrías y doctorados) sobre diferentes temas relacionados con la administración de justicia, tópicos entre los que destacan aquellos que permitan el eficaz funcionamiento de la reforma al sistema penal mexicano, por lo que, se afirma, los servidores judiciales que se desempeñen como jueces de control contarán con un alto nivel de profesionalización que repercutirá en beneficio de la ciudadanía, y por supuesto en la correcta implementación y desarrollo del nuevo sistema acusatorio.

juez de distrito (que actuó como juez de control) relativa a una decisión del Ministerio Público sobre no ejercicio de la acción penal amerite a su vez, ser pasada bajo el tamiz del juicio de amparo, que sería resuelto por otro juez de distrito con idénticas habilidades.

- k) En la investigación realizada por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas se destacó que debido a que las atribuciones del juez de control serán básicamente las que hoy desempeña el juzgado encargado de decidir los amparos indirectos, es importante determinar la necesidad de reforma en la tramitación de este recurso, ya sea a partir de la conversión de los jueces que tienen a su cargo el mismo, en jueces de control y la limitación del recurso a ámbitos no penales.

Para los investigadores de ese centro, uno de los temas a resolver vinculados al amparo es la cuestión de duplicidad de funciones, porque gran parte de las funciones de garantía que el amparo tiene actualmente son en la reforma constitucional las que se regulan para el juez de control, y por ello propusieron a la Suprema Corte y, desde luego, a todos los operadores del sistema, revisar la posibilidad de que éste ocupe el lugar que hoy tiene el juez de amparo indirecto.¹⁴²

- l) Finalmente, si los jueces de control tienen a su cargo garantizar derechos fundamentales del imputado, del ofendido y de la víctima, no deben ser considerados, en todos los casos, infractores de esos derechos, sino en todo caso del control de garantías que les corresponde, por lo que pensamos que no es procedente un juicio de constitucionalidad en contra de sus actos, sino un sistema de recursos que permita, para algunos casos, abrir una segunda instancia que sirva para calificar o supervisar la función de los jueces de control como garantes de derechos, lo que evita ejercer un control constitucional sobre otro control constitucional.

Este punto de vista puede encontrar apoyo en la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe:

AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO. Históricamente las garantías individuales se han reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducen en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Son derechos públicos subjetivos consignados en favor de todo habitante de la República que dan a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente a través

¹⁴² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 119 y 120.

de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales del hombre que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consigna, esto es, la acción constitucional de amparo. Los Jueces de Distrito, al conocer de los distintos juicios de amparo de su competencia, y no de procesos federales, ejercen la función de control constitucional y, en ese caso, dictan determinaciones de cumplimiento obligatorio y obran para hacer cumplir esas determinaciones, según su propio criterio y bajo su propia responsabilidad, por la investidura que les da la ley por lo que, a juicio de las partes, pueden infringir derechos subjetivos públicos de los gobernados. Ahora bien, aun y cuando en contra de sus decisiones procede el recurso de revisión, éste no es un medio de control constitucional autónomo, a través del cual pueda analizarse la violación a garantías individuales, sino que es un procedimiento de segunda instancia que tiende a asegurar un óptimo ejercicio de la función judicial, a través del cual, el tribunal de alzada, con amplias facultades, incluso de sustitución, vuelve a analizar los motivos y fundamentos que el juez de Distrito tomó en cuenta para emitir su fallo, limitándose a los agravios expuestos. Luego, a través del recurso de revisión, técnicamente, no deben analizarse los agravios consistentes en que el juez de Distrito violó garantías individuales al conocer de un juicio de amparo, por la naturaleza del medio de defensa y por la función de control constitucional que el a quo desempeña ya que, si así se hiciera, se trataría extralógicamente al juez del conocimiento como otra autoridad responsable y se desnaturalizaría la única vía establecida para elevar las reclamaciones de inconstitucionalidad de actos, que es el juicio de amparo; es decir, se ejercería un control constitucional sobre otro control constitucional.¹⁴³

El diseño que, en su caso, queda pendiente, es el relativo a la forma en que debe revisarse la función garantista de los jueces de control y la articulación que debe mediar entre sus atribuciones y el juicio de amparo.

V. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS Y DECISIONES DE LOS JUECES DE CONTROL

Atento a lo que dispone el artículo 456 del Código Nacional de Procedimientos Penales, sólo se admitirán los recursos de revocación y apelación en el procedimiento penal, medios de impugnación que se reservan para quien pueda resultar afectado por la resolución judicial y en los casos que expresamente se prevea su procedencia.

¹⁴³ Tesis P./J. 2/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 5.

Entre estos medios de impugnación el que tiene importancia para esta obra es el de apelación, previsto en el artículo 467 del Código, que señala que serán apelables las siguientes resoluciones que emita el juez de control:

- I. Las que nieguen el anticipo de prueba;
- II. Las que nieguen la posibilidad de celebrar acuerdos reparatorios o no los ratifiquen;
- III. La negativa o cancelación de orden de aprehensión;
- IV. La negativa de orden de cateo;
- V. Las que se pronuncien sobre las providencias precautorias o medidas cautelares;
- VI. Las que pongan término al procedimiento o lo suspendan;
- VII. El auto que resuelve la vinculación del imputado a proceso;
- VIII. Las que concedan, nieguen o revoquen la suspensión condicional del proceso;
- IX. La negativa de abrir el procedimiento abreviado;
- X. La sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado, o
- XI. Las que excluyan algún medio de prueba.

Dicho recurso se interpondrá, según el artículo 471 de la mencionada legislación, ante el mismo juez que dictó la resolución, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la misma y cinco días si se trata de sentencia definitiva.

En el escrito de interposición del recurso deberá señalarse el domicilio o autorizar el medio para ser notificado; en caso de que el tribunal de alzada que conocerá del recurso tenga su sede en un lugar distinto al del proceso, las partes deberán fijar un nuevo domicilio en la jurisdicción de aquél para recibir notificaciones o el medio para recibirlas; además, deberán expresarse en el mismo escrito los agravios propios del recurso, anexando una copia para el registro y una para las partes; de no cumplir esto último, se requerirá que las copias sean presentadas dentro del término de veinticuatro horas, y en caso de subsistir la omisión, el órgano jurisdiccional las tramitará e impondrá al promovente una multa de diez a 150 días de salario, excepto cuando éste sea el imputado o la víctima u ofendido.

Una vez interpuesto el recurso, el órgano jurisdiccional correrá traslado a las partes para que se pronuncien en un plazo de tres días.

Al interponer el recurso, al contestarlo o al adherirse a él, los interesados podrán manifestar en su escrito su deseo de exponer oralmente alegatos aclaratorios sobre los agravios ante el tribunal de alzada.

Por otra parte, el artículo 258 del citado código señala:

Artículo 258. Notificaciones y control judicial.

Las determinaciones del Ministerio Público sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal deberán ser notificadas a la víctima u ofendido quienes las podrán impugnar ante el Juez de control dentro de los diez días posteriores a que sean notificadas de dicha resolución. En estos casos, el Juez de control convocará a una audiencia para decidir en definitiva, citando al efecto a la víctima u ofendido, al Ministerio Público y, en su caso, al imputado y a su Defensor. En caso de que la víctima, el ofendido o sus representantes legales no comparezcan a la audiencia a pesar de haber sido debidamente citados, el Juez de control declarará sin materia la impugnación.

La resolución que el Juez de control dicte en estos casos no admitirá recurso alguno.

En resumen, la legislación procesal consultada nos muestra los recursos ordinarios que en su caso pueden hacerse valer en contra de las resoluciones de los jueces de control (por ejemplo, respecto de medidas cautelares), pero no contempla recursos sobre todos y cada uno de sus actos, lo que abre la posibilidad de que, cuando así proceda, pueda hacerse valer el juicio de garantías cuando la parte interesada considere que persiste algún tipo de infracción a sus derechos fundamentales.

Naturalmente, cuando exista recurso ordinario, éste deberá hacerse valer previamente para respetar la definitividad que rige al juicio de garantías, aunque con las excepciones que la jurisprudencia de la Corte y los tribunales colegiados han impuesto a ese principio respecto a actos privativos de la libertad.

En tanto que las resoluciones de los jueces de control sobre la abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público no admiten recurso ordinario.

En este caso, en nuestra opinión, sus resoluciones deben ser impugnadas a través del recurso de revisión contemplado en la Ley de Amparo, si se tiene en cuenta que en este ámbito de atribuciones los jueces de control vendrán a sustituir a los jueces de amparo; o bien pensar en que se modifique lo que actualmente dispone el Código Nacional de Procedimientos Penales para que sean los tribunales de alzada los que conozcan en revisión de estas resoluciones.

Expuesto lo anterior, enseguida examinaré el diseño que pudiera operar entre la función de garantía que corresponde a los jueces de control y el juicio de amparo.

VI. ARTICULACIÓN ENTRE LA FUNCIÓN DE LOS JUECES DE CONTROL Y EL JUICIO DE AMPARO

Una de las asignaturas pendientes para el legislador ordinario y, subsidiariamente, para el Poder Judicial de la Federación —a través de su jurisprudencia— es la articulación entre la función garantista de los jueces de control y el juicio de amparo indirecto.

El diseño a elaborar debe partir de la base del tipo de rol que en cada caso van a desarrollar los nuevos jueces, y así delimitar los casos en que, excepcionalmente, podrá hacerse valer el juicio de amparo, sin que ello se traduzca en un laberinto para los justiciables o se propicie una duplicidad de funciones en perjuicio de la expeditez tutelada por el artículo 17 constitucional.

1. *El rol de preparación del juicio oral y el amparo biinstancial*

Si se trata del rol del juez de preparación del juicio oral, la procedencia del juicio de amparo biinstancial podría seguir marchando de la misma forma en que actualmente son impugnables ante los jueces de distrito y/o el superior jerárquico las órdenes de aprehensión o los autos de formal prisión (conforme al nuevo sistema: auto de vinculación a proceso).

Es así, porque en estas dos hipótesis los jueces de control ejercerán una función materialmente jurisdiccional, asimilable a la de un juez de proceso criminal, por lo que sus resoluciones pueden ser impugnadas a través del juicio de amparo, como se hace hoy en día, pero mediante un sistema que imprima celeridad al procedimiento de amparo para no detener más de lo necesario el curso del juicio oral.

2. *La función de garantía y el juicio de amparo indirecto*

El diseño, sin embargo, no es tan sencillo cuando se trata de delimitar los casos en que puede ser procedente el amparo indirecto en contra de actos o decisiones de los jueces de control, en su actuar como jueces de garantías; en la medida en que parece un contrasentido que puedan violar derechos iusfundamentales cuando recae en ellos la tutela jurisdiccional de los mismos.

Los derechos fundamentales constituyen un orden objetivo de valores, que necesariamente deben ser observados por quienes intervienen en un

procedimiento penal, y es precisamente a los jueces de control a quienes corresponde convalidar o autorizar los actos que inciden en el derecho fundamental en juego, y de no hacerlo, es necesario un remedio procesal, que bien puede ser un recurso ordinario, o bien el juicio de amparo.

El problema reside en determinar si al concurrir al amparo deben los jueces de control ser considerados como infractores del derecho fundamental de que se trate.

Recordemos que se ha tratado de justificar que desde la Constitución se previó que los jueces deben resolver de inmediato sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Nuestra postura es que no deben ser encasillados siempre y en todos los casos, como posibles transgresores de derechos humanos, porque ello desnaturaliza la función de garantía que les asignó, en nuestra opinión, el Poder Constituyente Permanente.

Veamos algunos casos con los que se intenta demostrar nuestra posición.

1) *Detención por delito flagrante*. El juez de control deja de cumplir con su función de tutela si legaliza el arresto, a pesar de que no se surtan los supuestos de la flagrancia. Aquí, el juez de control realiza un control *ex post* sobre la legalidad de la detención, que intenta prevenir la promoción de un juicio de amparo.

En esta hipótesis, la infracción al derecho fundamental no le es atribuible al juez de control, sino que surge a partir de que se materializa la ilegal detención, por lo que tal infracción debe ser subsanada, pero sin que sea válido estimar que el juez de control violó algún derecho humano, porque en realidad lo que ocurrió fue que no ejerció adecuadamente su función tutelar.

2) En el caso de la *prisión preventiva*, si el Ministerio Público quiere solicitar la aplicación de esta medida cautelar, y pide una audiencia con ese fin, debe mostrar al juez de control, en presencia de la defensa, por lo menos lo siguiente:

- a) Que existe peligro de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, se vea amenazada la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o exista riesgo de obstaculización del procedimiento.
- b) La prisión preventiva es la única medida que puede impedir que esos riesgos se actualicen (principios de proporcionalidad y de mínima intervención).

En este aspecto, si el juez de control autoriza esta medida cautelar pese a la no satisfacción de alguno o algunos de estos requisitos mínimos, su determinación puede ser objeto de recurso ordinario —apelación— o del propio juicio de garantías sin necesidad de agotar algún recurso, porque incide en la libertad personal; pero nuevamente aquí, el juez de control, al autorizar la prisión preventiva, no infringe directamente este derecho; más bien, ha dejado de tutelar adecuadamente el derecho fundamental de la libertad.

3) *Autorización de actos de investigación.* Conforme al artículo 252 del Código Nacional de Procedimientos Penales, los jueces de control pueden autorizar la exhumación de cadáveres; órdenes de cateo; intervención de comunicaciones privadas y correspondencia; toma de muestras de fluido corporal, vello o cabello, extracciones de sangre, cuando la persona requerida, excepto la víctima u ofendido, se niegue a proporcionar la misma, y el reconocimiento o examen físico de una persona cuando ésta se niegue a ser examinada.

En estos casos, el juez de control deberá realizar un control *ex ante* sobre la pertinencia, utilidad y estricta necesidad de cualquiera de esos actos investigatorios tutelando los derechos humanos. Sin embargo, es posible que sus acuerdos sean revisados en un eventual juicio de amparo, ya sea en una acción autónoma o a través de un recurso específico, que en nuestra opinión es posible crear en un sistema híbrido que armonice el sistema penal acusatorio y el juicio de garantías, para evitar la duplicidad de funciones entre jueces de control y jueces de amparo.

La idea de un “doble control” que para algunos es viable, no obstante su aparente bondad, se erige como un retraso a la solución del asunto.

Por su parte, el artículo 278 ter del Código Federal de Procedimientos Penales (abrogado) establecía que en la autorización, el juez federal debía determinar las características de la intervención, sus modalidades y límites; que cuando fuera necesario ampliar a otros sujetos o lugares la intervención, se debía presentar ante el propio juez una nueva solicitud, y que el juez autorizante podía verificar que las intervenciones fueran realizadas en los términos autorizados y, en caso de incumplimiento, decretar su revocación parcial o total.

El artículo 291 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que cuando en la investigación el Ministerio Público considere necesaria la intervención, el titular de la Procuraduría General de la República, o en quienes éste delegue esta facultad, así como los procuradores de las entidades federativas, podrán solicitar al juez federal de control competente, por

cualquier medio, la autorización para practicar la intervención, expresando el objeto y necesidad de la misma.

La solicitud deberá ser resuelta por la autoridad judicial de manera inmediata, por cualquier medio que garantice su autenticidad, o en audiencia privada con la sola comparecencia del Ministerio Público, en un plazo que no exceda de las seis horas siguientes a que la haya recibido, y que si la resolución se registra por medios diversos al escrito, los puntos resolutive de la autorización deberán transcribirse y entregarse al Ministerio Público, siendo responsables de dicha ejecución los servidores públicos autorizados para ello.

Bajo este panorama, si el juez de control federal, a pesar de tener conocimiento de que se han incumplido las condiciones o términos bajo los cuales autorizó la intervención de una comunicación privada, debe proceder de inmediato a decretar su modificación o revocación parcial o total, pues su actuar en sentido contrario implicaría incumplir el deber de tutela que, como ya se precisó, le fue encomendado por el constituyente permanente.

4) En relación con el *embargo precautorio*, el juez de control podrá aplicar dicha medida cautelar en observancia de lo que disponen los artículos 156 y 157 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que manifiestan:

Artículo 156. Proporcionalidad.

El Juez de control, al imponer una o varias de las medidas cautelares previstas en este Código, deberá tomar en consideración los argumentos que las partes ofrezcan o la justificación que el Ministerio Público realice, aplicando el criterio de mínima intervención según las circunstancias particulares de cada persona, en términos de lo dispuesto en el artículo 19 de la Constitución.

Para determinar la idoneidad y proporcionalidad de la medida, se podrá tomar en consideración el análisis de evaluación de riesgo realizado por personal especializado en la materia, de manera objetiva, imparcial y neutral en términos de la legislación aplicable.

En la resolución respectiva, el Juez de control deberá justificar las razones por las que la medida cautelar impuesta es la que resulta menos lesiva para el imputado.

Artículo 157. Imposición de medidas cautelares.

Las solicitudes de medidas cautelares serán resueltas por el Juez de control, en audiencia y con presencia de las partes.

El Juez de control podrá imponer una de las medidas cautelares previstas en este Código, o combinar varias de ellas según resulte adecuado al caso, o imponer una diversa a la solicitada siempre que no sea más grave. Sólo el Ministerio Público podrá solicitar la prisión preventiva, la cual no podrá combinarse con otras medidas cautelares previstas en este Código, salvo el

embargo precautorio o la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren en el sistema financiero.

En ningún caso el Juez de control está autorizado a aplicar medidas cautelares sin tomar en cuenta el objeto o la finalidad de las mismas ni a aplicar medidas más graves que las previstas en el presente Código.

Tratándose de esta medida, la lesión de derechos fundamentales se produce cuando habiéndose justificado realmente la necesidad del embargo se niega la aplicación de dicha medida cautelar. En esta hipótesis, la víctima o el ofendido estarían facultados para acudir a la vía de amparo para alegar la eventual violación al derecho constitucional sobre la reparación del daño, según el contenido del artículo 20, apartado C, fracción IV, de la Constitución federal.

Como es de advertirse, lo que caracteriza a estos casos es que los jueces de control están legalmente facultados para intervenir en la creación, modificación o extinción del acto de injerencia, pero sin que por ello puedan ser considerados infractores del derecho fundamental en juego, porque su función no hace desaparecer el rol garantista que primariamente deben ejercer.

5) Determinaciones del Ministerio Público sobre la *abstención de investigar, el archivo temporal, la aplicación de un criterio de oportunidad y el no ejercicio de la acción penal*.

De conformidad con lo que al efecto dispone el artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, la víctima o el ofendido del delito están legitimados para impugnar dichas resoluciones ante el juez de control, quien deberá decidir en definitiva su subsistencia o su revocación, decisión que no admite recurso alguno.

En estos casos, el juez de control tiene encomendada la labor de vigilar que las determinaciones de que se trata se hayan realizado con respeto irrestricto de los derechos fundamentales de la víctima u ofendido, y si la deja intocada aun habiéndose violado esa garantía, el juez de garantías incumpliría con su labor tutelar de derechos.

Al no existir recurso ordinario en contra de las determinaciones citadas en este apartado, se presenta la posibilidad de acudir al juicio de amparo, como mecanismo extraordinario de defensa.

En este caso, un juicio de amparo indirecto, que como sabemos consta de dos instancias; la primera se desenvuelve ante un juez de distrito y la segunda, en caso de interponerse el recurso de revisión, ante un tribunal colegiado competente en materia penal.

En mi opinión, basado en la idea de que los jueces de control constituyen un nuevo mecanismo de regularidad constitucional, especialmente cuando

supervisan algunas determinaciones y actos del Ministerio Público, como son las indicadas por el referido artículo 258 del Código Nacional de Procedimientos Penales, propongo que sus resoluciones en este particular sean revisadas directamente por un tribunal colegiado de circuito, utilizando el recurso de revisión, sin necesidad de que sean examinadas por un juez de distrito, para evitar duplicidad de funciones y agilizar la solución del asunto.

En efecto, lo conveniente, según nuestro parecer, es limitar la procedencia del juicio de amparo y privilegiar la jurisdicción garantista que deben asumir nuestros jueces de control.

Lo mismo puede predicarse respecto de sus resoluciones sobre medidas cautelares o técnicas de investigación. En una parte de este libro hemos destacado que los jueces de control al momento de autorizar medidas cautelares o técnicas de investigación, una vez que han verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencias de los derechos fundamentales de una persona, deben constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas sirviéndose del principio de proporcionalidad, en un plano de argumentación constitucional. La idea es, que en estos casos, contra la resolución del juez de control o de la sala de apelación, en caso de que se haga valer este último recurso, proceda directamente el recurso de revisión ante el tribunal colegiado de circuito competente, eliminando la instancia que viene desarrollándose ante jueces de distrito de amparo en materia penal.

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Tipo de control</i>	<i>Procedencia del juicio de amparo</i>
a) Control <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> , sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control (artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional). b) Control posterior sobre detenciones realizadas por el Ministerio Público (artículo 16, párrafo séptimo constitucional).	PREVENTIVO Intenta limitar o eliminar la procedencia del juicio de amparo contra actos o diligencias surgidos en la investigación del delito.	En casos excepcionales en que subsista alguna violación a derechos fundamentales no remediada por el juez de control o su superior jerárquico.

<i>Ámbito de aplicación</i>	<i>Tipo de control</i>	<i>Procedencia del juicio de amparo</i>
<p>c) Control sobre cualquier medida adicional que implique afectación de derechos fundamentales en la fase de investigación (artículo 16, párrafo décimo cuarto constitucional).</p>		
<p>Control sobre omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos; resoluciones de reserva; no ejercicio de la acción penal; desistimiento de la acción penal; suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño, y aplicación del criterio de oportunidad (artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional).</p>	<p>SUSTITUTIVO El juez de control reemplaza las competencias de los jueces de amparo en el conocimiento de estos asuntos.</p>	<p>En estos supuestos, las resoluciones de los jueces de control deben ser impugnadas por medio de los recursos que prevé la Ley de Amparo, y ser del conocimiento, en su caso, de los tribunales colegiados de circuito, como se hace actualmente respecto de las sentencias de los jueces de distrito.</p> <p>También es posible, en los términos precisados, facultar a los tribunales superiores de justicia para revisar la actividad de los jueces de control, dejando abierta la vía para que el particular pueda elegir si hace valer su recurso en la vía local (que naturalmente sería terminal) o bien ante los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, si así lo estiman oportuno o conveniente a sus intereses.</p>

Como podemos advertir de este cuadro, los jueces de control —y en su caso un tribunal de alzada— van a ejercer un control *ex ante* y *ex post*, sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad que requieran control; un control posterior sobre detenciones realizadas por el Ministerio Público, y un control sobre cualquier medida

adicional que implique afectación de derechos fundamentales en la fase de investigación (artículo 16 constitucional).

Aquí, el tipo de control asignado a los jueces de control es preventivo, en la medida en que intenta limitar o eliminar la procedencia del juicio de amparo, dado que en su función de garantía los jueces de control no sólo deben concretarse a autorizar la medida cautelar, la providencia precautoria o la técnica de investigación, sino que valiéndose de los principios jurídicos de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, deben vigilar que el acto de injerencia o molestia infrinjan o limiten sólo en la medida de lo necesario el derecho fundamental en juego.

Los jueces de control deben asumirse como verdaderos garantes de derechos fundamentales; para ello deberán estar próximos, visibles a los gobernados. Hemos visto también que su función de control no termina al momento de autorizar cualesquiera de esos actos, sino que su control o verificación sobre el Ministerio Público debe ser permanente o continua, a efecto de que, en vista de cualquier reclamación, se pronuncien nuevamente sobre el mantenimiento o cancelación del acto inicialmente autorizado.

Por ser un control inmediato al Ministerio Público, es previsible que los reclamos por infracción a derechos fundamentales sean reparados por el juez de control, y sólo de manera subsidiaria operará el amparo cuando la violación al derecho fundamental no haya quedado reparada ante la potestad de los jueces de control y/o el superior del mismo o cuando los propios acuerdos de los jueces de control lesionen algún derecho fundamental.

Este control puede calificarse como preventivo. En cambio, es de tipo complementario el control que tendrán que ejercer sobre los reclamos por omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos; resoluciones de reserva; no ejercicio de la acción penal; desistimiento de la acción penal; suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño, y aplicación del criterio de oportunidad (artículo 20, apartado C, fracción VII, constitucional).

En efecto, el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México (abrogado), siguiendo la directriz establecida en la exposición de motivos de la reforma constitucional, en el artículo 150, fracción XIV, contemplaba el derecho de la víctima y 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 durante su vigencia dispuso en el artículo 227, que las decisiones del Ministerio Público sobre el archivo temporal, abstenerse de investi-

gar y no ejercicio de la pretensión punitiva u omisiones de la investigación, podían ser impugnados por la víctima u ofendido ante el juez de control.

Se dice lo anterior, porque en este ámbito de control, sus competencias sustituyen a las que actualmente vienen cumpliendo los jueces de distrito en materia de amparo penal, a quienes conforme al contenido de los artículos 50., fracción I, *in fine* y 107, fracción VII de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, corresponde conocer en esa vía de las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal y suspensión del proceso cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

En estas hipótesis, los jueces de control no participan en la creación del acto que puede resultar violatorio de derechos fundamentales, porque las determinaciones del Ministerio Público en esos rubros derivan de sus atribuciones constitucionales como titulares de la acción penal.¹⁴⁴

En estos supuestos, el diseño que propongo, es que las resoluciones de los jueces de control en su función de garantías puedan ser impugnadas mediante el recurso de revisión previsto por la Ley de Amparo, pues de ese modo se adoptaría el mismo sistema recursal que opera actualmente para la impugnación de las sentencias de los jueces de amparo en este tipo de casos, lo que permitiría cierta uniformidad sobre los criterios que deben imperar en materias tan importantes como son las relativas al ejercicio o inejercicio de la acción penal, aplicación de criterios de oportunidad, entre otras.

También sería viable pensar en una jurisdicción concurrente, asignable a los tribunales de alzada, para que si la parte interesada así lo estima conveniente y oportuno a sus intereses, acuda a dichos órganos jurisdiccionales a hacer valer ese recurso, con la condición de que sería terminal, es decir, sin posibilidad de ulterior impugnación. De lo que se trata es facilitar a los gobernados el acceso a la jurisdicción, pero también debe respetarse su derecho de acudir a las instancias federales si encuentran alguna dificultad en la justicia local.¹⁴⁵

¹⁴⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Artículo 21. La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función. El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial”.

¹⁴⁵ El doctor José María Serna de la Garza se ocupa de examinar el juicio de amparo directo, que actualmente es un recurso imprescindible de los ciudadanos de las entidades federativas para contrarrestar la influencia que personajes poderosos ejercen sobre la justicia estatal. En ese sentido, el autor destaca que el amparo directo ha sido la gran “válvula de escape” que los litigantes locales han tenido para darle la vuelta a una justicia del fuero común

VII. EL JUEZ DE CONTROL Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

1. ¿Qué es el neoconstitucionalismo?

Para Luigi Ferrajoli,¹⁴⁶ el neoconstitucionalismo significa el cambio de las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción, sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia de las normas, que en el paradigma paleoiuspositivista se había disociado de la justicia, explica el autor, se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales.

Cambia también, según el propio autor, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto.

Asimismo, considera que se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional.

Concluye el autor en este sentido, explicando que una transformación más, producto del constitucionalismo rígido, la constituye la subordinación de la ley a los principios constitucionales, que equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite a la vez que la completa. Un límite, porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa, porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes, que podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

sometida a poderosas influencias locales. *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2009, p. 350.

¹⁴⁶ Carbonell, Miguel *et al.*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 18 y 19.

Otro importante autor que se ha referido al neoconstitucionalismo es Luis Prieto Sanchís; la tesis de este autor es resumida extraordinariamente por el profesor de la Universidad Externado de Colombia, Carlos Bernal Pulido, en un artículo de este último sobre la refutación y defensa del neoconstitucionalismo.¹⁴⁷ De acuerdo con la síntesis que elabora Bernal Pulido, para Prieto Sanchís el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación:

- 1) La Constitución es material. Está provista de un “denso contenido sustantivo”, conformado por normas que establecen al poder no sólo “cómo ha de organizarse y adoptar sus decisiones, sino también qué es lo que puede e incluso, a veces, qué es lo que debe decidir”.
- 2) La Constitución es garantizada. Su protección se encomienda a los jueces.
- 3) La Constitución es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico. Como consecuencia de ello, la Constitución regula plenamente la legislación: “en la constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador, porque todos los espacios aparecen regulados”.
- 4) La Constitución establece una regulación principialista. En este tipo de regulación “se recogen derechos (y deberes correlativos) sin especificar sus posibles colisiones, ni las condiciones de precedencia de unos sobre otros; o donde se fija objetivos o conductas también sin establecer el umbral mínimo de cumplimiento constitucionalmente obligado”. Por ello, “se produce... una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles”. La Constitución es abierta y “habla con muchas voces”, pero el legislador y juez escuchan la misma voz.
- 5) La Constitución se aplica mediante la ponderación. Esta última es una forma de argumentación mediante la cual se construye una jerarquía móvil entre los principios que entran en colisión; es decir, se establece cuál de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto.
- 6) Esta concepción de la Constitución implica negar la posibilidad de estructurar un “modelo geográfico” de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por

¹⁴⁷ Bernal Pulido, Carlos *et al.*, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, pp. 73-75.

el legislador y otras materias en donde este poder se puede mover con libertad. Por ello mismo, un caso es legal o es constitucional.

- 7) Esta concepción de la Constitución implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación. “No hay problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado y eso significa que debe descartarse la existencia de un mundo político separado o inmune a la influencia constitucional”. El modelo argumentativo no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional, así como tampoco elimina la libertad legislativa de configuración. Solamente la somete a la prohibición de arbitrariedad del artículo 9.3, CE; es decir, impone al legislador el deber de fundamentar todas las restricciones a los derechos fundamentales. En este modelo argumentativo, la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias unas constitucionales y otras legales, sino en “círculos de competencias”.

Para Susanna Pozzolo,¹⁴⁸ el argumento neoconstitucionalista parte del dato positivo de la constitucionalización del *bill of rights*; esto quiere decir, de un catálogo más o menos detallado de derechos fundamentales, y de la justiciabilidad de la carta fundamental por obra de un órgano para ello específicamente predispuesto, por el juez de las leyes. Para esta autora, a partir de tal dato positivo, el neoconstitucionalismo propone un cierto modelo teórico para la explicación y descripción del derecho del Estado constitucional, caracterizado por negar la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral; así, según explica, el neoconstitucionalismo propone también un modelo axiológico-normativo bajo cuyas líneas debería desarrollarse el derecho real.

En tanto que para el autor argentino Andrés Gil Domínguez,¹⁴⁹ el neoconstitucionalismo se refiere a un cierto modelo de Estado de derecho que define institucionalmente una determinada forma de organización política. Este modelo es tributario de las dos grandes corrientes constitucionales que tradicionalmente han transitado por senderos separados y opuestos; la norteamericana (que estableció una Constitución garantizada sin contenidos normativos) y la europea (que estableció Constituciones con un denso contenido normativo, pero sin garantías).

Al definir al neoconstitucionalismo, este autor engarza ambas corrientes constitucionales, pues explica que, por un lado, la visión norteamericana

¹⁴⁸ Carbonell, Miguel *et al.*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁴⁹ Gil Domínguez, Andrés, *Escritos sobre el neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009, pp. 12 y 13.

contribuye con la idea de supremacía constitucional y su correspondiente garantía jurisdiccional. La Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas, y su garantía se atribuye al Poder Judicial, considerado como el más neutro respecto de los otros poderes, y que debe mantenerse al margen del debate político.

Por otra parte, Gil Domínguez explica que la corriente europea concibe a la Constitución como un agente que pretende participar de manera directa en las decisiones colectivas mediante el establecimiento de un amplio catálogo de derechos que emergen como cláusulas materiales que necesariamente inciden en el ámbito político.

El neoconstitucionalismo, según expone, conjuga ambos modelos y arroja como consecuencia una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, donde el protagonismo fundamental ha de seguir correspondiendo al legislador democrático, pero donde indudablemente —puntualiza el autor— la última palabra se encomienda a los jueces. Expuestas las anteriores posturas doctrinarias, podemos formular la siguiente interrogante:

2. *¿Qué tipo de conexión puede hallarse entre las atribuciones del juez de control y el llamado neoconstitucionalismo?*

Conforme a la corriente del neoconstitucionalismo, la Constitución es garantizada, y su protección se encomienda a los jueces. Esta nota que caracteriza al modelo neoconstitucionalista se encuentra recogida en el texto del artículo 1o. constitucional, específicamente en los párrafos segundo y tercero, que indican que todas las normas relativas a los derechos humanos, como es el caso de las que rigen el acceso a la justicia o el debido proceso, deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a los sujetos de derecho que se someten al orden jurídico del Estado mexicano, y, por otra parte, que todas las autoridades, sin excepción alguna, en ejercicio de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos; por lo que atendiendo al principio de supremacía constitucional que se consagra en diversas normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y particularmente en el artículo 133, los jueces del Estado mexicano, al conocer de los asuntos de su competencia, deben hacer prevalecer los derechos humanos reconocidos en esa norma fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, a pesar de las disposiciones en contrario

que puedan preverse en los ordenamientos que les corresponda aplicar para resolver los asuntos de su competencia.

El modelo neoconstitucionalista encuentra aplicación no sólo a nivel de los tribunales constitucionales, sino que se proyecta en general sobre todos los jueces, porque para la solución de controversias constitucionales u ordinarias, todos los jueces del sistema deben tener en cuenta la propia Constitución y los principios constitucionales explícitos o implícitos de la misma.¹⁵⁰

Luego, es admisible que los jueces de control, como custodios de derechos fundamentales, acudan a principios constitucionales, sin limitarse a la aplicación mecánica del derecho, mediante el uso tradicional de la subsunción.

En este trabajo hemos presentado gráficas que demuestran que el nivel de argumentación que deben utilizar los jueces de control es superior al nivel empleado actualmente por los jueces tradicionales. La argumentación fáctica y la argumentación legal deben complementarse con una argumentación de tipo constitucional, ya que el juez de control, una vez que ha verificado que se cumplen los requisitos establecidos en las disposiciones legales para adoptar una medida con injerencia sobre los derechos fundamentales de una persona, debe constatar el cumplimiento de los fines previstos para estas medidas, y es aquí donde adquiere sentido el esquema constitucional aportado por el principio de proporcionalidad.

En ese sentido, Jaime Cárdenas Gracia¹⁵¹ explica que la aplicación del principio de proporcionalidad en la argumentación neoconstitucionalista abandona, desde luego, el puro esquema lógico deductivo, y requiere del juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica. Para este jurista, argumentar equivale a justificar; sólo que el neoconstitucionalismo obliga a niveles de mayor justificación. No basta ya acudir a razones exclusivamente formales —competencia del órgano y procedimiento—, sino debe también acudir a contenidos, fines y valores.

En el caso de México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido que los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica se

¹⁵⁰ La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido el criterio de que aunque materialmente las normas constitucionales configuran un cuerpo jurídico coherente y conexo de principios cuya identidad axiológica descansa en ese conjunto de valores, y su aplicación a los casos concretos ocurre a través de la legislación secundaria, ello no merma su condición de fuente de derechos, pudiendo ser invocada como regla aplicable de manera directa si su texto no requiere regulación posterior para definir una situación individual, como se desprende de la tesis 2a. CXXVIII/2010, de la Segunda Sala, visible en la página 1471, t. XXXIII, enero de 2011, Novena Época, del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de rubro “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUPUESTO EN QUE PUEDE SER INVOCADA DIRECTAMENTE POR CUALQUIER JUEZ”.

¹⁵¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2006, pp. 39-41.

traducen en instrumentos útiles para la solución de conflictos entre principios constitucionales. Con base en ellos, el alto tribunal del país, al analizar la constitucionalidad de normas secundarias que implican restricción de derechos fundamentales, ha sentado precedentes en el sentido de que el juez constitucional, en estos casos, debe comprobar que se satisfagan los siguientes requisitos: que sean admisibles constitucionalmente (finalidad constitucionalmente legítima); que la restricción sea adecuada, idónea, apta, necesaria; es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo y, por último, debe ser razonable, esto es, que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen la intervención.

Aunque en estos casos la Suprema Corte de Justicia analizó la constitucionalidad de actos legislativos, lo que interesa es advertir la forma en que deben ser tratadas las acciones del Estado, que de algún modo regulan o se proyectan sobre derechos fundamentales.

Estas razones también pueden ser invocadas por los jueces de control, a título de justificación o fundamento en sus resoluciones que impliquen alguna injerencia sobre derechos fundamentales de los imputados, las víctimas y los ofendidos. Es así, porque estos jueces de control, al resolver sobre medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación, deben pasar la solicitud del Ministerio Público bajo el tamiz del principio de proporcionalidad, porque toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar relación con el significado del derecho intervenido. Desde luego, la utilización del principio de proporcionalidad en estos casos debe contribuir a mejorar la motivación de sus resoluciones, sin llegar al grado de anular el derecho legislado.

REFLEXIONES FINALES

A lo largo de este ensayo hemos tratado de mostrar algunos argumentos en defensa de la tesis de los jueces de control que deben ser considerados como un nuevo mecanismo de regularidad constitucional.

Pero también se han presentado razonamientos que van en sentido contrario a nuestras conclusiones.

Esto último permite al lector tener un punto de partida para apoyar una u otra postura, y abre la posibilidad a la crítica y a nuevas investigaciones sobre un tema, que en nuestra opinión resulta de capital importancia para lograr la adecuada articulación entre las atribuciones de los jueces de control de garantías y el juicio de amparo indirecto bajo el nuevo esquema acusatorio, lo que es, sin duda, una asignatura pendiente para el legislador federal y, subsidiariamente, para los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Es previsible que ante la falta de claridad de la norma constitucional, que, como quedó explicado en este trabajo, regula en forma muy precaria la creación de los jueces de control, y debido a la pesada tradición de concentrar la defensa de los derechos fundamentales en el juicio de amparo, se imponga la inercia y se siga estimando —sin mayor cuidado y reflexión— que el trabajo de los jueces de control debe ser pasado, en todos los casos, bajo el tamiz del juicio de garantías, lo que estimamos desacertado, en la medida en que de ser así, se trataría extralógicamente al juez de control como autoridad responsable, lo que va a propiciar un control constitucional sobre otro control constitucional.

Mas lo aquí asentado no constituye sino un parecer siempre derrotable ante otras mejores opiniones, que espero surjan a partir de la lectura de estas notas.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel, “Sistema acusatorio y derecho de excepción”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009.
- AGUILÓ REGLA, Josep, “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30, 2007.
- APONTE CARDONA, Alejandro, *Manual para el juez de control de garantías en el sistema acusatorio penal*, 2a. ed., Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, 2006.
- ARAGÓN REYES, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- ARAGÓN REYES, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004.
- BAYTELMAN, Andrés y DUCE, Mauricio J., *Litigación penal. Juicio oral y prueba*, México, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- BERNAL PULIDO, Carlos Libardo, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 4a. ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- BERNAL PULIDO, Carlos *et al.*, *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010.
- BERNATE OCHOA, Francisco, “El derecho penal en la era de la globalización”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, Tercera Época, núm. 7, septiembre-octubre de 2006.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al derecho procesal penal*, 2a. ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.

- BINDER, Alberto, “Reforma de la justicia penal y Constitución: del programa político al programa científico”, *Cuadernos de Análisis Jurídico. Serie Seminarios*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, núm. 39, 1998.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, Porrúa, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La giurisdizione costituzionale delle libertà*, Milán, Giuffrè, 1955 (hay traducción al castellano de Héctor Fix-Zamudio, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, México, UNAM, 1961).
- CARBONELL, Miguel *et al.*, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- CARBONELL, Miguel, “Sobre el principio de exclusión de prueba ilícitamente obtenida”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2006.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “Los principios y su impacto en la interpretación constitucional y judicial”, *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- CARROCA P., Alex, “Las garantías constitucionales en el nuevo sistema procesal penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Santiago, ConoSur, 2000.
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *El juicio oral*, Santiago, Metropolitana, 2003.
- DEL RÍO REBOLLEDO, Joahana, “Reforma al artículo 20 constitucional”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008.
- DUCE J., Mauricio, “Selección de casos en el nuevo Código Procesal Penal”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, vol. 29, núm. 2, 2002.
- EMBRIZ VÁSQUEZ, José Luis y PASTRANA BERDEJO, Juan David, “Tópicos de la prisión preventiva”, *Arraigo y prisión preventiva. Doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2010.
- ESQUINCA MUÑOA, César, *La defensoría pública federal*, México, Porrúa, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Justicia constitucional, ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1997.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio e ISLAS DE GONZÁLEZ MADRIGAL, Olga (coords.), *La reforma constitucional en materia de justicia penal (Jornadas de Justicia Penal)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La reforma penal constitucional (2007-2008). ¿Democracia o autoritarismo?*, 2a. ed., México, Porrúa, 2009.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, *Escritos sobre el neoconstitucionalismo*, Buenos Aires, Ediar, 2009.
- GONZÁLEZ CHÉVEZ, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, México, Ediciones Coyoacán, 2009.
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, Colex, 1990.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano, *Cuestiones prácticas sobre la investigación penal*, Argentina, Mediterránea, 2004.
- HELD, David, *Globalización/antiglobalización, sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.
- HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho procesal penal chileno. Principios, sujetos procesales, medidas cautelares, etapa de investigación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2002.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control del poder político*, 2a. ed., México, UNAM, 2001.
- LLANCAMÁN NIETO, Patricio, *El juicio oral penal*, Santiago, Jurídica La Ley, 2003.
- MARTÍNEZ CISNEROS, Germán, “El juez de control en México, un modelo para armar”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 27, 2009.
- MONTERO AROCA, Juan, “Principio acusatorio y prueba en el proceso penal. La inutilidad jurídica de un eslogan político”, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MORENO CATENA, Víctor, “Los elementos probatorios obtenidos con la afectación de derechos fundamentales durante la investigación penal”, *Prueba y proceso penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- NEYRA FLORES, José Antonio, *Código Procesal Penal, Manuales Operativos: manual de juzgamiento, prueba y litigación oral en el nuevo modelo procesal penal*, Lima, Academia de la Magistratura, 2007.
- NORIEGA SÁENZ, María Olga y ALBARRÁN DUARTE, Mariel, “La justicia alternativa en la reforma al sistema de justicia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 6, noviembre-diciembre de 2008.
- O'DONNELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2004.

- OSORIO Y NIETO, César Augusto, *Delitos contra la salud*, México, Porrúa, 2009.
- 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, *La reforma constitucional en materia de justicia penal (Jornadas de Justicia Penal)*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2009.
- PINTO, Mónica *et al.*, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.
- QUERALT, Joan Josep, *Justicia penal: delitos y garantías*, México, Ubijus-Instituto de Formación Profesional, 2009.
- RIEGO R., Cristián, y Duce, Mauricio, “La etapa de investigación en el nuevo proceso penal”, *Nuevo Proceso Penal*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 2000.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, 25a. ed., trad. alemana, Buenos Aires, Editores del puerto, 2000.
- SERNA DE LA GARZA, José María, *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2009.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *El sistema penal acusatorio en México. Estudio sobre su implementación en el Poder Judicial de la Federación*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.
- TARUFFO, Michelle, *La prueba*, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- TORRES, Sergio Gabriel *et al.*, *Principios generales del juicio oral penal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2006.
- U ROSA RAMÍREZ, Gerardo, “Reflexiones en torno a la reforma constitucional en materia penal”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 5, septiembre-octubre de 2008.
- VARGAS, Juan Enrique y BAYTELMAN, Andrés, “Destrezas del juez en los juicios orales”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 5, septiembre-octubre de 2008.
- VIZCAÍNO ZAMORA, Álvaro, “Diez pasos para implementar la Reforma Constitucional en materia penal en los Estados de la República”, *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, México, Cuarta Época, núm. 7, enero-febrero de 2009.
- YÁÑEZ ROMERO, José Arturo, *La policía de investigación: entre las técnicas de investigación y las pruebas judiciales*, México, Ubijus, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo “El juicio de amparo y la defensa de la Constitución”, en COSSÍO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (comps.), *La defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997

Fuentes electrónicas

ZEPEDA, Guillermo, Centro de Investigación para el Desarrollo, 19 de junio de 2010, disponible en: <http://www.cidac.org/unm/pdf>.

PELÁEZ SANZ, Francisco y BERNAL NIETO, Juan Miguel, “Artículos doctrinales: derecho procesal penal”, disponible en: <http://noticias.juridicas.com/extras/print.php?doc=../articulos/65-Derecho%Procesal%2...>

REYES LOAEZA, Jahaziel, *El juez de garantías en el nuevo proceso penal oaxaqueño*, disponible en: <http://www.juiciooraloaxaca.Gob.Mx/publicaciones/55revista-jussemperloquitur/el%20juez%de%20garantias%20en%20el%20nuevo%20proceso%20penal%20oaxaqueño.pdf>.

CASCAJO CASTRO, José Luis, *La jurisdicción constitucional de la libertad*, disponible en: http://www.Cepc.Es/rap/publicaciones/revistas/2/rep_199_153.pdf.

Notas periodísticas

PÉREZ, Hugo David, “Demanda la ONU a México eliminar figura de arraigo”, *Milenio*, 27 de marzo de 2010.

VALLS HERNÁNDEZ, Sergio A., “El juez de control en México”, *Milenio*, 9 de diciembre de 2008.

Sentencias, tesis y jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de tribunales colegiados de circuito y de la Corte Constitucional de Colombia

Tesis aislada, “CUERPO DEL DELITO. CONCEPTO DE”, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Sexta Época, vol. XLIV, segunda parte, p. 54.

Tesis P. XXXV/2002, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. XVI, agosto de 2002, p. 14.

Tesis 2a. XXXV/2007, “PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ALCANCES DE ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1186.

- Tesis P. XXXIII/2008, “INTERVENCIÓN DE COMUNICACIONES PRIVADAS SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. LAS GRABACIONES DERIVADAS DE UN ACTO DE ESA NATURALEZA CONSTITUYEN PRUEBAS ILÍCITAS QUE POR MANDATO EXPRESO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL CARECEN DE TODO VALOR PROBATORIO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. XXVII, abril de 2008, p. 6.
- Tesis 1a./J. 22/2007, “CATEO. EN ACATAMIENTO A LA GARANTÍA DE INVIOLEABILIDAD DEL DOMICILIO, LA ORDEN EMITIDA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL, DEBE REUNIR LOS REQUISITOS PREVISTOS EN EL ARTÍCULO 16 DE LA CONSTITUCIÓN, DE LO CONTRARIO DICHA ORDEN Y LAS PRUEBAS QUE SE HAYAN OBTENIDO COMO CONSECUENCIA DIRECTA DE LA MISMA, CARECEN DE EXISTENCIA LEGAL Y EFICACIA PROBATORIA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXVI, agosto de 2007, p. 111.
- Tesis 2a. CLXI/2000, “COMUNICACIONES PRIVADAS. LAS PRUEBAS OFRECIDAS DENTRO DE UN JUICIO CIVIL, OBTENIDAS POR UN GOBERNADO SIN RESPETAR LA INVIOLEABILIDAD DE AQUÉLLAS, CONSTITUYEN UN ILÍCITO CONSTITUCIONAL, POR LO QUE RESULTAN CONTRARIAS A DERECHO Y NO DEBEN ADMITIRSE POR EL JUZGADOR CORRESPONDIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 428.
- Sentencia C-591/05 Corte Constitucional de Colombia, p. 31.
- 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*, Pleno, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.
- Tesis P./J. 31/2014 (10a.), “ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Décima Época, libro 6, t. I, mayo de 2014, p. 269.
- Tesis 1a./J. 33/2015 (10a.), “ARRAIGO. LA ORDEN RELATIVA NO ACTUALIZA LA CAUSA DE IMPROCEDENCIA POR CESACIÓN DE EFECTOS (ABANDONO DE LA TESIS AISLADA 1A. LXXXIII/2001)”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, libro 18, t. I, mayo de 2015, p. 168.

- Tesis 2a./J. 3/2014 (10a.), “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Décima Época, libro 3, t. II, febrero de 2014, p. 938.
- Tesis aislada, “MINISTERIO PÚBLICO, AMPARO CONTRA SUS ACTOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Quinta Época, t. CVI, p. 1356.
- Amparo en revisión 32/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. VI, diciembre de 1997, p. 26.
- 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 AQUELLA (ARTÍCULO 21, PÁRRAFO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. XII, octubre de 2000, p. 5.
- 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 DE LAS GARANTÍAS CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 20, APARTADO B, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXIII, enero de 2006, p. 394.
- Tesis 1a./J. 5/93, “CONCURSO DE DELITOS, FACULTAD EXCLUSIVA DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA IMPOSICIÓN DE LAS PENAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXI, mayo de 2005, p. 89.
- Tesis 1a./J. 3/2012 (9a.), “PENAS. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, libro V, t. I, febrero de 2012, p. 503.
- Tesis jurisprudencial, “FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 97-102, tercera parte, p. 143.
- Tesis 1a./J. 51/2009, “RESTRICCIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. EL ARTÍCULO 271, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA LEY GENERAL DE SALUD PREVE UNA RESTRICCIÓN VÁLIDA A LA LIBERTAD DE TRABAJO DE LOS MÉDICOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXIX, abril de 2009, p. 507.

- Tesis I.4o.A.666 A, “PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2788.
- Tesis I.4o.C.157 C, “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1390.
- Tesis P./J. 73/99, “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 18.
- Tesis 2a./J. 109/2004 y 2a./J. 108/2004, “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE CONSTITUCIONALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A UNA REGLA GENERAL ADMINISTRATIVA”, y “CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA DEBE PRONUNCIARSE SOBRE LOS VICIOS DE LEGALIDAD QUE EN LA DEMANDA RESPECTIVA SE ATRIBUYAN A LAS REGLAS GENERALES ADMINISTRATIVAS APLICADAS EN PERJUICIO DEL ACTOR EN LA RESOLUCIÓN DEFINITIVA IMPUGNADA EN FORMA DESTACADA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XX, septiembre de 2004, p. 110.
- Tesis P. LXVII/2011 (9a.), “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Décima Época, libro III, t. I, diciembre de 2011, p. 535.
- Tesis 1a./J. 18/2012 (10a.), “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Décima Época, libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

- Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.), “CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1647.
- Tesis 2a./J. 16/2014 (10a.), “CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 984.
- Tesis 1a./J. 118/2010, “ACCIÓN PENAL. MOMENTOS EN QUE PUEDEN IMPUGNARSE EN AMPARO INDIRECTO LAS RESOLUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO SOBRE EL NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE AQUÉLLA (INTERPRETACIÓN DEL RÉGIMEN TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Primera Sala, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 17.
- Tesis P./J. 74/99, “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.
- Tesis P./J. 2/97, “AGRAVIOS INOPERANTES. LO SON LOS QUE SOSTIENEN QUE LOS JUZGADORES DE AMPARO VIOLAN GARANTÍAS INDIVIDUALES, SOLAMENTE EN ESE ASPECTO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 5.
- Tesis 2a. CXXVIII/2010, “CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUPUESTO EN QUE PUEDE SER INVOCADA DIRECTAMENTE POR CUALQUIER JUEZ”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Segunda Sala, Novena Época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 1471.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales.

Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave. Ley de Amparo.

Código modelo del proceso penal acusatorio para los Estados de la Federación (Comisión Nacional de Tribunales Superiores de los Estados Unidos Mexicanos).

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código Procesal Penal del Estado de Chihuahua (última reforma del 12 de noviembre de 2011).

Código Procesal Penal del Estado de Oaxaca (última reforma del 23 de septiembre de 2011).

Código Procesal Penal del Estado de México (última reforma del 26 de octubre de 2011).

ANEXOS

ANEXO 1

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

SENADORES

Dictamen México, D. F., a 13 de diciembre de 2007.

NOTA: AL FINAL DE ESTE DICTAMEN SE ENCUENTRA LA INICIATIVA DEL EJECUTIVO DE LA MISMA MATERIA.

PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

(Dictamen de primera lectura)

“COMISIONES UNIDAS DE PUNTOS CONSTITUCIONALES; DE JUSTICIA; DE GOBERNACIÓN; DE SEGURIDAD PÚBLICA Y DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, SEGUNDA

H. ASAMBLEA:

A las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública, y con opinión de la Comisión de la Defensa Nacional de la Cámara de Senadores, se turnó para su estudio, análisis y dictamen, la Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Con fundamento en los artículos 85, 86, 94 y 103 de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos; 65, 87, 88 y 93 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, las comisiones unidas someten a la consideración de esta Honorable Asamblea, el presente dictamen al tenor de los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. En sesión celebrada en la Cámara de Diputados el 12 de diciembre de 2007, se aprobó el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Justicia con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia penal y seguridad pública; turnándose al Senado de la República.

2. El día 13 de diciembre de 2007 la Mesa Directiva del Senado de la República acordó dispensar el trámite convencional, para turnar directamente a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública, y de Estudios Legislativos, Segunda; para su estudio, análisis y elaboración del dictamen correspondiente.

II. MATERIA DE LA MINUTA

La Minuta con Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de nuestra Carta Magna, en materia de justicia penal y seguridad pública, estima que el sistema de justicia actual es preponderantemente inquisitivo, ya que el indiciado es considerado culpable hasta que se demuestre lo contrario, por lo que se considera que el modelo de justicia penal vigente, ha sido superado por la realidad.

En una visión general, la reforma integral al sistema de justicia penal propuesta en la minuta de mérito atiende las siguientes características:

1) Propone un Sistema Acusatorio, en el que se respeten los derechos tanto de la víctima y ofendido, como del imputado, estableciendo de manera explícita el principio de presunción de inocencia para éste.

Este nuevo sistema acusatorio se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, con la característica de la oralidad, la cual ayudará a fomentar la transparencia, garantizando al mismo tiempo una relación directa entre el juez y las partes, propiciando que los procedimientos penales sean más ágiles y sencillos.

2) Prevé la inclusión de jueces de control que resolverán de manera inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que así lo requieran, respetando las garantías de las partes y que la actuación de la parte acusadora sea apegada a derecho, y siempre deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones que haya entre jueces y el Ministerio Público. El juez de la causa, se hará cargo del asunto una vez vinculado a

proceso el indiciado, hasta la emisión de la sentencia correspondiente, y un juez ejecutor vigilará y controlará la ejecución de la pena.

3) Sustituye el auto de formal prisión y el de sujeción a proceso por un auto de vinculación a proceso, con el objetivo de tener congruencia con el nuevo sistema acusatorio.

4) Asimismo, se establece una nueva regulación respecto de medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva, de tal forma que ésta sólo excepcionalmente podrá ser aplicada cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, o cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. Para 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 ley en contra de la seguridad de la nación, en contra del libre desarrollo de la personalidad y en contra de la salud, la prisión preventiva se sugiere que se aplique en todos los casos.

5) Estima necesario que se prevean mecanismos alternativos de solución de controversias, que procuren asegurar la reparación del daño, sujetas a supervisión judicial en los casos que la legislación secundaria juzgue conveniente. Al respecto el dictamen de la Colegisladora estima que esta medida generará economía procesal, además de lograr que la víctima de un delito esté cobijada y que el inculpado se responsabilice de sus acciones, reparando el daño causado.

6) Prevé un sistema integral de garantías, tanto de la víctima como del imputado, así como una serie de principios generales que deberán regir todo proceso penal.

7) Propone un régimen especial que regirá los procesos penales tratándose de delincuencia organizada. Esto incluye la facultad para que el Congreso de la Unión legisle sobre esta materia.

8) Eleva a rango constitucional el arraigo, previéndose en forma expresa las modalidades y garantías que deberán observarse para su aplicación. Asimismo, se regulan los casos de urgencia y flagrancia.

9) Establece las bases sobre las cuales deberá construirse y operar el Sistema Nacional de Seguridad Pública, enfatizándose que deberá privilegiarse la coordinación del Ministerio Público y las instituciones policiales de los 3 órdenes de gobierno, a fin de lograr la integración de los esfuerzos en materia de seguridad pública, pero siempre en el marco de respeto al federalismo.

10) Presenta un régimen de transitoriedad para la implementación del sistema acusatorio.

III. CONSIDERACIONES

Estas comisiones dictaminadoras coinciden con la Colegisladora en la necesidad de establecer nuevos elementos que contribuyan a mejorar el funcionamiento de nuestro sistema de justicia penal y otorguen mejores mecanismos para el combate a la delincuencia organizada.

En este tenor, se estima oportuno y conveniente aprovechar este momento para dictaminar la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, presentada ante esta cámara, por el Ejecutivo Federal en sesión ordinaria del martes 13 de marzo de 2007, y turnada a estas comisiones dictaminadoras, y con opinión de la Comisión de la Defensa Nacional, en razón de que ésta solicitó ampliación de turno. Lo anterior en virtud de que coincide en forma esencial con el espíritu de la minuta en estudio, ya que dicha iniciativa responde a la necesidad de llevar a cabo una reforma sustantiva en materia de justicia penal en México, al considerar que las leyes han sido rebasadas por el fenómeno delictivo y que deben ser adecuadas a la realidad para que el Estado mexicano cuente con las herramientas suficientes para tener éxito en el combate a la delincuencia.

Estas comisiones unidas coinciden primordialmente con la evaluación y análisis de la problemática en materia de seguridad pública y justicia penal que anima la propuesta del Ejecutivo Federal, así como con los objetivos y fines que se persiguen con ella.

En efecto, estas comisiones comparten la idea de que para hacer prevalecer el Estado democrático de derecho en nuestro país, deben por un lado adecuarse las estructuras constitucionales y legales existentes, a fin de dar respuesta con mayor efectividad al grave fenómeno delictivo que nuestro país padece, sin conculcar los derechos fundamentales de las personas tutelados en nuestra Carta Magna y en los instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano.

El proponente de la iniciativa en comentario, señala que en nuestro país, los niveles de impunidad y de inseguridad pública se han incrementado en los últimos años, lo que dificulta el desarrollo político, económico y social de México, además de que siembra incertidumbre, temor generalizado en la sociedad y provoca desconfianza en las instituciones del Estado además de que obstaculiza el pleno desarrollo individual de los miembros de la sociedad.

Agrega que el actual sistema de justicia fue concebido en una época distinta a la que vivimos hoy. La globalización y las nuevas tecnologías han modificado no sólo las necesidades y los intereses de los distintos grupos que conforman la sociedad, sino sus actividades y valores así como los medios e

instrumentos a través de los cuales los miembros de la sociedad interactúan y se comunican. Es por ello, que se requiere una revisión profunda a nuestras instituciones y a nuestra legislación, a fin de hacer frente a las formas que la delincuencia ha adoptado.

Por otro lado, se comparte la idea de la necesidad de revertir los índices de inseguridad pública y de que la sociedad recupere la confianza en sus instituciones; además de que es de vital importancia contar con un sistema de justicia penal en el que se establezca como principio, que la sanción sea proporcional a la conducta y que la víctima tenga a su alcance los elementos y medios eficaces para ser restituida en el agravio ocasionado.

Para ello, la propuesta del Ejecutivo Federal considera de especial importancia sentar las bases constitucionales para aplicar un nuevo modelo de justicia penal en todo el país, que por un lado facilite y garantice el acceso a la justicia por parte de los gobernados a partir de contar con juicios breves y expeditos, y por otro lado, se genere confianza en las instituciones y confianza y certeza en sus resoluciones y determinaciones. Punto que coincide con la minuta en estudio.

La iniciativa propone establecer la facultad de la policía de ingresar a domicilios particulares en caso de flagrancia, así como en los casos que se pretenda proteger la integridad de las personas, siendo congruentes con el reciente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Asimismo, tomando en consideración la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la acción de inconstitucionalidad 20/2003, se propone regular desde la propia Constitución la figura del arraigo, toda vez que se trata de un acto restrictivo de la libertad personal, y por ende debe estar previsto en forma expresa en el texto constitucional.

Además, se propone la promoción de mecanismos alternos de solución de controversias que, en muchas ocasiones, resultan más apropiados para los fines de la justicia que la imposición de una pena de prisión, al restituir al agraviado en el pleno goce de sus derechos y reconstruir el orden social quebrantado por medio de la restitución y no de la represión. Con ello, se pretende que el Estado mexicano centre sus capacidades institucionales en la investigación y persecución de los delitos que dañan la estructura social, el orden y la paz públicos, lo cual se considera una forma de despresurizar el sistema judicial y lograr justicia pronta, completa e imparcial en tiempos breves, lo que generará satisfacción a la sociedad y a las víctimas.

Se establece como derecho de las víctimas que puedan solicitar medidas cautelares para la protección y restitución de sus derechos, sin necesidad de esperar el final del juicio. Asimismo, propone la posibilidad de que puedan ejercer acción penal en los casos que señale la ley secundaria.

Respecto de la necesaria reestructuración al sistema de justicia penal, esta iniciativa propone analizar y tomar como punto de referencia la experiencia internacional y la de Oaxaca, Chihuahua, Estado de México y Nuevo León, que han abordado la problemática con gran responsabilidad y han concretado en reformas legislativas para agilizar los procedimientos penales y facilitar la restitución de los derechos a las víctimas u ofendidos.

Uno de los problemas fundamentales que se analiza en esta iniciativa y en el que se hace especial énfasis se refiere al problema de la delincuencia organizada. Entre los ajustes y modificaciones que se proponen realizar, se encuentra el establecimiento de mecanismos a través de los cuales el Ministerio Público pueda actuar con mayor eficiencia y expeditéz en sus tareas de investigación, principalmente aquellos que se refieren al establecimiento de medidas cautelares tales como cateos, arraigos, intervenciones telefónicas, entre otras.

Por otro lado, plantea la posibilidad de que el Estado pueda aplicar a su favor, bienes respecto de los cuales existan datos suficientes para considerar que son instrumento, objeto o producto de actividades de la delincuencia organizada.

Considerando que actualmente los sentenciados del orden común pueden purgar sus penas en centros federales, pero no a la inversa, la iniciativa del Ejecutivo Federal plantea la celebración de convenios para que los sentenciados purguen sus penas en centros penitenciarios de otro fuero, con excepción de los casos de delincuencia organizada.

Asimismo, la iniciativa propone elevar la capacidad de investigación de las policías, así como fortalecer sus tareas en materia de prevención del delito, a través del establecimiento de un Sistema Nacional de Seguridad Pública que regulará el ingreso, selección, permanencia, profesionalización, promoción, remoción, separación, sanción y reconocimiento a sus miembros. Ya que considera que es imperativo para el Estado mexicano proteger a sus policías de la corrupción y conceder a sus integrantes un proyecto de vida, y dignificar así su papel ante la sociedad.

En síntesis, la propuesta de reforma constitucional del Ejecutivo Federal tiene como principal objetivo establecer el marco constitucional y legal que genere las condiciones para reestructurar el sistema de impartición de justicia en materia penal, y para poner en marcha una política efectiva del combate a la delincuencia organizada con el fin de que ello se traduzca en mayor tranquilidad y seguridad jurídica para los mexicanos, objetivo que coincide con la minuta.

La Iniciativa presentada por el Ejecutivo Federal constituye una aportación importante en el proceso necesariamente más amplio de discusión sobre el diseño del nuevo sistema de impartición de justicia penal y de seguridad pública. En efecto, el debate se ha construido con la aportación de los legisladores, del gobierno federal y de las entidades federativas, de los poderes judiciales federal y locales, especialmente reconocidos en el Libro Blanco de la Reforma Judicial, así como de amplios sectores de la sociedad tales como organizaciones de la sociedad civil, medios de comunicación, instituciones académicas, entre otros.

A propósito de lo anterior, a continuación se da cuenta de la opinión de la Comisión de la Defensa Nacional, de conformidad con lo siguiente:

1. Refiere que en los términos en que se encontraban originalmente formuladas, las propuestas presentadas por el Ejecutivo de la Unión:

a) Modificaban radicalmente los fundamentos esenciales de la doctrina constitucional y la práctica procesal del derecho mexicano, particularmente en lo referente a la preservación y defensa de las garantías individuales contenidas en la Constitución, relacionadas esencialmente con el debido proceso.

b) Afectaban el funcionamiento y los objetivos del juicio de amparo como instrumento de defensa ante los actos de autoridad, particularmente en lo referente a la reparación del daño, puesto que este era planteado a posteriori, sin posibilidades de que una suspensión provisional pudiera tener efecto (en los casos de las reformas propuestas para realizar arrestos, cateos y arraigos sujetos a revisión posterior).

c) Proponían una nueva cultura represiva en la ley que eliminaba la noción de inocencia hasta demostración en contrario, por la inversa de culpabilidad hasta demostración en contrario, al facultar a la autoridad para actuar contra el sujeto y tratar de reparar después un eventual daño a su persona.

d) Simplificaban de tal modo la instrumentación de procesos penales de manera que se deja al ciudadano totalmente expuesto a potenciales actos arbitrarios de autoridad que pueden conllevar la imposición de penas trascendentes como la prisión perpetua y la pérdida de bienes sin que existieran prácticamente posibilidades de defensa o aún de reparación del daño a través del juicio de amparo.

e) Ignoraban la práctica del derecho que ha derivado de ordenamientos legales como el Código Federal de Procedimientos Penales, al referirse a “delitos graves” y la Ley de Seguridad Nacional, al plantear la intervención de comunicaciones privadas, y

f) Podían generar problemas de interpretación jurídica internacional en el marco de la aplicación de los Tratados de Extradición que nuestro país hubiera suscrito, pues al presentarse el caso de que un ciudadano mexicano fuera reclamado por otra nación, su defensa podría argumentar falta de garantías

del debido proceso en nuestro país, lo que sería suficiente razón para que se negara la solicitud de extradición.

2. Con base en ello, la Comisión de Defensa sugiere la no aprobación en los términos propuestos de las reformas propuestas por el Ejecutivo de la Unión al:

2.1. Artículo 16 (íntegro), rechazando la imposición de medidas cautelares que no aseguren reparación de daño; que los delitos contra la paz pública fueran considerados como graves, los cateos sin orden judicial, las órdenes de aprehensión a criterio del Ministerio Público y el arraigo decidido sólo y únicamente por un juez.

2.2. Artículo 18, tercer párrafo, rechazando que los reos sentenciados pudieran compurgar sus sentencias en penales de otro fuero sin aclarar que tipo de penales y tipo de reos serían considerados en medidas de este tipo.

2.3. Artículo 20, apartado A, fracción III, párrafos primero y segundo y apartado B fracción II, rechazando la acusación anónima, la reducción de los tiempos procesales para permitir que una sentencia fuera dictada por un juez tras la confesión del reo y a criterio propio y la eliminación de la referencia al Ministerio Público como autoridad para la coadyuvancia en una investigación.

2.4. Artículo 21, segundo y tercer párrafos, rechazando la equiparación jerárquica y operativa de la policía y Ministerio Público, así como la posibilidad de ejercer la acción penal por el “ofendido”.

2.5. Artículo 22, cuarto párrafo nuevo propuesto, rechazando el decomiso de bienes sin juicio previo y a criterio discrecional de la autoridad.

2.6. Finalmente y en lo referente al artículo 17, quinto párrafo, que propone la incorporación al texto constitucional de los mecanismos alternos de solución de controversias en el sistema judicial, la Comisión señala que para ello sería necesario avanzar en la implementación integral de un sistema penal de tipo acusatorio, adversarial y oral que sustituyera plenamente al de tipo inquisitivo actualmente previsto en nuestra ley fundamental.

Sobre esto, cabe decir que la Minuta enviada por la legisladora contempla en lo general la mayor parte de las objeciones formuladas por la mencionada Comisión, lo que se ha reflejado en la redacción propuesta al nuevo texto constitucional.

El Dictamen elaborado por la Cámara de Diputados modifica radicalmente la propuesta que en materia de reforma al sistema de justicia penal había propuesto por el Presidente Felipe Calderón, a partir de tres elementos:

Redefine el sentido del proceso judicial mexicano pasando de un tipo inquisitivo, previsto actualmente en nuestra Constitución, por uno de tipo acusatorio, adversarial y oral, lo que da un nuevo contexto, totalmente nuevo, a las materias que pretendía regular el Ejecutivo de la Unión con su propuesta original.

Mantiene las materias esenciales de las propuestas del Presidente Calderón para el fortalecimiento de las capacidades de investigación criminal, las cuales, sin embargo, se redefinen notablemente a partir de lo anterior, pues estas se ejercerán en un nuevo sistema judicial cuyas características son establecidas en el artículo 20 constitucional, con un plazo específico para su entrada plena en vigor que se define en el segundo artículo transitorio del Decreto, que señala que este nuevo sistema penal: “...entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto”.

En consecuencia, se crean importantes condiciones limitativas para la práctica de algunas de las medidas planteadas para la investigación de delitos, tales como los arraigos, las detenciones, las intervenciones de comunicaciones y el decomiso de bienes.

Sin embargo, la citada comisión insistió en objetar la posibilidad de permitir el ingreso de las policías al domicilio sin orden judicial.

Una vez referida la opinión de la Comisión de la Defensa Nacional procederemos al análisis y estudio de los instrumentos legislativos señalados (minuta e iniciativa).

Este dictamen es producto de un intenso debate y retoma aportaciones de todos los que participaron en él, convencidos de que era urgente y necesaria una reforma integral al sistema de procuración e impartición de justicia penal que permita a todos los actores de dicho sistema cumplir con mayor eficacia su labor, que genere los incentivos necesarios para que cada uno de ellos rinda cuentas y garantice que todos los ciudadanos —víctimas e imputados— accedan a un sistema de justicia más eficaz y equitativo. Esta reforma permitirá al Estado mexicano dar una respuesta adecuada a la grave crisis que atraviesa la justicia penal y que todos los actores sociales reconocen.

De manera general, durante el presente análisis y estudio se identificaron tres problemas centrales, a saber:

1. Que el sistema de procuración e impartición de justicia penal tiene serios problemas operativos y de diseño, y que no cumple con sus funciones.
2. Que existe una crisis en la seguridad pública que amenaza al Estado mexicano en su conjunto, en particular aquella generada por la delincuencia organizada.
3. Que se carece de una indispensable coordinación entre los poderes y los órdenes de gobierno —federal, estatal y municipal— para enfrentar el problema de la seguridad pública y para mejorar el funcionamiento de la justicia penal. Esto es particularmente grave en el ámbito de las policías.

El consenso sobre la existencia de estos tres grandes problemas permitió definir con claridad los objetivos de la reforma. Estos son los siguientes:

1. Una reforma que permita un tránsito ordenado, gradual y viable al sistema acusatorio.
2. Un sistema eficaz para combatir a la delincuencia, en especial aquella que tiene el carácter de organizada.
3. Un sistema penal que garantice el debido proceso, la presunción de inocencia, asegure los derechos de las víctimas y proteja a los ciudadanos de los abusos de la autoridad.

A partir de estos objetivos, y antes de entrar en el análisis detallado del contenido de la reforma, es posible exponer los grandes ejes que articulan la reforma constitucional

Un primer asunto es el establecimiento de un sistema penal acusatorio basado en los principios de contradicción, concentración, inmediación, continuidad y presunción de inocencia y que asegure un equilibrio procesal entre las partes, defensa, acusación y ofendidos. La implementación de este sistema supone un cambio de envergadura para todos los actores que participen en la operación del sistema. Por ello, se estimó conveniente establecer un periodo amplio de transición, que permitiera que cada entidad federativa genera un programa de reforma de acuerdo con sus necesidades y características propias. Es decir, se busca asegurar un tránsito ordenado y responsable que asegure la viabilidad del cambio y el establecimiento de las condiciones materiales y humanas para que opere adecuadamente. Lo anterior implica necesariamente que durante este periodo de transición coexistirán en el país el sistema vigente y el sistema reformado. Al término del proceso de transición, que tiene una duración de ocho años, el nuevo sistema deberá estar en funcionamiento en todo el país.

El segundo aspecto es una construcción del andamiaje constitucional que otorgue al Estado mexicano las herramientas que requiere para combatir eficazmente a la delincuencia en general y en especial a la delincuencia organizada. Para el primer aspecto se introducen nuevos mecanismos de coordinación en materia de seguridad pública y se definen con mayor claridad las atribuciones de las policías en materia de investigación y persecución de los delitos. Es importante destacar que estas funciones siempre se realizarán bajo la conducción y mando del Ministerio Público. En cuanto a la delincuencia organizada se establece reglas que fortalecen las capacidades del Estado para combatir este fenómeno. El mensaje es claro, el Estado

mexicano en su conjunto da una respuesta clara y contundente a este desafío y se dota a las instituciones de los instrumentos necesarios para acabarlo.

El tercer eje incluye diversas disposiciones que contribuyen a dar mayor claridad a la política criminal del Estado mexicano y a asegurar el debido proceso. En particular destacan cuestiones como la introducción del principio de proporcionalidad, el fortalecimiento de la posición de víctimas y ofendidos en el proceso penal y el establecimiento de un sistema efectivo de defensoría pública.

Las consideraciones antes mencionadas también se reflejan en el contenido de la minuta enviada por la Colegisladora y que constituye la materia del presente dictamen.

Estas comisiones unidas hacen suyos los argumentos expresados con anterioridad y expresan las siguientes razones que sustentan las particularidades de la reforma que se discute:

Artículo 16

...

Jueces de control

En la minuta se presenta una propuesta de impacto transversal, vinculada a varias modificaciones del artículo 16 constitucional, que consiste en establecer jueces federales y locales, denominados de “control”, que se aboquen fundamentalmente a resolver los pedimentos ministeriales de medidas cautelares, providencias precautorias, técnicas de investigación para resolverlos de forma inmediata, para minimizar los riesgos de la demora en la ejecución de la diligencia.

Conscientes de la realidad compleja que vive nuestro país y particularmente de la rapidez con que varían las circunstancias propicias para la realización de una diligencia de las antes mencionadas, se coincide con la preocupación de apoyar el Estado de Derecho y de manera sobresaliente el combate a la delincuencia de alto impacto, por lo que sin perjuicio de la responsabilidad del Ministerio Público, se estima necesario establecer la existencia de jueces de control que se aboquen a resolver las medidas provisionales y demás diligencias que requieran control judicial, en forma acelerada y ágil, sin que ello implique dejar de fundar y motivar concretamente sus resoluciones, que podrán ser comunicadas por cualquier medio fehaciente y contengan los datos requeridos.

Debe aclararse que no se trata del antiguo juez de instrucción que existió en nuestro país hasta 1917, cuando la nueva Constitución otorgó la investigación del delito al Ministerio Público; tampoco se visualiza que exista una figura igual en las recientes reformas latinoamericanas, habida cuenta de que seguirá siendo responsabilidad del Ministerio Público la retención de los detenidos, hasta que sean presentados ante el juez de la causa con motivo de la

acusación, caso en el cual éste determinará la legalidad de la detención y el mérito necesario para la vinculación al proceso.

Es importante considerar que cada sociedad tiene sus propias características y peculiaridades que deben observarse al momento de legislar o de cambiar sistemas legales existentes, a fin de armonizarlos y evitar confusiones; hemos estado atentos a los procesos de reforma procesal en otros países, especialmente los latinoamericanos y compartimos sus inquietudes y objetivos, pero desde luego que México debe transitar por su propia reforma, acorde a su cultura, idiosincrasia, costumbres y posibilidades, lo que implica reconocer también nuestras diferencias, como el ser una República Federal, con 3 órdenes de gobierno y 33 sistemas de justicia penal, a diferencia de los países con régimen central o unitario, donde existe un solo código de procedimientos penales y un único fuero. Esta distinción conlleva múltiples diferencias de operación, como la existente en el fuero federal, donde sólo en algunos circuitos hay jueces especializados, pero en la mayoría son jueces de Distrito mixtos y con funciones de legalidad y control de la constitucionalidad de los actos de todas las autoridades de su distrito; cambiar esta realidad implica una reestructuración del poder judicial, con las dificultades presupuestales, temporales, organizacionales, de capacitación y operación, que esto conlleva.

De manera que 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.

Otra atribución del juez de control sería conocer las impugnaciones de las resoluciones de reserva, no ejercicio de la acción penal, el desistimiento y la suspensión de la acción penal, para controlar su legalidad y en todos los casos señalados resguardar los derechos de los imputados y las víctimas u ofendidos.

Este tipo de jueces podrán ser los que substancien las audiencias del proceso, preliminares al juicio, las cuales desde luego que se regirán por los principios generales del proceso, previstos en el artículo 20 propuesto en la minuta, ya que dependerá de la organización que las leyes establezcan pero también de las cargas laborales y los recursos disponibles, en razón de que seguramente en circuitos judiciales de alta incidencia delictiva, se requerirá de algún o algunos jueces que se aboquen sólo a resolver las medidas, providencias y técnicas señaladas, otros jueces que se constriñan a revisar las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, que pueden ser miles,

y otros jueces más que se responsabilicen de substanciar el proceso hasta antes del juicio, incluso los procesos abreviados.

De manera que a nivel constitucional sólo deben establecerse las atribuciones fundamentales y remitir el desarrollo de las garantías a la legislación secundaria, para no sobrerregular en nuestra Constitución.

Por lo que estas comisiones unidas coinciden con la Colegisladora y determinan procedente incluir jueces de control, que se responsabilizarán de la resolución rápida de las solicitudes ministeriales de cateos, arraigos, intervenciones de comunicaciones privadas, órdenes de aprehensión, y las demás que requieran control judicial, asimismo, resolver las impugnaciones contra las determinaciones del Ministerio Público, y realizar las audiencias procesales preliminares al juicio conforme los principios del sistema acusatorio, de conformidad con las reglas de organización que al efecto se emita por cada Poder Judicial.

...

IV. MODIFICACIONES

En virtud de lo antes expuesto, estas comisiones dictaminadoras estiman procedente precisar las modificaciones realizadas a la minuta en estudio, mismas que quedan como a continuación se describe:

a) El artículo 16, párrafo décimo, contenido en la minuta, se establece: “En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquélla que por ley tenga carácter reservado o confidencial, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito”.

Al respecto, estas comisiones consideran que a fin de no lesionar los derechos de las personas en ese tipo de documentación y en aras de hacer congruente esta disposición con el nuevo sistema acusatorio, se propone que el ejercicio de la facultad otorgada al Procurador General de la República esté sujeta a la autorización judicial previa al hecho.

En virtud de lo anterior, el texto propuesto por esta Cámara Revisora es el siguiente:

En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquélla que por ley tenga carácter reservado o confidencial,

cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito, siempre con autorización judicial previa.

b) El artículo 16, párrafo duodécimo, contenido en la minuta, que establece: “La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista información o conocimiento de una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente”.

En razón de lo anterior, se propone que en este párrafo se suprima la frase “información o conocimiento”, quedando en los siguientes términos:

La policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente.

Es importante precisar, que si bien se estima adecuado incorporar la permisión para que en caso de delito flagrante la policía pueda ingresar al domicilio de alguna persona con fines de auxilio o de detención del participante de un delito, esta disposición no sustituye de ninguna manera a la orden de cateo, ya que los supuestos que regula son distintos; incluso, en el caso de la flagrancia, la redacción debe entenderse en armonía con el texto del nuevo párrafo cuarto, de tal forma que la autorización para entrar a un domicilio opera exclusivamente para el caso en el que exista una amenaza actual o inminente de la comisión del delito. Adicionalmente, la desaparición de la flagrancia equiparada asegura que las policías no puedan ingresar a domicilio alguno en cualquier otro supuesto.

Finalmente, cabe señalar que esta medida es extraordinaria y no sustituye al cateo, por lo que no puede emplearse para realizar diligencias distintas a las que dieron origen al ingreso de la autoridad a un domicilio. Asimismo, la medida puede sujetarse al control inmediato de la autoridad judicial.

Bajo las consideraciones que han sido expuestas y con fundamento, en lo dispuesto por los artículos 86 y 94 de la Ley Orgánica del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 87 y 88 del Reglamento para el Gobierno Interior del propio Congreso, los senadores integrantes de Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Justicia, de Gobernación, de Seguridad Pública y de Estudios Legislativos, Segunda, someten a la consideración del Pleno de la Cámara de Senadores, la aprobación del siguiente:

DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

Único. Se reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22; las fracciones XXI y XXIII del artículo 73; la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B del artículo 123, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

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

La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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.

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En los casos de delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación, autorizado en cada caso por el Procurador General de la República tendrá acceso directo a la documentación fiscal, financiera, fiduciaria, bursátil, electoral y aquella que por ley tenga carácter reservado o confidencial, cuando se encuentre relacionada con la investigación del delito, siempre con autorización judicial previa.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, a solicitud del Ministerio Público, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente 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 policía podrá ingresar sin orden judicial a un domicilio cuando exista una amenaza actual o inminente a la vida o a la integridad corporal de las personas, así como en el caso de flagrancia cuando se esté persiguiendo materialmente al inculpado, en los términos del párrafo cuarto de este artículo, debiendo informar de inmediato a la autoridad competente.

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

Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente deberá fundar y motivar

las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

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.

Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.

En tiempo de paz ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente.

...

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

SEGUNDO. El sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando

lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contado a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal adoptarán el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

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

TERCERO. No obstante lo previsto en el artículo transitorio segundo, el sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor al día siguiente de la publicación del presente Decreto en el *Diario Oficial de la Federación*, en las entidades federativas que ya lo hubieren incorporado en sus ordenamientos legales vigentes, siendo plenamente válidas las actuaciones procesales que se hubieren practicado con fundamento en tales ordenamientos, independientemente de la fecha en que éstos entraron en vigor. Para tal efecto, deberán hacer la declaratoria prevista en el artículo transitorio segundo.

CUARTO. Los procedimientos penales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo sistema procesal penal acusatorio previsto en los artículos 16, párrafos segundo y decimoquinto; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19; 20 y 21, párrafo séptimo, de la Constitución, serán concluidos conforme a las disposiciones vigentes con anterioridad a dicho acto.

QUINTO. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

SEXTO. Las legislaciones en materia de delincuencia organizada de las entidades federativas, continuarán en vigor hasta en tanto el Congreso de la Unión ejerza la facultad conferida en el artículo 73, fracción XXI, de esta Constitución. Los procesos penales iniciados con fundamento en dichas legislaciones, así como las sentencias emitidas con base en las mismas, no serán afectados por la entrada en vigor de la legislación federal. Por lo tanto, deberán concluirse y ejecutarse, respectivamente, conforme a las disposiciones vigentes antes de la entrada en vigor de esta última.

SÉPTIMO. El Congreso de la Unión, a más tardar dentro de seis meses a partir de la publicación de este Decreto, expedirá la ley que establezca el Sistema Nacional de Seguridad Pública. Las entidades federativas expedirán a más tardar en un año, a partir de la entrada en vigor del presente Decreto, las leyes en esta materia.

OCTAVO. El Congreso de la Unión, las Legislaturas de los estados y el órgano legislativo del Distrito Federal, deberán destinar los recursos necesarios para la reforma del sistema de justicia penal. Las partidas presupuestales deberán señalarse en el presupuesto inmediato siguiente a la entrada en vigor del presente decreto y en los presupuestos sucesivos. Este presupuesto deberá destinarse al diseño de las reformas legales, los cambios organizacionales, la construcción y operación de la infraestructura, y la capacitación necesarias para jueces, agentes del Ministerio Público, policías, defensores, peritos y abogados.

NOVENO. Dentro de los dos meses siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto se creará una instancia de coordinación integrada por representantes de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, además del sector académico y la sociedad civil, así como de las Conferencias de Seguridad Pública, Procuración de Justicia y de Presidentes de Tribunales, la cual contará con una secretaría técnica, que coadyuvará y apoyará a las autoridades locales y federales, cuando así se lo soliciten.

DÉCIMO. La Federación creará un fondo especial para el financiamiento de las actividades de la secretaría técnica a que se refiere el artículo transitorio octavo. Los fondos se otorgarán en función del cumplimiento de las obligaciones y de los fines que se establezcan en la Ley.

DÉCIMO PRIMERO. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria 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.

Salón de Sesiones de la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, a los trece días del mes de diciembre de dos mil siete.

...

ANEXO 2

Entrevista con el juez Luis Ávila Benítez, coordinador de jueces de control y de juicio oral del distrito judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México.

La reforma constitucional incorpora la figura de los jueces de control y establece que deberán resolver, en forma inmediata y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, pero garantizando los derechos de los inculcados, víctimas u ofendidos.

En su opinión, ¿en qué forma es posible garantizar esos derechos fundamentales?

La manera en que se está llevando a cabo esa garantía a los derechos fundamentales de las personas es teniendo en cuenta las prerrogativas de las personas inculcadas, así como de las víctimas u ofendidos, consignados en el artículo 20 constitucional, apartados “A”, “B” y “C”, así como diversas disposiciones específicas contenidas en el Código de Procedimientos Penales en vigor para el Estado de México, como el respeto a la dignidad de la persona, a que no se le desnude sin su consentimiento cuando se realiza una inspección corporal, a respetar su decisión de no proporcionar fluidos corporales, a presenciar todas las diligencias de investigación una vez que se ha judicializado el procedimiento penal, entre muchos otros.

La celeridad que exige la norma constitucional ¿impide o dificulta un efectivo control judicial?

Al contrario, la inmediatez hace más efectivo el control judicial, habida cuenta que se atiende de manera rápida el requerimiento hecho al juez de control, y para ello en el Estado de México se señalan las audiencias de tipo urgente en un plazo de dos a sesenta horas (a partir de la petición), dependiendo de la clase de tema que deba resolverse, y se provee respecto de la solicitud en la misma audiencia, lo cual implica que en la propia audiencia ha quedado resuelto el tópico controvertido.

Por ende, se garantiza sobremano el control judicial, puesto que los actos motivo de impugnación ante el juez de control no tienen duración prolongada sin que el juzgador de mérito lo autorice, situación que da con-

fianza a los ciudadanos, porque saben de la presteza para que una situación procedimental sea controlada por el juez respectivo.

La función del juez de control ¿es equivalente a la de un juez constitucional o de garantías?

La función del juez de control se parece a la de aquellos juzgadores en cuanto tutela las garantías procesales de índole penal de los ciudadanos, y sobre todo los actos de molestia que el Ministerio Público pueda infligirles en la indagación de ciertos hechos delictuosos.

Esto implica que el juez de control se convierte en garante de los derechos de los inculcados y asimismo de las víctimas u ofendidos en la fase de investigación penal, donde anteriormente no existía injerencia del juez de proceso penal y las inconformidades de los involucrados en una averiguación previa (ahora carpeta de investigación) debían plantearse en vía de amparo.

Ahora, la máxima autoridad incluso en la etapa de indagación ministerial es el juez de control.

¿Estima viable aplicar el principio de proporcionalidad en sus resoluciones como juez de control. Esto es, analizar y ponderar en cada caso la idoneidad, necesidad y proporcionalidad (sentido estricto) de la medida o técnica de investigación solicitada por el Ministerio Público?

El principio de proporcionalidad —según la concepción que se sigue en la pregunta donde se recogen los presupuestos de utilidad, indispensabilidad y correspondencia— definitivamente debe ser aplicado en las decisiones de los jueces de control. Sobre todo en los casos donde se dejan plazos o determinaciones abiertas en que el juzgador debe ponderar si la medida es idónea, si es necesaria y si guarda correlación con los derechos que pretende tutelar.

Tal es el caso, por ejemplo, de las decisiones sobre inspecciones de lugares, la revisión corporal de personas, el registro de vehículos, el aseguramiento de objetos relacionados con el hecho delictuoso, la devolución de bienes y otras técnicas de investigación.

Y con más razón debe observarse dicho principio en las resoluciones sobre aplicación de medidas cautelares, donde queda a decisión del tribunal la medida más útil, necesaria y correspondiente a los fines perseguidos por dicha [medida] precautoria.

ANEXO 3

Entrevista con el juez Gonzalo Bustamante Hernández, juez de control y de juicio oral del distrito judicial de Toluca, con residencia en Almoloya de Juárez, Estado de México.

Respecto de qué forma es posible garantizar los derechos fundamentales de los inculpados, víctimas u ofendidos, ello ante las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, hago las siguientes consideraciones:

En cuanto a las medidas cautelares que impone el juez de control, la legislación procesal penal del Estado de México, en sus artículos 182 a 199, establecen las circunstancias y aspectos que se deben atender para la imposición de alguna medida cautelar, destacando que en dicha legislación se prevé ponderar las garantías del imputado y la víctima u ofendido, lo que representa que el juez de control está en aptitud de salvaguardar tales garantías y derechos.

Por cuanto hace a las técnicas de investigación de la autoridad, sólo puedo señalar que también la legislación procesal del Estado de México, en su numeral 327, prevé la inadmisión de pruebas obtenidas de manera ilícita, lo cual en razón para la admisión de pruebas precede debate, ello en ejercicio del principio de contradicción, ante la existencia de datos que permitan considerar que una prueba fue recabada de manera ilícita, genera la inadmisión de la prueba, lo que conlleva que si en alguna investigación a pesar de esta judicializada, recaba datos de prueba contrarios a la ley, impide la admisión de la prueba.

En relación a que si la celeridad que exige la norma constitucional impide o dificulta un efectivo control judicial, opino lo siguiente:

Entiendo la celeridad como prontitud en la celebración de los actos, sin que ello represente que se actúe de manera acelerada, generando con ello una intervención apresurada y superficial del juez, ya que en la práctica como juez de control, he advertido que el desarrollo del trámite de la carpeta de investigación ya judicializada, y sabiendo la representación social que los datos de prueba que recabe y que pretenda elevar a medio de prueba, deberá de cuidar que se recepcionen conforme a las reglas previstas.

Respecto de si a mi consideración la función del juez de control equivale a un juez constitucional o de garantías, opino lo siguiente:

Conforme a la regulación que el juez de control tiene en el Código de Procedimientos Penales del Estado de México, estimo que no es equiparable la función del juez de control con las de un juez constitucional o de garantías, ya que la mencionada ley adjetiva establece que los jueces de control deberán aplicar el Código de Procedimientos Penales en el estado, lo que representa que el juez de control sea únicamente un juez de legalidad en cuanto a la norma que lo crea, y para el caso de que exista algún precepto inconstitucional o anticonstitucional, no está regulada esa posibilidad de preservar la Constitución. Lo anterior lo comento, con independencia de que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señale que ante la supremacía constitucional, todas las autoridades deberán preservar dicha norma federal.

Finalmente, y por cuanto a si es viable aplicar el principio de proporcionalidad en las resoluciones como juez de control, señalo lo siguiente:

Estimo que sí es viable aplicar el principio de proporcionalidad, en atención a que al estar regulada en la Constitución federal y en la ley procesal local todas y cada una de las garantías que hay tanto a favor de los imputados, como de las víctimas u ofendidos, ello permite que la intervención del juez de control sea ponderando ambos catálogos de derechos y garantías. Resaltando que al buscar el Código Procesal Penal del Estado de México un efectivo equilibrio procesal, ello permite que las determinaciones que se tomen sean lo más proporcionales no sólo al hecho en particular, sino también a los sujetos intervinientes.

Esperando que los comentarios vertidos le sean útiles, quedo a sus órdenes.

ATENTAMENTE

JUEZ DE CONTROL Y DE JUICIO ORAL DEL DISTRITO
JUDICIAL DE TOLUCA, CON RESIDENCIA EN ALMOLOYA
DE JUÁREZ, ESTADO DE MÉXICO.

ANEXO 4

Los que suscriben, CRISTINA DÍAZ SALAZAR, ANGÉLICA DE LA PEÑA GÓMEZ, FERNANDO YUNES MÁRQUEZ, ROBERTO GIL ZUARTH, DIVA HADAMIRA GASTÉLUM BAJO, ARMANDO RÍOS PITER, MARTHA TAGLE MARTÍNEZ, MARÍA DEL PILAR ORTEGA MARTÍNEZ, MARTHA ELENA GARCÍA GÓMEZ, MARIANA GÓMEZ DEL CAMPO GURZA, SYLVIA LETICIA MARTÍNEZ ELIZONDO, HÉCTOR DAVID FLORES ÁVALOS, ENRIQUE BURGOS GARCÍA, LILIA MERODIO REZA, RAÚL GRACIA GUZMÁN, Senadoras y Senadores de la República de la LXIII Legislatura del H. Congreso de la Unión, con fundamento en el artículo 71, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículo 8, numeral 1, fracción primera, artículo 164, numerales 1 y 2, artículo 169 y demás relativos del Reglamento del Senado de la República, someten a la consideración de esta Honorable Asamblea, la siguiente: INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, DEROGA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA PENAL

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La presente Iniciativa forma parte de una propuesta que se nos hizo llegar a los Senadores que suscribimos la presente, por parte de diversos académicos que forman la red RENACE, y para la cual los Senadores apoyamos con el fin de incluirla en el debate legislativo con el fin de enriquecerlo, a razón de lo siguiente:

La base constitucional para la adopción del sistema procesal acusatorio en México que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 fue producto, en algunos de sus componentes, de una solución de compromiso entre los diversos actores que participaron en su elaboración. Se ha señalado por operadores del sistema y expertos en derecho procesal penal, que sus orientaciones no necesariamente coinciden con el único propósito de establecer un marco para consolidar las garantías del debido proceso en México y crear una sólida base para permitir que la investigación de los delitos se haga sobre la base de criterios objetivos y con estándares de debida diligencia y de eficiencia, que permitan satisfacer los derechos de las víctimas a obtener una efectiva reparación y las garantías de satisfacción y de no repetición.

Las garantías del debido proceso para el imputado y los derechos de las víctimas, lejos de contradecirse entre sí, se complementan mutuamente. El debido proceso no sólo cumple la finalidad de proteger los derechos fundamentales de quien está sujeto a una investigación o a un proceso de carácter penal, antes bien, constituye una forma de control de la información obtenida por parte de los agentes encargados de hacer cumplir la ley, para evitar que tenga un origen cuestionable que incida en la mala calidad de las investigaciones. La garantía de una investigación imparcial y objetiva lo constituye precisamente el debido proceso.

Y es que las soluciones adoptadas en 2008 para conformar la base del sistema procesal acusatorio todavía están fuertemente influenciadas por una fuerte cultura inquisitiva que no se compadece con las características de los sistemas procesales propios de un Estado constitucional de derecho. Son diversas las instituciones que permanecieron incorporadas al sistema y que, con el paso de los años, han mostrado ser inconsistentes con investigaciones efectivas y con la adecuada protección que debe existir para los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso: la víctima y el imputado.

La propuesta ciudadana que ahora presentamos, surge del seguimiento que operadores y distintos expertos en materia procesal penal y activistas para la protección de los derechos de las víctimas y de los imputados en el proceso, han realizado por más de 10 años en los primeros estados de la República mexicana que han venido implementando la reforma. A pesar de la destacada orientación acusatoria que tiene el proceso penal desde su base constitucional, y de sus innegables virtudes, persisten aún importantes problemas para su efectiva consolidación, que a continuación se explican y cuya solución se ofrece sobre la base de una meticulosa revisión del texto constitucional. Enseguida, presentamos una explicación de los elementos que nos permiten proponer las siguientes reformas:

I. ARTÍCULO 16

Arraigo

El conjunto de reformas que se proponen para reformar el artículo 16 constitucional tienen que ver con la institución del arraigo. Como se recordará, el arraigo fue pensado como una institución de transición para un sistema que no contaba con las herramientas y las técnicas de investigación que actualmente tiene el proceso penal acusatorio. Un modelo procesal penal en el que para iniciar el proceso se requiere un caudal probatorio que prácticamente exige comprobar la responsabilidad penal del imputado, ciertamente genera importantes presio-

nes a las agencias encargadas de la persecución penal. Sin embargo, el proceso acusatorio, en tanto sistema de administración de la información que permite graduar el nivel de información requerido en el proceso para, por una parte, tutelar la investigación, proteger los derechos de las víctimas y la integridad del proceso penal, mediante la aplicación de medidas cautelares, de providencias precautorias, y de medidas de protección y; por otra, establecer los controles para evitar abusos hacia las personas que sean investigadas, no tiene ya mucho uso para una figura como el arraigo.

La práctica del arraigo no se compadece con el marco que debe existir para la investigación penal en una sociedad democrática. En las democracias, solo se afectan las libertades personales de los ciudadanos cuando existe información confiable y objetiva de que la persona probablemente está vinculada con un delito. El arraigo, tal como fue concebido en su origen constitucional, supone que las libertades son afectadas para iniciar una investigación, es decir, cuando no se cuenta con información. Esta fórmula contradice palmariamente el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido reiteradamente señalado en las distintas revisiones que han llevado a cabo tanto órganos del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, como los órganos de tratados. No existe un solo órgano internacional, con mandato para monitorear la libertad personal, que tras una revisión del orden legal de México, no haya señalado la incompatibilidad del arraigo con las garantías del debido proceso. En efecto, tanto el Comité contra la Tortura¹ y el Subcomité contra la Tortura² han urgido a México para que elimine el arraigo de la Constitución y de la ley. Asimismo, tanto la relatora especial para la Indepen-

¹ CAT/C/MEX/CO/5-6, párrafo 11. El Comité observa con preocupación que, a pesar de lo recomendado en sus anteriores observaciones finales, el Estado parte elevó en 2008 a rango constitucional la figura del arraigo, la cual también está regulada por algunas entidades federativas, como el estado de Jalisco. A este respecto, el Comité expresa su preocupación por los informes que documentan denuncias de actos de tortura y malos tratos a personas privadas de libertad en virtud de órdenes de arraigo, algunas de ellas cumplidas en instalaciones militares. A pesar de las seguridades dadas por la delegación sobre el respeto de las salvaguardias fundamentales en estos casos, el Comité observa con preocupación el contenido en sentido contrario de la Recomendación 2/2011 de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que denuncia restricciones indebidas de estos derechos, así como el incumplimiento de las medidas de control del arraigo, la falta de control efectivo sobre las actuaciones del Ministerio Público y ausencia de criterios de proporcionalidad en la determinación del periodo de arraigo. El Comité constata la ineficacia del recurso de amparo frente al internamiento en régimen de arraigo. Constata también que dicho régimen ha propiciado la utilización como prueba de confesiones presuntamente obtenidas bajo tortura (artículos 2, 11 y 15).

A la luz del párrafo 2 del artículo 2 de la Convención, el Comité reitera su recomendación de que el Estado parte elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal.

² CAT/OP/MEX/1, mayo de 2010, párrafos 212-216.

dencia de Jueces y Abogados³ como el relator especial contra la Tortura⁴ hicieron señalamientos análogos sobre la inconveniencia de mantener el arraigo en el texto constitucional y legal de México. Finalmente, en el último Examen Periódico Universal⁵, que llevó a cabo el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se hizo una recomendación similar.

Así pues, en la propuesta que ahora se pone a consideración del Congreso de la Unión, proponemos la definitiva eliminación de la figura del arraigo del párrafo octavo del artículo 16 constitucional. Correlativamente, dado que el arraigo solamente era aplicable a delitos definidos como de delincuencia organizada, ya no resulta relevante contar con una definición expresa en el texto constitucional sobre los alcances de esa figura. En conclusión, se propone también la eliminación del párrafo noveno del artículo 16 constitucional que define actualmente lo que debe entenderse por delincuencia organizada.

Requisitos para librar órdenes de aprehensión

El párrafo tercero del artículo 16 constitucional establece los presupuestos para poder librar la orden de aprehensión. Hoy por hoy, para el libramiento de una orden de aprehensión se exige que el delito perseguido merezca pena privativa de la libertad, además se prevé un estándar, conocido como supuesto material, en el que se debe establecer la información mínima requerida para que el juez de control esté en aptitud de decidir si existen los elementos suficientes para su obsequio. En la práctica, esto ha traído importantes consecuencias para librar órdenes de aprehensión en contra de personas que están siendo requeridas por la autoridad judicial y que incumplen con las órdenes de comparecencia, cuando el delito por el que se pretende iniciar el proceso no tiene señalada pena privativa de la libertad. Cuando una persona es legítimamente requerida por una autoridad judicial e incumple con el mandamiento, la autoridad está legitimada para ordenar que sea aprehendida inmediatamente y conducida forzosamente a su presencia. Se ha visto que existen innumerables dificultades para que los jueces puedan hacer cumplir su mandato debido a que, si el delito por el que se ordena comparecer al imputado, no tiene prevista pena privativa de la libertad, el juez se ve imposibilitado para librar la orden de aprehensión respectiva.

³ A/HRC/17/30/Add.3, abril de 2011, párrafos 92 y 94 (bb). La entonces relatora expresamente señaló que el arraigo contradecía los principios del sistema acusatorio.

⁴ A/HRC/28/68/Add.3, diciembre de 2014, párrafos 23, 25, 49-53, y 81.

⁵ A/HRC/25/7, diciembre de 2013, segundo ciclo. Véanse las recomendaciones formuladas por Alemania, Austria y Bélgica. 148.60, 148.61, 148.62.

Debe tenerse en cuenta que la orden de aprehensión no es sino una forma de conducción del imputado al proceso, para efecto de determinar si los cargos que pesan contra él, tienen sustento. En ningún caso, la orden de aprehensión por sí misma implica que el imputado será privado de su libertad y, en ese sentido, es innecesaria la exigencia de que para ser conducido ante el juez, el delito perseguido debe ser penado con privación de la libertad. Esta exigencia ha debilitado los poderes que deben tener los jueces para hacer cumplir sus determinaciones, generando con ello una percepción de ineficiencia del sistema y de consecuente impunidad. La determinación de si el imputado debe ser sometido a una medida cautelar, que afecte incluso a la libertad, es una cuestión distinta a (*sic*) libramiento de la orden de aprehensión, que puede ser discutida cuando la parte acusadora considere que es necesario cautelar el proceso.

Debe también tenerse presente que el estándar probatorio para librar la orden de aprehensión, hoy por hoy vigente, todavía tiene importantes remanentes del modelo tradicional de justicia penal de corte inquisitivo, en el que se exigía que la autoridad judicial tuviera por acreditado el cuerpo del delito. La expresión actualmente utilizada en el texto del artículo 16 constitucional alude a los “datos de prueba”, expresión que ha tenido innumerables problemas de interpretación cuando las partes intervinientes en el proceso y la autoridad judicial buscan determinar sus alcances. El derecho procesal comparado permite que el supuesto material empírico para determinar la probabilidad de que la persona está vinculada con el hecho, aluda a expresiones del lenguaje ordinario para establecer dicho extremo. Tal es el caso del derecho alemán, cuyo proceso penal, tanto para el libramiento de órdenes de aprehensión como de aplicación de medidas cautelares, exige que exista “sospecha fundada” de que el imputado participó en un delito.⁶ En ese orden de ideas, proponemos la eliminación de la expresión “datos de prueba” para aludir únicamente a la “probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él”.

Caso urgente

Para el segundo supuesto de excepción para detener una persona sin que exista orden de aprehensión judicial, es decir, para el caso urgente, se retira la condición de que se trate de un delito grave así calificado por la ley. La razón de ello es que se tiene la pretensión de eliminar por completo del

⁶ Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ediciones del Puerto, 2000, pp. 277 y ss.

orden constitucional mexicano la noción de delito grave. El contrapeso que se crea para éste proveído es que, como ya lo prevé el actual Código Nacional de Procedimientos Penales, para ordenar la detención de una persona por caso urgente, el ministerio público estará obligado a contar con elementos que permitan solicitar la orden de aprehensión, sin embargo, no se solicita en ese momento por el riesgo de sustracción a la acción de la justicia que representa el imputado. Esta detención, como ya de todos es conocido, deberá ser revisada judicialmente cuando el ministerio público ponga bajo la responsabilidad del juez al imputado.

Autorización judicial para imponer medidas de geolocalización

Finalmente, en el décimo segundo párrafo del artículo 16 constitucional, proponemos adicionar que también sea competencia de las autoridades judiciales la autorización para resolver sobre las solicitudes de geolocalización en tiempo real de personas que probablemente estén involucradas en un delito. Cualquier acto del Estado que esté vinculado con la probable afectación de derechos fundamentales debe ser revisado por una autoridad judicial, hoy por hoy existe ya la obligación inexcusable de que los poderes judiciales, mediante los jueces de control, resuelvan en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes formuladas por los órganos de persecución penal.

Derivado de las consideraciones anteriores, proponemos los siguientes cambios:

<i>Texto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.	Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

<p>...</p> <p>No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>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.</p> <p>...</p> <p>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.</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p>	<p>...</p> <p>No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela <i>y se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.</i></p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Sólo en casos urgentes, 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, <i>siempre que se actualicen los mismos supuestos para solicitar una orden de aprehensión, determinar</i> su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.</p> <p>...</p> <p>DEROGADO</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>...</p> <p>Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes <i>de geolocalización en tiempo real</i>, 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 regis-</p>
---	---

...	tro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.
...	...
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.	...
...	...
...	...
...	...

II. ARTÍCULO 19

Plazo constitucional de setenta y dos horas o audiencia de vinculación a proceso

Otro importante remanente del sistema inquisitivo es la figura del plazo constitucional de setenta y dos horas para determinar la vinculación a proceso del imputado. Esta figura tenía una nominación específica entre los estudiosos del sistema de justicia procesal penal de corte tradicional, incluso se identificaba con una fase del procedimiento: la *preinstrucción*. En esta fase, la autoridad judicial valoraba el mérito de la investigación del Ministerio Público, con el objeto de determinar si había lugar a la apertura formal de un proceso penal que implicaba el sometimiento del imputado a la prisión preventiva. De hecho, la resolución judicial que marcaba el final de dicha etapa era nominado como *auto de formal prisión*, que marcaba el inicio de la instrucción judicial en la que se cerraba la *litis penal* —congruencia entre el delito señalado en el auto de formal prisión y la sentencia definitiva— y que permitía continuar, con la formación de un expediente en el que se vertían las pruebas.

El sistema es perfectamente ajustado a una cultura procesal de corte escrito, sin embargo, resulta incompatible con un modelo que adopta la metodología de audiencias para la toma de decisiones.

Los primeros modelos procesales que fueron adoptados en las entidades federativas que iniciaron el sistema de justicia penal, inevitablemente tuvieron que ajustarse al modelo constitucional del sistema inquisitivo, crearon una audiencia de pre instrucción, en la que el Ministerio Público debía acreditar el mérito de su investigación para que se dictara un auto de vinculación a proceso.⁷ El auto de vinculación a proceso simplemente se adhirió a las formalidades del antiguo auto de formal prisión del sistema tradicional.

El examen que hoy por hoy debemos hacer de la audiencia de pre instrucción, que no otra cosa es el plazo constitucional de setenta y dos horas, arroja resultados desalentadores para la evaluación del sistema. Por una parte, tiene el efecto de volver a formalizar la investigación, pues en lugar de concebirla como una actividad que realiza la policía bajo la dirección jurídica del Ministerio Público, empieza a consolidarse como una etapa más del procedimiento penal. De hecho, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y la incipiente doctrina que sobre su base se ha ido generando, habla ya de la fase de investigación complementaria y de su duración.

La única razón por la que pervive el famoso plazo constitucional de setenta y dos horas o fase de pre instrucción es porque durante las negociaciones que tuvieron lugar para la adopción de la reforma constitucional de 2008, muchos concebían que dicha fase servía para salvaguardar las garantías del imputado a que no fuera sometido, arbitrariamente, a prisión preventiva. Debe recordarse que el auto de formal prisión, como su nombre lo indica, traía aparejada la aplicación inmediata de la prisión preventiva y resultaba evidente la necesidad de dar oportunidad al imputado de defenderse respecto de esa pretensión. La reforma constitucional de 2008, al dejar intocado el sistema de prisión preventiva oficiosa para determinados tipos de delitos, generó la necesidad de contar con un examen de mérito previo, que incluso se extendió a aquellos delitos en los que se discute la necesidad de aplicar la prisión preventiva o alguna otra medida cautelar menos gravosa. En todo caso, resulta innecesario, en un sistema procesal de corte acusatorio que descansa en una metodología de investigación no formalista, y en el que la libertad durante el proceso debe ser la regla general, exista formalmente un plazo para que el juez determine, en la audiencia, el mérito de la investigación del Ministerio Público y si se cumple con los re-

⁷ Véase, por ejemplo, los códigos de procedimientos penales de los estados (*sic*) Chihuahua, Oaxaca, Morelos, Zacatecas.

quisitos para iniciar el procedimiento. No tendría que existir un análisis de mérito con las consecuencias que hoy por hoy tiene el auto de vinculación a proceso. Su existencia se traduce en la creación de un cuello de botella del sistema, que produce ineficiencia en la persecución penal y, consecuentemente, impunidad.

La audiencia de vinculación a proceso, denominada en el CNPP, audiencia inicial, produce retardos y audiencias prolongadas en las que los intervinientes, sobre todo el Ministerio Público, se limitan a leer constancias escritas para que el juez determine si la investigación tiene suficiente mérito como para abrir el proceso, incluso en los casos en que no se aplicará alguna medida cautelar, incluso la prisión preventiva. Se han dado casos en los que las audiencias iniciales llegan a durar 17 horas.

Las reformas procesales que han tenido lugar en América Latina desde la década de los noventas, no tienen audiencias preliminares en las que se deba decidir sobre el mérito de la investigación para iniciar el proceso. La investigación es concebida como una actividad desformalizada, y cuando el Ministerio Público determina que no puede continuar con su caso sin que se ponga en riesgo la integridad del procedimiento o la salvaguarda de las víctimas, tiene la potestad de solicitar la aplicación de alguna medida cautelar a efecto de que el imputado comparezca ante la autoridad judicial. Sólo en esos casos, la parte acusadora debe justificar que existe información para vincular al imputado con un hecho y que se requiere la aplicación de alguna medida cautelar de carácter personal, por real, para salvaguardar la integridad de la información o la seguridad de las víctimas. Evidentemente el plazo que media entre la aplicación de la medida cautelar y la acusación formal de la parte acusadora se reduce considerablemente. Esa solución permite acortar los tiempos del procedimiento y limitar la duración también de la prisión preventiva. Es necesario terminar, entonces, con la pre instrucción en el sistema acusatorio.

Prisión preventiva oficiosa

El segundo párrafo del artículo 19 constitucional prevé que procederá prisión preventiva oficiosa en los casos de “delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud”. Esta redacción se encuentra en contradicción directa con el conjunto de garantías que prevé el derecho internacional de los derechos humanos para el procesamiento penal de las personas, toda vez

que considera el tipo de delito imputado, como la razón suficiente para imponer la prisión preventiva. La redacción de este dispositivo del artículo 19 constitucional permite caracterizar a la prisión preventiva como una pena anticipada que se encuentra en directa contradicción con otros artículos de la propia Constitución, como aquel que establece expresamente el derecho a la presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, fracción I). La determinación de la prisión preventiva oficiosa no está vinculada a una ponderación individualizada de la necesidad de cautela, ni a criterios de necesidad, proporcionalidad, excepcionalidad, subsidiariedad y razonabilidad. Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen una amplia doctrina consolidada en diversos precedentes, en los que se señala expresamente que un sistema que prevé la prisión preventiva únicamente sobre la base del tipo de delito, vulnera el derecho a no ser arbitrariamente privado de la libertad y también el derecho a la presunción de inocencia.⁸

En este sentido, su procedencia encuadraría con lo que diversos órganos internacionales, como el Comité de Derechos Humanos⁹ y la Corte Interamericana han definido como privación arbitraria de la libertad. Se debe recordar que, de acuerdo con ambas instancias, la arbitrariedad y la legalidad son dos conceptos diferentes y que, en tal sentido, una privación de la libertad puede ser legal y, sin embargo, arbitraria.

Por los motivos expresados consideramos importante derogar el tercer párrafo del artículo 19 constitucional.

La prisión preventiva y otras medidas cautelares sólo deben ser procedentes cuando resulten indispensables para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad. Su aplicación debe estar gobernada por los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad.

Cualquier afectación a la libertad personal del individuo debe justificarse con razones objetivas e imparciales que permitan imponer la carga de la medida cautelar, sobre todo la de prisión preventiva. De ahí que, su aplicación deba tender a la directiva del último recurso y siempre ponderando la mínima intervención a la afectación de los derechos para cumplir con el fin procesal e instrumental para el que se determinó la medida cautelar. Siempre debe escogerse la media (*sic*) cautelar menos gravosa, y sólo subsidiariamente, cuando no resulte suficiente para resguardar la finalidad del proceso,

⁸ Corte IDH caso Barreto Leiva vs. Venezuela, párrafo 119; Corte IDH caso Suárez Rosero vs. Ecuador, párrafo 98.

⁹ Comité de Derechos Humanos, Observación General número 35, párrafo 38.

proceder a aplicar las que resulten más invasivas para la esfera jurídica del gobernado, incluida la prisión preventiva.

Dado que se trata de un sistema procesal de naturaleza acusatorio y que los principios de publicidad, contradicción, inmediación, concentración y continuidad, también son aplicables en las etapas preliminares del procedimiento penal (artículo 20, apartado A, fracción X, CPEUM), el Ministerio Público o la parte acusadora está obligada a acreditar la necesidad de la medida cautelar en una audiencia pública, en el que rijan los mismos principios que en la audiencia y juicio oral, y en la que también deberá ser acreditado el supuesto material del delito que se persigue, con las características de probabilidad de existencia del hecho y de participación del imputado en él, que ya fueron explicadas.

Congruencia entre la acusación y la sentencia definitiva

Dado que la propuesta que ahora se presenta elimina por completo la figura de la vinculación a proceso, la tradicional garantía de *litis* cerrada, se traslada ahora a la necesaria congruencia que tiene que existir entre la acusación formulada por la parte acusadora y la sentencia definitiva. Con ello se salvaguarda la tradicional garantía que permite al imputado tener seguridad jurídica respecto a los alcances de los cargos que pesan en su contra.

Derivado de lo anterior, proponemos los siguientes cambios:

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

<i>Texto actual</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.</p> <p>La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.</p>	<p><i>Sólo podrán imponerse medidas cautelares con arreglo a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad, para garantizar la comparecencia del imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.</i></p> <p>Para la aplicación de medidas cautelares la parte acusadora deberá justificar la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.</p> <p>La sentencia definitiva deberá guardar congruencia con el hecho o hechos formulados en la acusación.</p>

<i>Texto actual</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.</p>	<p>DEROGADO</p>
<p>Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.</p>	<p>DEROGADO</p>
<p>Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.</p>	<p>...</p>

<i>Téxto actual</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.</p>	

III. ARTÍCULO 20

Armonización de la nomenclatura constitucional

Dado que se elimina por completo la noción de vinculación a proceso, en el artículo 20 se propone reformar el apartado A, fracción VII, con el objeto de que la sentencia dictada en el denominado procedimiento abreviado, se siga sobre la base del hecho previsto en el escrito de acusación y no en la resolución de vinculación a proceso.

Derivado de dicha consideración, proponemos el siguiente cambio:

<i>Téxto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>I. ...VI.</p> <p>VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la au-</p>	<p>Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.</p> <p>A. De los principios generales:</p> <p>II. ...VI.</p> <p>VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la au-</p>

<i>Téxto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
toridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.	toridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la <i>acusación</i> , el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad.

IV. ARTÍCULO 73

Competencia del Congreso de la Unión para legislar en materia de delincuencia organizada

La nueva distribución de competencias que hoy por hoy regula la CPEUM en distintas materias, reclama que se revise también la competencia exclusiva que tiene la Federación para perseguir delitos en el supuesto de delincuencia organizada. Una persecución penal efectiva reclama que exista unidad en la investigación cuando sean hechos que están íntimamente vinculados. La fragmentación de las investigaciones coadyuva únicamente a la dispersión de recursos de persecución penal y, en consecuencia, a la pérdida de información que puede ser usada en los procedimientos. Hasta ahora, las entidades federativas, se ven precisadas a investigar fragmentariamente delitos que están vinculados con delincuencia organizada, pero se ven imposibilitados de realizar una investigación integral debido precisamente a la obligación de separar toda la información relacionada con la delincuencia organizada de los delitos del fuero común. Es usual que, en una investigación, la carpeta de investigación se “desglose” para que autoridades con distintas competencias, investiguen de manera paralela hechos que pueden estar relacionados. Con ello se afecta el deber de debida diligencia en la investigación del delito y los derechos de las víctimas. De ahí que la Red de Juicios Orales proponga que exista una Ley Nacional de Delincuencia Organizada para que las autoridades de las entidades federativas también tengan competencia para perseguir delitos de delincuencia organizada. Ello, evidentemente, se haría ya sin la presencia del arraigo que quedaría expulsado del orden jurídico nacional. El Relator Especial sobre las ejecuciones

extrajudiciales, sumarias o arbitrarias de Naciones Unidas, justo recomendó que el delito de homicidio, que hoy por hoy es competencia exclusiva del fuero común, pueda ser investigado con algunas de las técnicas previstas en la legislación contra delincuencia organizada.¹⁰

La adopción de esta nueva facultad para el Congreso de la Unión no significa que se deba crear una legislación paralela, de carácter excepcional, en materia de delincuencia organizada. La legislación nacional en la materia deberá salvaguardar todos los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso penal y únicamente sobre base de las excepciones estrictas que prevé el propio texto constitucional. Por ningún motivo, se debe entender que se autoriza al congreso de la unión a crear un derecho penal de excepción.

Por lo tanto, proponemos el siguiente cambio:

<i>Texto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
Artículo 73. El Congreso tiene facultad:	Artículo 73. El Congreso tiene facultad:
...	...
XXI. Para expedir:	XXI. Para expedir:
...	...
c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.	c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas, de justicia penal para adolescentes y <i>delincuencia organizada</i> , que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.
	...

¹⁰ A/HRC/26/36/Add. 1, párrafo 108.

V. ARTÍCULO 107

Juicio de amparo y principio de estricto derecho

Las Red d (*sic*) Juicios Orales está proponiendo una revisión integral de la procedencia del amparo indirecto en el proceso penal acusatorio. Las dos reformas que específicamente se proponen para el artículo 107 es que el juicio de amparo sea de estricto derecho en materia penal. Como por todos es conocido, el sistema procesal acusatorio, implica que los recursos son de procedencia extraordinaria. Al contrario de lo que ocurre en los sistemas inquisitivos de corte continental, que privaron desde la publicación del Código de Enjuiciamiento Criminal napoleónico de 1808, en el que los recursos son concebidos como formas de control ordinarias de los órganos de jurisdicción delegada, el proceso acusatorio opera sobre la base de la limitación de los recursos. Ello se justifica porque un modelo de audiencias supone que las garantías se dan en el control horizontal que las partes ejercen una sobre la otra en presencia de un tercero imparcial.

El recurso, en consecuencia, debe entenderse como de estricto derecho, es decir, debe basarse sobre los agravios expresos que formulen las partes sobre la resolución definitiva que les causa afectación a su esfera de derechos. El órgano de alzada no se convierte en un revisor oficioso de todo el procedimiento, pues dicha revisión sólo puede hacerse sobre la base del examen de un expediente escrito o en vídeo. La revisión completa de lo actuado se convierte en un componente de debilitamiento de las garantías que deben existir en el proceso de primera instancia. Un vaciamiento de los poderes jurisdiccionales del juez natural. Si se hace una revisión de la forma en que está redactado el artículo 107 constitucional se podrá apreciar que la suplencia de la queja para el juicio amparo se deja la regulación de la ley secundaria y que, en tal sentido, la ley debiera hacer honor a los principios básicos del proceso acusatorio, que sí tienen rango constitucional, y que se encuentran consignados en la cabeza del artículo 20 constitucional y desarrollados en su apartado A. Entre los principios fundamentales destaca el principio de inmediación, de acuerdo con el cual, el juez debe apreciar directamente toda la prueba que las partes viertan en el proceso, para determinar su resolución definitiva. Aunado a ello, las audiencias se tienen que verificar de acuerdo con el principio de contradicción, de modo tal que los intervinientes estén en aptitud de señalar aquellos componentes que estimen agravan la posición que van a sostener durante el proceso. Si después de terminado el proceso, el juez de amparo tiene el poder de revisar la in-

tegralidad del procedimiento penal y decidir planteamientos que no fueron señalados por las partes en las audiencias, ello inevitablemente debilita los principios del sistema acusatorio. La suplencia de la queja en materia de amparo no es un derecho fuerte como lo son los principios que caracterizan al modelo acusatorio, en ese sentido, tendría aquél que ceder frente a las garantías de la primera instancia penal. En la propuesta que presenta la Red Nacional de Juicios Orales, se plantea que el juicio amparo en materia penal es de estricto derecho.

Amparo indirecto en materia penal

Como hemos indicado, el régimen de recursos del sistema de corte acusatorio, debe ser entendido como un régimen extraordinario. El procedimiento penal acusatorio ya cuenta con instrumentos para convalidar o subsanar vicios formales que puedan producirse en el curso del proceso, incluida la investigación del delito, asimismo, cuando dichos vicios se traduzcan en la afectación irreparable de un derecho fundamental, la consecuencia, cuando el acto violatorio no pueda ser subsanado, deberá ser la nulidad de dicho acto y de todos los que de él se deriven. Ello debe ocurrir en el curso mismo del proceso, de ahí que el juez natural esté facultado para decretar la nulidad de los actos producidos de manera ilícita, tanto desde la perspectiva material como formal.

La procedencia del amparo indirecto en materia penal genera que cualquier decisión que se produzca en el proceso, incluso si es reparable en su curso, sea materia de continuas interrupciones y suspensiones, incluso respecto de violaciones que en realidad no se traducen en la afectación de un derecho fundamental. No es extraño constatar que, en numerosos casos, el juez natural se ve impedido de realizar una audiencia porque existe una suspensión provisional derivada de un procedimiento de amparo. A veces las violaciones se relacionan con supuestos errores de fundamentación y motivación para emitir un citatorio, produciendo afectaciones a la continuidad del proceso y generando el riesgo de que los medios de prueba se pierdan. El juicio de amparo tendría que proceder como un recurso extraordinario, procedente solamente contra actos u omisiones que preiven (*sic*) de la libertad a una persona como podrían ser la sentencia condenatoria o la prisión preventiva.

La propuesta que formula la Red de Juicios Orales es que el amparo indirecto sólo sea procedente contra resoluciones o actos que causen un agravio de imposible reparación contra la libertad personal del imputado.

Derivado de dichas consideraciones, proponemos los siguientes cambios:

<i>Téxto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ... II.</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ... b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan. c) ...</p> <p>IV. ...</p> <p>V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p>	<p>Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:</p> <p>I. ... II.</p> <p>En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. <i>El amparo en materia penal será de estricto derecho.</i> ...</p> <p>III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:</p> <p>a) ... b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.</p> <p><i>En materia penal sólo será procedente contra actos u omisiones fuera del juicio oral que priven de la libertad personal de modo irreparable y una vez que hayan sido agotados los recursos procedentes, y</i></p> <p>c) ... IV. ...</p>

<i>Téxto vigente</i>	<i>Reforma propuesta</i>
<p>a) En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares.</p> <p>b) ... d)</p> <p>VI. ... XI. ...</p> <p>XII. La violación de las garantías de los artículos 16, en materia penal, 19 y 20 se reclamará ante el superior del tribunal que la cometa, o ante el Juez de Distrito o Tribunal Unitario de Circuito que corresponda, pudiéndose recurrir, en uno y otro caso, las resoluciones que se pronuncien, en los términos prescritos por la fracción VIII.</p> <p>Si el Juez de Distrito o el Tribunal Unitario de Circuito no residieren en el mismo lugar en que reside la autoridad responsable, la ley determinará el juez o tribunal ante el que se ha de presentar el escrito de amparo, el que podrá suspender provisionalmente el acto reclamado, en los casos y términos que la misma ley establezca;</p> <p>XIII. ... XVIII. ...</p>	<p>V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:</p> <p>a) En materia penal, contra <i>la sentencia definitiva dictada en el juicio oral o contra el sobreseimiento definitivo</i>, sea en el orden federal, común o militar.</p> <p>b) ... d)</p> <p>VI. ... XI. ...</p> <p>XII. DEROGADO</p> <p>XIII. ... XVIII. ...</p>

INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA, DEROGA Y ADICIONA DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS EN MATERIA PENAL

ÚNICO. Se reforman los párrafos tercero, sexto y décimo cuarto del artículo 16, eliminando octavo, recorriéndose (*sic*) los subsecuentes en orden cronológico; el artículo 19; la fracción VII del apartado A del artículo 20; los incisos b) y c) de la fracción XXI del artículo 73; el quinto párrafo de la fracción II y el inciso c) de la fracción V del artículo 107. Se adiciona un segundo párrafo al inciso b) de la fracción III al artículo 107. Se deroga la fracción XII del artículo 107; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:

Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

...

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela y, *se establezca la probabilidad de la existencia del hecho que la Ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.*

...

...

Sólo en casos urgentes, 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, siempre que se actualicen los mismos supuestos para solicitar una orden de aprehensión, determinar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

...

DEROGADO

...

...

...

...

...

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de geolocalización en tiempo real, 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.

...

...

...

...

Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad administrativa o judicial podrá exceder del plazo de 72 horas y deberán iniciarse inmediatamente los procedimientos establecidos en ley.

Sólo podrán imponerse medidas cautelares con arreglo a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y subsidiariedad, para garantizar la comparecencia del

imputado en el proceso, el desarrollo de la investigación y la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Para la aplicación de medidas cautelares la parte acusadora deberá justificar la probabilidad de la existencia del hecho que la ley señale como delito y de la intervención de la persona en él.

La sentencia definitiva deberá guardar congruencia con el hecho o hechos formulados en la acusación.

Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

A. De los principios generales:

I. ...VI.

VII. Una vez iniciado el proceso penal, siempre y cuando no exista oposición del inculpado, se podrá decretar su terminación anticipada en los supuestos y bajo las modalidades que determine la ley. Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la acusación, el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculpado cuando acepte su responsabilidad;

...

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

...

XXI. Para expedir:

...

b) La legislación que establezca los delitos y las faltas contra la Federación y las penas y sanciones que por ellos deban imponerse;

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

...

Artículo 107. Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a

los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes:

I. ...

II. ...

...

...

...

En el juicio de amparo deberá suplirse la deficiencia de los conceptos de violación o agravios de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria. *El amparo en materia penal deberá contener la expresión de agravios.*

...

III. Cuando se reclamen actos de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo, el amparo sólo procederá en los casos siguientes:

a) ...

b) Contra actos en juicio cuya ejecución sea de imposible reparación, fuera de juicio o después de concluido, una vez agotados los recursos que en su caso procedan.

En materia penal sólo será procedente contra actos u omisiones fuera del juicio oral que priven de la libertad personal de modo irreparable y una vez que hayan sido agotados los recursos procedentes, y

c) ...

IV. ...

V. El amparo contra sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio se promoverá ante el Tribunal Colegiado de Circuito competente de conformidad con la ley, en los casos siguientes:

c) En materia penal, contra *la sentencia definitiva dictada en el juicio oral o contra el sobreesimiento definitivo, sea en el orden federal, común o militar.*

d) ...

VI. ... XI. ...

XII. DEROGADO

XIII. ... XVIII. ...

Los jueces de control en el sistema acusatorio en México, segunda edición, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 27 de septiembre de 2018 en los talleres de Impresora Gráfica Hernández, S. A. de C. V., Cordobanes 369, colonia Evolución, Ciudad Nezahualcóyotl, 57700 Estado de México, tel. 6424 5388. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *cream book* 70 x 95 de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

En esta obra se analizan la naturaleza y las funciones de los jueces de control en el sistema acusatorio penal y se explican los roles que desempeñarán como jueces de preparación del juicio oral y como jueces de garantías. Estos nuevos juzgadores, según el autor, deben ser catalogados como parte de los mecanismos de regularidad constitucional, porque al proteger derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio, la privacidad de las comunicaciones, la libertad personal, y otros, garantizarán a su vez la vigencia y supremacía de la Constitución. Esta visión puede verse robustecida con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010, en la que se admite el control difuso de constitucionalidad, lo que permitirá que los jueces de control inapliquen normas secundarias que estimen contrarias al texto constitucional o a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros tratados en la materia.

A partir de esta postura, se ofrece un diseño acerca de la articulación entre la función del juez de control —como custodio de derechos iusfundamentales— y el juicio de amparo, que muestra que los nuevos jueces van a ejercer en ocasiones un control preventivo que busca evitar o eliminar la procedencia del amparo indirecto penal, y que en otros casos su función garantista sustituirá por completo las atribuciones de los jueces de distrito en esta materia.

También se incluye un capítulo que muestra las bondades de utilizar principios explícitos e implícitos de nivel constitucional, como los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, que resultan de gran utilidad para evaluar la pertinencia y estricta necesidad de las medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación que requieran control judicial.

